

Gestion des marchés publics

Mohamed NABIH



Gestion des marchés publics

Mohamed NABIH

Publié par
Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

© 2024, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Bureau du Maroc

Tous droits réservés.

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

Image : Illustration : Hélène Carrasco-Nabih (huile sur toile)

Rédaction : Mohamed NABIH

Mise en page et impression : CROSSMEDIA COMMUNICATION

Dépôt légal : 2024MO1220

ISBN : 978-9920-714-14-3

Imprimé au Maroc.

Edition 2024

Remerciements

Je **tiens à remercier** ici toutes les personnes qui m'ont, de près ou de loin, aidé à mener à bien ce travail. Mes remerciements vont aussi à ceux qui m'ont accordé une partie de leur temps : les professionnels en la personnes des collègues, mon épouse, qui a pris la peine de relire et de corriger le manuscrit.

Je remercie chaleureusement la **Konrad-Adenauer-Stiftung**, en la personne de **Monsieur Steven Höfner**, et **M. Aziz El Aidi**, ainsi que l' **équipe KAS-Rabat**, sans le soutien desquels ce travail n'aurait pu voir le jour sous cette forme.

Du même auteur :

1. Droit des marches publics, 3^{eme} édition 2020;
2. Du Grand vizir au Chef de gouvernement, 1^{ere} edition 2017;
3. الجهوية المتقدمة، الجانب القانوني والمحاسبي الطبعة الثانية 2022
4. Etablissements et entreprises publics, la décentralisation fonctionnelle, 2022
5. مالية ومحاسبة الجماعات الترابية الطبعة الأولى 2023

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

Proverbe chinois

Table des matières

AVANT-PROPOS

PREMIÈRE PARTIE : LE CADRE JURIDIQUE DES MARCHÉS PUBLICS	25
CHAPITRE I : LA NOTION DU CONTRAT DE MARCHÉ PUBLIC	29
SECTION 1 : LES CRITÈRES MATÉRIALISANT UN MARCHÉ PUBLIC 05	
§1- DÉFINITION DES CONTRATS DE MARCHÉS PUBLICS	30
§2- LE RÉGIME JURIDIQUE DES CONTRATS DE MARCHÉS PUBLICS	33
§3- LES EXCLUSIONS	35
A : LE DROIT COMMUN	36
B : LES CONTRATS D'ADHÉSION	36
C : LES CONTRATS DE PRESTATIONS INTERNES	37
1- UN POUVOIR DE CONTRÔLE RÉEL	38
2- UN LIEN ORGANIQUE ET ÉCONOMIQUE	39
D : LES CONTRATS CONCLUS « INTUITU PERSONA »	39
E : LES SERVICES DÉLÉGUÉS	40
1- LE RÉGIME JURIDIQUE DES CONTRATS DE DÉLÉGATION DE SERVICE	40
2- LES CONDITIONS D'EXERCICE	41
3- LE CHOIX DU DÉLÉGATAIRE	42
F : LES TRANSACTIONS FINANCIÈRES	42
SECTION 2 : LES PERSONNES SOUMISES AUX RÈGLES DES MARCHÉS PUBLICS	43
§1- L'ÉTAT	44
§2- LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES	44
§3- LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS	45
§4- LES SERVICES DE L'ÉTAT GÉRÉS DE MANIÈRE AUTONOME	46
CHAPITRE II : PARTIES ET PARTENAIRES	49
SECTION 1 : LES PARTIES	49
§1- LE MAÎTRE D'OUVRAGE	49
§2- LE MAÎTRE D'OUVRAGE DÉLÉGUÉ	51
§3- LA PERSONNE PRIVÉE ATTRIBUTAIRE	53
§4- LA PERSONNE PUBLIQUE ATTRIBUTAIRE	54
§5- L'ARCHITECTE	54
SECTION 2 : LES PARTENAIRES	56

§1- LE COMPTABLE.....	56
§2- LE CO-TRAITANT OU LE GROUPEMENT.....	57
A : LES DIFFERENTES FORMES DE GROUPEMENT.....	59
B : LA FORMALISATION DES LIENS JURIDIQUES.....	61
C : RÈGLEMENT ET CONSTITUTION DES GARANTIES.....	63
§3- LE SOUS-TRAITANT.....	64
1- LES MODALITES DE LA SOUS-TRAITANCE.....	65
2- LA QUALITÉ DE SOUS-TRAITANT.....	66
3- LA QUALITÉ DU CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE.....	66
4- LES DROITS DU SOUS-TRAITANT.....	68
5- LES OBLIGATIONS DU SOUS-TRAITANT.....	69
6- DELIVRANCE D'ATTESTATIONS AUX SOUS-TRAITANTS.....	69
7- L'OBLIGATION DE PROTÉGER LES EMPLOYÉS DU SOUS-TRAITANT.....	70
CHAPITRE III : LES PROCÉDURES D'ATTRIBUTION DES MARCHÉS.....	73
SECTION PRÉLIMINAIRE : DÉTERMINATION DES BESOINS.....	73
§1- CHAMP D'APPLICATION.....	75
§2- EXCEPTIONS ET LIMITES À LA DÉFINITION PRÉCISE DES BESOINS.....	77
SECTION 1 : LES MARCHÉS SIMPLES OU ORDINAIRES.....	79
§1- DES BESOINS CLAIRS ET UN RYTHME UNIQUE.....	79
§2- UN SEUL ORDRE DE SERVICE DE COMMENCEMENT DES TRAVAUX.....	79
SECTION 2 : LES MARCHÉS CADRES.....	80
§1- LE CHAMP D'APPLICATION.....	80
§2- LES MODALITÉS DE CONCLUSION ET D'EXÉCUTION.....	81
§3- L'EXÉCUTION COMPTABLE.....	82
§4- MODIFICATIONS DES TERMES DU MARCHÉ CADRE.....	82
§5- LES SUPPORTS DU DISPOSITIF.....	83
§6- LE CALCUL DU DÉLAI D'EXÉCUTION DU MARCHÉ CADRE.....	84
SECTION 3 : LE MARCHÉ RECONDUCTIBLE.....	86
§1- LES CRITÈRES DES MARCHÉS RECONDUCTIBLES.....	86
§2- LE CADRE JURIDIQUE.....	88
§3- LE NANTISSEMENT DU MARCHÉ RECONDUCTIBLE.....	89
§4- LA SOUS-TRAITANCE DU MARCHÉ RECONDUCTIBLE.....	89
SECTION 4 : LES MARCHÉS À TRANCHES CONDITIONNELLES.....	90
§1- LE CHAMP D'APPLICATION.....	90
A : LES RAISONS FINANCIERES.....	91

B : LES RAISONS ECONOMIQUES.....	91
C : LES RAISONS TECHNIQUES.....	91
§2- LES CARACTÉRISTIQUES DU MARCHÉ À TRANCHES CONDITIONNELLES.....	92
§3- LES CONDITIONS D'EXÉCUTION.....	93
§4- LES MODALITÉS DE RÈGLEMENT.....	93
§5- LE CARACTÈRE DES PRIX D'UN MARCHÉ À TRANCHES CONDITIONNELLES.....	95
<i>SECTION 5 : LES MARCHÉS ALLOTIS.....</i>	<i>96</i>
§1- LE CHAMP D'APPLICATION.....	96
§2- LES CONDITIONS D'ATTRIBUTION.....	98
§3- L'ASPECT ÉCONOMIQUE DE L'ALLOTISSEMENT.....	99
§4- LES CONDITIONS D'EXÉCUTION.....	100
§5- LA DÉCOMPOSITION EN LOTS TECHNIQUES.....	100
<i>SECTION 6 : LE MARCHÉ DE CONCEPTION-RÉALISATION.....</i>	<i>101</i>
§1- LES PROPRIÉTÉS JURIDIQUES DU CONTRAT.....	103
§2- LE MÉCANISME DE LA MISE EN ŒUVRE DU CONTRAT.....	106
§3- LE RÔLE DU MAÎTRE D'OUVRAGE.....	107
<i>SECTION 7 : LES MARCHÉS D'ÉTUDES.....</i>	<i>108</i>
§1- LE CHAMP D'APPLICATION.....	109
§2- LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE.....	110
§3- LE CHOIX DU TITULAIRE DU MARCHÉ.....	111
<i>SECTION 8 : DIALOGUE COMPETITIF.....</i>	<i>112</i>
§1- L'ORGANISATION DU DIALOGUE COMPETITIF.....	114
A : L'APPEL A LA CONCURRENCE.....	114
B : LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE DE DIALOGUE COMPETITIF.....	114
C : LES RESULTATS DU DIALOGUE COMPETITIF.....	115
§2- LE RECOURS A LA PROCEDURE DE DIALOGUE COMPETITIF.....	115
§3- CLARIFICATION DES NOTIONS.....	116
A : LE PROGRAMME FONCTIONNEL.....	117
B : LE PROJET INNOVANT.....	117
C : LE PROJET COMPLEXE.....	119
D : LA NOTION DE MOINS-DISANT.....	120
§4- TRAÇABILITE ET TRANSPARENCE DE LA PROCEDURE.....	122
A : DUREE DE LA PUBLICITE.....	123
B : LES DOCUMENTS, SUPPORT DE L'AVIS.....	124
1- LE REGLEMENT DE CONSULTATION.....	124
2- LE PROGRAMME FONCTIONNEL.....	125
3- LES DOSSIERS DE CANDIDATURE.....	126
A- LE PROCESSUS D'ADMISSION.....	131

1- L'ADMISSION ET L'EXAMEN DES CANDIDATURES.....	131
2- LE DIALOGUE AVEC LES CONCURRENTS ADMIS : LES AUDITIONS.....	132
3- LA FIN DU DIALOGUE COMPETITIF, LES OFFRES FINALES ET L'ATTRIBUTION DU MARCHE.....	133
4- VERSEMENT D'UNE INDEMNITE.....	134
SECTION 9 : L'OFFRE SPONTANEE.....	134
§1 - UNE PROCEDURE DEROGATOIRE.....	124
1- DÉFINITION D'UNE FONCTIONNALITÉ.....	136
2- UN PROJET INNOVANT	136
3- L'INNOVATION TECHNIQUE.....	136
4- UN BESOIN POTENTIEL NON IDENTIFIÉ PAR LE MO.....	137
§2 - LE PROCESSUS DE GESTION DES OFFRES SPONTANEEES.....	138
A : ÉVALUATION PRÉALABLE DE L'OFFRE SPONTANÉE.....	139
B : LE PROGRAMME FONCTIONNEL DES BESOINS.....	140
C : L'ÉLABORATION DE L'APPEL D'OFFRES.....	141
§3 - ÉVALUATION ET JUGEMENT DES OFFRES DES CONCURRENTS.....	143
A : MÉTHODOLOGIE DE L'ANALYSE DES OFFRES.....	143
C : LES MESURES INCITATIVES.....	148
SECTION 10 : LES PRESTATIONS ARCHITECTURALES.....	149
§1- LES MODES DE PASSATION.....	153
A : LA CONSULTATION ARCHITECTURALE OUVERTE	153
B : LA CONSULTATION ARCHITECTURALE OUVERTE SIMPLIFIEE.....	153
C : LA CONSULTATION ARCHITECTURALE EST RESTREINTE.....	154
D : LE CONCOURS ARCHITECTURAL.....	154
E : CONCOURS ARCHITECTORALE NEGOCIE.....	155
F : LA CONSULTATION ARCHITECTURALE GROUPEE.....	155
§2- LES CONDITIONS REQUISES DES ARCHITECTES.....	157
§3- LA MISSION DE L'ARCHITECTE.....	157
A : LES OPERATIONS DE CONSTRUCTIONS NEUVES.....	158
B : LES OPERATIONS DE REUTILISATION ET DE REHABILITATION.....	158
C : LA DEFINITION PREALABLE DES BESOINS.....	158
D : L'ELABORATION DU PROGRAMME.....	159
§-4 LE JURY.....	160
CHAPITRE IV : LA PROCEDURE DE PASSATION DES MARCHES.....	163
I- L'APPEL A LA CONCURRENCE.....	163
SECTION 1 : L'ADJUDICATION.....	164
§1- L'APPEL D'OFFRES AU RABAIS.....	165

§2- L'APPEL D'OFFRES SUR OFFRE DE PRIX.....	165
SECTION 2 : LA DEMATERIALISATION DE LA PROCEDURE DE PASSATION.....	166
§1- LES ENCHERES ELECTRONIQUES INVERSEES.....	167
A : UN PROCESSUS REGLEMENTE.....	168
B : UNE PROCEDURE DEMATERIALISEE.....	169
C : UNE PROCEDURE TRANSPARENTE.....	171
D : UN DISPOSITIF ELECTRONIQUE ITERATIF.....	172
§2 - LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE.....	172
1- LE ROLE DE LA TRESORERIE GENERALE.....	172
2- LES PREREQUIS TECHNIQUES.....	174
3- LE ROLE DU MAITRE D'OUVRAGE.....	176
4- DEROULEMENT DE LA PROCEDURE.....	177
§3- ACHAT SUR CATALOGUES ÉLECTRONIQUES.....	180
§4-INTEROPERABILITE AVEC LES SYSTEMES TIERS.....	182
SECTION 3 : L'APPEL D'OFFRES.....	184
§1- L'APPEL D'OFFRES OUVERT OU RESTREINT.....	184
§2- L'APPEL D'OFFRES AVEC PRESELECTION.....	187
SECTION 4 : LE CONCOURS.....	187
§1- LE CHAMP D'APPLICATION.....	187
§2- LA DEFINITION DES PRESTATIONS.....	189
§3- LE CONTENU DE LA MISSION CONFIEE AU TITULAIRE.....	190
§4- LE DEROULEMENT DU CONCOURS.....	190
A : LA PHASE DE PREPARATION.....	190
B : LA PHASE DE SELECTION.....	191
C : LA PHASE DE DESIGNATION.....	191
§5- LE PROCESSUS DE DESIGNATION.....	191
A : LE JURY.....	192
B : L'EXAMEN DES PROJETS.....	192
II - LA DESIGNATION DIRECTE.....	194
SECTION 1 : LES MARCHES NEGOCIES.....	194
§1- LE CHAMP D'APPLICATION.....	195
A : LES MARCHES NEGOCIES AVEC PUBLICITE.....	195
B : LES MARCHES NEGOCIES SANS PUBLICITE NI CONCURRENCE.....	197
§2- LA MOTIVATION DU CHOIX DIRECT.....	198
§3- PROCEDURE NEGOCIEE ET REGULARISATION DES MARCHES.....	198
§4- LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE.....	200
A : LES ELEMENTS DE LA NEGOCIATION.....	200
B : LES GARANTIES DU DEROULEMENT DE LA PROCEDURE.....	201

SECTION 2 : ACHAT SUR BON DE COMMANDE	202
§1- UNE CONCURRENCE RELATIVE	205
§2- PERSONNES HABILITEES	206
§3- NATURE DES PRESTATIONS	207
§4- LA GESTION COMPTABLE ET FINANCIERE	208
§5- LE REGIME JURIDIQUE DU BON DE COMMANDE	210
CHAPITRE V : LA PROCEDURE DE RECHERCHE DES CANDIDATS	213
SECTION 1 : LES REGLES DE RECHERCHE	213
§1- LES REGLES DE PUBLICITE	213
§2- LES REGLES DE DELAI	215
SECTION 2 : LA PROCEDURE DE SELECTION	218
§1- LA FORMALISATION DE LA PROCEDURE	218
A : LA REMISE DES DOSSIERS D'APPEL D'OFFRES	218
B : LE CONTENU DES DOSSIERS D'APPEL D'OFFRES	219
C : LE DEPOT DES OFFRES	226
D : LE RETRAIT DES PLIS DEJA DEPOSES	227
§ 2- LA COMMISSION D'APPEL D'OFFRES	227
1- LA COMPOSITION DE LA COMMISSION	227
2- LE FONCTIONNEMENT DE LA COMMISSION	229
3- LES ATTRIBUTIONS DE LA COMMISSION	230
§3- L'EXAMEN DES DOSSIERS	231
1- L'EXAMEN DES DOSSIERS ADMINISTRATIFS ET FINANCIERS	231
2- L'EXAMEN DES ECHANTILLONS	232
CHAPITRE VI : LA PROCEDURE D'ATTRIBUTION DU MARCHE	235
SECTION 1 : LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE	235
§1- LA DESIGNATION DE L'ATTRIBUTAIRE	236
§2- LE MOINS-DISANT	237
§3- L'APPEL D'OFFRES INFRUCTUEUX	238
§4- L'AVIS DE LA COMMISSION	239
§5- LA NOTIFICATION DES RESULTATS	239
§6- L'ANNULATION D'UN APPEL D'OFFRES	240
§7- L'APPEL D'OFFRE UNIQUE	241
§8- MESURES EN FAVEUR DES P.M.E., AUTO-ENTREPRENEURS ET COOPERATIVES	241
SECTION 2 : L'APPROBATION DU MARCHE	242
§1- SIGNATURE ET APPROBATION DU MARCHE	242

§2- LES DELAIS DE NOTIFICATION	245
§3- LE DELAI D'ATTENTE	245
§4- LE REFUS DE L'APPROBATION	249
§5- L'APPROBATION ET SES CONSEQUENCES	249
SECTION 3 : LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE	250
§1- LE CUMUL DES ATTRIBUTIONS	250
§2- L'ORDRE DE SERVICE	251
§3- LES MODALITES DE NOTIFICATION DE L'ORDRE DE SERVICE	252
§4- LA MISE EN VALEUR DE L'ORDRE DE SERVICE	253
§5- REPOSITIONNEMENT DE L'AVENANT	255
CHAPITRE VII : L'EXECUTION DES MARCHES PUBLICS	259
SECTION 1 : LES ENGAGEMENTS CONTRACTUELS	259
§1- L'EXECUTION PERSONNELLE DU TRAVAIL	259
§2- LE DECES DE L'ENTREPRENEUR	260
§3- LA CESSION DU MARCHE	260
§4- LE RESPECT DE LA LEGISLATION	261
SECTION 2 : LA CONSTATATION DES REALISATIONS	261
§1- LES APPROVISIONNEMENTS DANS LE CCAG TRAVAUX	261
§2- LES ATTACHEMENTS	262
A : LA PROCEDURE DES ATTACHEMENTS	262
B : LA PORTEE DE L'ATTACHEMENT	263
§3- LES SITUATIONS DE TRAVAUX INACCESSIBLES	264
§4- LES DECOMPTES	264
SECTION 3 : LES GARANTIES JURIDIQUES	268
§1- LA GARANTIE DECENNALE	269
§2- LA RESPONSABILITE DU CONSTRUCTEUR	269
§3- LE DELAI D'ACTION EN GARANTIE	269
§4- LA GARANTIE DE PARFAIT ACHEVEMENT	270
DEUXIÈME PARTIE : LE CADRE FINANCIER DES MARCHES PUBLICS	273
CHAPITRE I : LE FINANCEMENT DES MARCHES PUBLICS	277
SECTION 1 : LE FINANCEMENT BANCAIRE	277
§1- LE NANTISSEMENT	277
I - LE DISPOSITIF APPLICABLE	279
II- L'EXECUTION DU NANTISSEMENT ET SES EFFETS	284

§2 – LA SUBROGATION	292
III- CESSION DES CREANCES ET CESSION DU MARCHÉ	293
§1- UN FINANCEMENT DES MARCHES PUBLICS A GEOMETRIE VARIABLE	294
§2- LES CONDITIONS DE FORME DE LA CESSION DE LA CREANCE	301
§3- LES CONDITIONS DE FOND DE LA CESSION DE CREANCE	302
§4- LES JURIDICTIONS COMPETENTES POUR CONNAITRE LES CONDITIONS DE LA CESSION DE CREANCE	304
§5- CESSION DU CONTRAT ET CESSION DE CREANCE	305
§2- LE CREDIT DOCUMENTAIRE	308
§3- FINANCEMENT CONCESSIONNEL	311
§4- LES MARCHES FINANCES	316
SECTION 2 : LE FINANCEMENT ADMINISTRATIF	318
§1- L'AVANCE	318
§2- L'ACOMPTE	324
§3- LE SOLDE	327
CHAPITRE II : LE REGIME GENERAL DES PRIX	331
SECTION 1 : LA NOTION DE PRIX	332
§1- LE PRIX DU MARCHÉ DETERMINE ET DETERMINABLE	333
§2-PRIX DE REFERENCE ET REFERENTIEL DES PRIX	335
§3-L'OFFRE ECONOMIQUEMENT LA PLUS AVANTAGEUSE.....	338
SECTION 2 : LE CONTENU DES PRIX	344
§1- LE PRIX UNITAIRE	344
§2 - LE PRIX GLOBAL	345
§3- LE PRIX AU POURCENTAGE	347
SECTION 3 : LA DETERMINATION DES PRIX	348
§1- LE PRIX FERME	348
§2- LE PRIX REVISABLE	350
§3- LE PRIX PROVISOIRE	353
SECTION 4 : LES HONORAIRES D'ARCHITECTE	358
§1- LES MODALITES DE FIXATION DES HONORAIRES	358
§2- LES BASES DE CALCUL DES HONORAIRES	359
§3- LE SEUIL DE TOLERANCE	360
CHAPITRE III : LES GARANTIES PECUNIAIRES	363
SECTION 1 : LA FORME JURIDIQUE DE LA CAUTION	363

§1- LES MODALITES DE CONSTITUTION DES GARANTIES	364
§2- LA CAUTION PROVISoire	366
§3- LA CAUTION DEFINITIVE	367
§4- LA RETENUE DE GARANTIE	367
§5- LA RESTITUTION	368
§6- LA DISPENSE	371
SECTION 2 : LES SANCTIONS FINANCIERES	372
§1- LES SANCTIONS RELATIVES AUX GARANTIES	372
§2- LES MODALITES DE LA SAISIE DES CAUTIONS	373
§3- LES PENALITES DE RETARD	374
§4- LES INTERETS MORATOIRES	378
CHAPITRE IV : LE PAIEMENT	387
SECTION 1 : LE SERVICE FAIT	387
§1- LA CONSTATATION DU SERVICE FAIT	387
§2- LES PIECES JUSTIFICATIVES	388
SECTION 2 : LE RECOUVREMENT DES INDUS	389
§1- RECOUVREMENT DU TROP-PERÇU	389
§2- LES OPPOSITIONS	389
CHAPITRE V : LES ALEAS FINANCIERS, ECONOMIQUES ET NATURELS	393
SECTION 1 : LES ALEAS IMPREVISIBLES	393
§1- LE DESEQUILIBRE ULTERIEUR	393
§2- LES SUJETIONS	394
§3- LA FORCE MAJEURE	395
SECTION 2 : MODALITES D'INDEMNISATION DU PREJUDICE	397
§1- L'INDEMNISATION	397
§2- UNE APPLICATION RESTRICTIVE	398
SECTION 3 : LES CLAUSES FINANCIERES PARTICULIERES	398
§1- LA PRISE EN CHARGE DES DROITS DE DOUANE	398
§2- LES SOMMES A VALOIR	399
SECTION 4 : LA COMPENSATION INDUSTRIELLE	401
§1- PRINCIPES	402
§2- DEFINITION	403
§3- NATURE DE L'ACCORD	404
§4- LES FORMES DE LA COMPENSATION	404

TROISIÈME PARTIE : LE CONTENTIEUX DES MARCHES PUBLICS	409
CHAPITRE I : LES PROCEDURES DU REGLEMENT AMIABLE	415
<i>SECTION 1 : L'ARBITRAGE</i>	<i>415</i>
§1- L'ARBITRAGE INTERNE	416
§2- L'ARBITRAGE INTERNATIONAL	416
<i>SECTION 2 : L'ARBITRAGE NON-INSTITUTIONNEL : MEDIATION ET AD-HOC</i>	<i>421</i>
§1- L'ARBITRAGE AD HOC	421
§2 -LA MEDIATION	422
<i>SECTION 3 : LA COMMISSION NATIONALE DE LA COMMANDE PUBLIQUE</i>	<i>423</i>
§1- LA COMPOSITION	425
§2- LES MISSIONS	429
§3- LA SAISINE DE LA COMMISSION NATIONALE	431
CHAPITRE II : LE RECOURS PRECONTENTIEUX ET CONTENTIEUX	437
<i>SECTION 1 : LE RECOURS RECONTENTIEUX</i>	<i>437</i>
§1- LA PROCEDURE	439
§2- LES CONSEQUENCES	439
<i>SECTION 2 : LE RECOURS GRACIEUX ET LE RECOURS HIERARCHIQUE</i>	<i>440</i>
§1- LE RECOURS GRACIEUX	441
§2- LE RECOURS HIERARCHIQUE	443
CHAPITRE III : LE RECOURS CONTENTIEUX	447
<i>SECTION 1 : CONTENTIEUX DES REFERES PRECONTRACTUELS</i>	<i>447</i>
§1- LE CHAMP D'APPLICATION	448
§2- LES CRITERES DU RECOURS	449
§3- L'ACTE DETACHABLE	449
<i>SECTION 2 : CONTENTIEUX DES REFERES CONTRACTUELS</i>	<i>450</i>
§1- ACTION ET RECOURS POUR CONTENTIEUX	450
§2- LE RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR	451
§3- LE RECOURS DE PLEIN CONTENTIEUX	452
<i>SECTION 3 : PROCEDURE ET REPARTITION DES COMPETENCES</i>	<i>454</i>
§1- COMPETENCE SELON LE CRITERE MATERIEL	454
§2- COMPETENCE SELON LE CRITERE TERRITORIAL	455

CHAPITRE IV : LES PRATIQUES FRAUDULEUSES	459
<i>SECTION 1 : LA RESPONSABILISATION DE LA PERSONNE PUBLIQUE</i>	<i>460</i>
§1- FRAUDE ET CORRUPTION	462
§2- DE LA CORRUPTION	462
§3- DE LA FRAUDE	465
§3- LE CONFLIT D'INTERETS	469
§3- LE TRAFIC D'INFLUENCE	475
§4- LE DELIT DE FAVORITISME	476
§5- LE DELIT D'INITIE	477
§6- L'INDEPENDANCE DE L'ARCHITECTE	478
<i>SECTION 2 : LA RESPONSABILISATION DES CONCURRENTS</i>	<i>479</i>
§1- L'EXACTITUDE DES INFORMATIONS	480
§2- LE DELIT DE FAUX	480
<i>SECTION 3 : LES OUTILS ET MOYENS DE MORALISATION</i>	<i>481</i>
§1- LE PROGRAMME PREVISIONNEL TRIENNAL	481
§2- LE RAPPORT DE PRESENTATION DU MARCHÉ	482
§3- LE RAPPORT D'ACHEVEMENT DE L'EXECUTION DU MARCHÉ	483
CONCLUSION	484
BIBLIOGRAPHIE	486
LISTE DES ABRÉVIATIONS	489
INDEX ALPHABETIQUE	490

AVANT-PROPOS

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

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

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

À cet égard, on peut constater que cinq décennies ont donné naissance à six réformes marquées dans leur évolution par trois périodes : la première a vu l'adoption de deux décrets, celui du 19/05/65 et celui du 14/10/76 ; la deuxième période porte sur deux textes : du 31/12/98 et du 02/05/2007 ; ensuite la nouvelle génération des récentes réformes qui ont donné naissance aux décret n°2-12-349 du 20/03/2013 abrogé, et celui n° 2-22- 431 du 08 mars 2023. Avec ces deux décret , on constate que les pouvoirs publics ont pris en considération les dimensions, économiques, sociales, environnementales, le développement durable, et la promotion de la dimension économique nationale et la valeur ajoutée locale et régionale.

En effet, la première période avait pour but l'adaptation de la réglementation aux problèmes financiers et économiques. Le décret du 19/06/65 privilégiait la position qui consiste à rechercher l'achat aux meilleurs **prix** en profitant du jeu le plus large de la concurrence. **L'adjudication** a bénéficié de la priorité dans les modes de passation préconisés par ce décret et a été préférée aux autres procédures. L'administration choisissait parmi les candidats le moins-disant : elle n'avait pas une grande liberté de choix car le critère était **le prix le plus bas**, abstraction faite de la qualité de la prestation ou de la capacité technique de l'attributaire. Ce choix de l'adjudication n'était pas le fruit du hasard, mais le résultat d'une évolution historique, politique et financière.

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

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

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

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

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

Pour atteindre cet objectif, le décret de 1976 a introduit plusieurs modifications : il a accordé à l'administration un pouvoir très large pour choisir le mode de passation adéquat sans être liée par le prix ; il a aussi rehaussé le rang de l'appel d'offres, en supprimant la nécessité de procéder par le biais de l'adjudication quand le montant du marché ne dépasse pas 500 000 Dh, tout en soulignant que le pouvoir laissé à l'administration doit aboutir à un choix objectif et ne doit pas se transformer en une décision arbitraire.

Cette situation a engendré un comportement fâcheux, dans la mesure où **l'entente directe** a pris une place prépondérante, d'où la disparition partielle de la concurrence. C'est la raison pour laquelle les décrets adoptés en 1998 et 2007 ont été élaborés dans l'optique d'éviter les errements du passé, tout en gardant les points positifs de la réglementation ancienne ; il s'agit de l'adaptation de l'outil à l'objectif : une réhabilitation de la concurrence et une moralisation des procédures.

Tirant profit de l'expérience du passé, le décret 2.22.431 du 08/03/2023 a élargie le champs d'application de ces règles, et ces principes qui étaient annocés par le décret n° 2-12-349 du 20/03/2013 et qui a donné une place prépondérante à la concurrence et au libre accès à la commande publique à tous les acteurs économiques, sans discrimination, tout en préconisant le retour au critère du moins-disant et l'offre économiquement la plus avantageuse mais en s'entourant de verrous techniques, juridiques et financiers.

L'article 1^{er} du Code des Marchés publics (C.M.P.) du 08/03/2023 constitue une synthèse des expériences précédentes. Il a rappelé à cet effet que les démarches pour conclure les marchés publics doivent respecter les **principes** fondamentaux de la **liberté d'accès à la commande publique** :

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

- La prise en compte des dimensions économiques, sociale, environnementales, écologiques et le développement durable.

Ces **principes** sont clairement énoncés par l'article premier du décret du 08/03/2023: « La passation des marchés publics doit obéir aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des concurrents et de transparence dans les choix du maître d'ouvrage. » Ces principes ont été pris et affirmés aussi par les lois organiques n°111- 112-113/14 relatives aux communes, préfectures et régions du 7 juillet 2015, qui prévoit que « Les marchés des collectivités locales doivent être passés dans le respect de la libre concurrence ».

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

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

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

L'article 20 du décret du 08/03/2023 met en relief tous ces aspects juridiques, économiques et sociaux de la politique de commandes publiques qui s'appuie sur deux axes essentiels : la réhabilitation de la concurrence et la moralisation des procédures. L'objectif est simple : la pleine soumission des personnes publiques aux règles de la concurrence et la propagation, à la manière d'une onde, du credo de la concurrence.

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

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

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

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

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

Cette réhabilitation est obtenue grâce, d'une part, à une vulgarisation de l'information par le biais de la publicité, et d'autre part, par la nouvelle vision de l'adjudication, l'élargissement du champ d'application de l'appel d'offres et la restriction de la procédure du choix direct (marché négocié avec achat sur bon de commande). L'autre axe concerne la **moralisation** des procédures. Ce dispositif a pour objet de mettre en place un cadre juridique en amont et en aval pour garantir le bon déroulement du processus de préparation et d'exécution du marché dans des conditions de clarté et de transparence, tout en décrivant les droits et les obligations des candidats.

* Le premier pilier dans le dispositif est la **publicité**, notamment la publication des **programmes prévisionnels triennal**, que l'ordonnateur envisage de lancer au titre de l'année budgétaire considérée selon l'article 17 la publicité de l'appel d'offres selon l'article 23, et l'information des concurrents, selon l'article 25 du C.M.P.

* Le second pilier est relatif à la **procédure du contrôle**, puis au suivi de l'exécution du marché (articles 157 -159 - 163 du C.M.P.).

Cet aspect réglementaire a été consolidé par la refonte de l'aspect contractuel matérialisé dans le nouveau **C.C.A.G. du 13/05/2016** relatif aux travaux. Il s'agit en fait des règles d'exécution qui gouvernent les relations entre l'administration et les titulaires de marchés selon les principes énoncés par le **nouveau décret du 08/03/2023**.

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

Le nouveau décret a apporté son lot de modernisation. Le chapitre relatif aux types de marchés a connu une nouveauté introduite par le du décret de 2023 puisque deux types ont été ajoutés : le dialogue compétitif et l'offre spontanée. Pour le premier Le maître d'ouvrage engage un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de déterminer ou de développer des solutions de nature à répondre à ses besoins, pour le second, c'est le concurrent qui prend l'initiative pour proposer au maître d'ouvrage tout projet, idée ou opération présentant des fonctionnalités nouvelles, des services nouveaux ou des innovations techniques et répondant à un besoin potentiel que le maître d'ouvrage n'aurait pas identifié au préalable. Ce type de marché offre un nouveau cadre qui devrait permettre de mieux mettre en relation les besoins des acheteurs en matière d'innovation et les solutions proposées par les concurrents.

On trouve aussi une simplification des procédures: L'appel d'offres ouvert simplifié qui réduit les démarches contractuelles et ouvre la porte aux jeunes entrepreneurs. Aussi, La présentation des offres sous la forme de **catalogues électroniques**. La mise en valeur de l'économie sociale, par une préférence, de l'entreprise nationale et locale ainsi que les produits locaux.

Pour le reste, il ya des **suppressions, des ajouts, ou des refontes** dans le nouveau décret : Parmi **les refontes**, la définition du maître d'ouvrage, l'ancienne formulation disposait que c'est l'autorité qui au nom de l'un des organismes publics (l'Etat, les collectivités territoriales ou l'établissement public) passe le marché avec l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services. Selon le décret de 2023 c'est l'autorité compétente ou toute personne désignée par elle en vertu d'une décision à l'effet d'assurer la préparation, la passation et l'exécution des marchés publics au nom et pour le compte de l'un des organismes prévus à l'article 2 du présent décret.

Pour les **suppressions**, c'est le cas du dossier additif prévu par l'ancien article 25 et le nouvel article 28. Pour **les ajouts**, les dispositions de l'article 118 relatif à l'information des concurrents qui indique que, les dispositions de l'article 97 du présent décret s'appliquent aux demandes d'information émanant des architectes concurrents et aux réponses qui leur sont réservées par le maître d'ouvrage.

Ajout de la possibilité de citer la marque commerciale dans les spécifications techniques pour les marchés de maintenance de matériel déjà inventorié. Renforcement de la transparence : *Le maître d'ouvrage est tenu de **publier un avis d'achat sur bon de commandes sur le portail des marchés publics pour une durée qui ne peut être inférieure à quarante huit heure*** » L'attribution du bon de commande à l'offre du moins disant.

En effet, la commande publique est un outil précieux au service des objectifs économiques et sociaux, à la fois trop peu utilisé comme tel et dont le poids reste insuffisamment connu. La réforme actuelle affirme son caractère stratégique en en faisant un véritable levier de politiques publiques vertueuses et responsables au niveau national ou régional. Aussi par des mesures qui portent sur, une procédure de gouvernance pour les achats, une sécurité contractuelle par la clarification des normes des contrats et plus de garanties des concurrents, une protection des intérêts des concurrents par une optimisation des mécanismes de recours et une amélioration de l'accès à l'information.

Un cadre qui favorise, l'entreprise nationale et les PME, le produit national et régional, ainsi que notre patrimoine culturel :

- La réforme permet de tirer le meilleur parti des outils offerts par les directives pour favoriser, encore plus, l'accès des PME à la commande publique par le biais de plusieurs mesures structurantes
- La consécration de la valorisation des produits d'origine marocaine disponibles, parmi les éléments de la détermination des besoins cette disposition a été complétée par l'obligation du maître d'ouvrage qui doit établir un certificat administratif justifiant la référence aux produits d'origine étrangère.

- Préférence est accordée aux : coopérative, une union de coopératives ou un auto-entrepreneur pour départager des offres équivalentes avant de procéder au tirage au sort.

La généralisation de la dématérialisation, constitue un outil pour faciliter l'accès aux marchés publics, et garantir l'égalité des concurrents. Le nouveau cadre devrait permettre de mieux mettre en relation les besoins des personnes publiques en matière d'innovation et les solutions proposées par les concurrents, et par voie de conséquence « la définition des besoins » de la personne publique promeut le choix des solutions innovantes. Le nouveau décret, milite pour une gouvernance qui tend à l'utilisation stratégique des marchés publics comme leviers de politique en matière d'emploi et de développement durable, notamment en renforçant le dispositif de lutte contre les offres anormalement basses, tout en optimisant les politiques d'achats par l'insertion de clauses sociales et environnementales.

Formalisation des relations entre le titulaire du marché et le sous-traitant. Le titulaire est tenu de délivrer aux sous-traitants, à sa demande, une attestation de bonne exécution des prestations sous traitées.

Introduction de la notion de révision des prix pour les marchés de fournitures et de services : Prise en compte des fluctuations des prix des marchés de fournitures et de services dont le délai est supérieur à 6 mois.

Renforcement de la transparence, de l'éthique et des mécanismes de bonne gouvernance des marchés publics, par l'institution du programme prévisionnel triennal.

Précision de l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée en fonction de la nature du marché, et évaluation des offres financières du moins disant au mieux disant.

En effet, sous la pression de la mondialisation initiée par les pays riches visant à « harmoniser » les règles qui gouvernent le commerce international, un mouvement de refonte des règles de passation des marchés publics à travers le monde est observé, qui s'inscrit dans cette ligne de conduite initiée dès 1986 dans le cadre du cycle d'Uruguay. Il s'est achevé le 15/04/1994 à Marrakech par l'adoption de l'**Accord plurilatéral sur les marchés publics** (A.M.P.), le jour même de la création de l'Organisation mondiale du commerce (O.M.C).

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

Trois parties seront consacrées au développement des thèmes traités par le Code des Marchés :

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

PREMIÈRE PARTIE

Le cadre juridique des marchés publics

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

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

À cet égard, le nouveau décret du 08/03/2023 introduit de nouvelles procédures de marchés (par exemple la procédure du dialogue compétitif et l'offre spontanée, l'élargissement du champs d'application des enchères inversées, le renforcement du système de qualification des opérateurs économiques, les règles relatives à la transparence et la sanction des fraudes).

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

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

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

Chapitre I

La notion du contrat de marché public

Il y a une **redéfinition de la notion de marchés de travaux** pour englober les prestations liées :

- Au reboisement et à l'aménagement des espaces verts ;
- À la restauration des ouvrages traditionnels, historiques et anciens;
- Aux services fournis dans le cadre du marché de travaux **et l'installation des équipements** techniques, électriques, électroniques, audiovisuels et/ou de climatisation.

La notion de marchés publics, issue du décret des Marchés publics du 08/03/2023 notamment l'article 4 qui indique qu'un marché est un « contrat à titre onéreux conclu entre un maître d'ouvrage et une personne physique ou morale dénommée entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services et ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la réalisation de prestations de services. » C'est un contrat conclu qui implique une contrepartie financière entre un ou « plusieurs » maîtres d'ouvrage et un opérateur économique, basé sur des principes généraux classiques et qui repose sur un **critère organique**, c'est-à-dire un contrat passé par une personne publique avec des **critères matériels**, dont **l'objet** du marché et la **définition des besoins**, qu'il est essentiel de définir.

Les **marchés publics de travaux** sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit seulement l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par l'administration qui en exerce la maîtrise d'ouvrage. **Ceci étant on constate la suppression par le décret de 2023** de la précision qui dispose que les marchés de travaux couvrent les prestations accessoires aux travaux tels que les sondages, les forages, les levées topographiques, la prise de photographie et de film, les études sismiques ou études géotechniques **remplacées par le terme études**

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

Une précision qui concerne les **marchés de fournitures non courantes**, peuvent comprendre, à titre accessoire, des prestations de conception. Aussi les marchés de fournitures portant sur la location avec option d'achat des biens d'équipement ne recouvrent pas les biens immeubles. **Les marchés publics de fourniture** sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat, la location ou la location-vente de produits ou de matériels. A cet égard, le décret a apporter certaines précisions, qui vise que les **marchés de fournitures non courantes** peuvent comprendre, à titre accessoire, des prestations de conception, et que les marchés de fournitures portant sur la location avec option d'achat des biens d'équipement ne recouvrent pas les biens immeubles.

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

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

Une clarification selon laquelle, les **marchés de services** englobent aussi les marchés relatifs aux études sismiques ou aux études géotechniques et les marchés relatifs aux levées topographiques, à la prise de photographie et de film.

Section 1

Les critères matérialisant un marché public

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

§1- Définition des contrats de marchés publics

Un marché public est un contrat écrit de droit administratif consacrant l'accord de **deux volontés contradictoires** entre deux personnes dotées de la personnalité juridique, c'est-à-dire titulaires de droits subjectifs et jouissant de la capacité d'exercer des droits et d'être assujetties à des obligations. C'est la capacité de jouissance de droits qui exclut toute action ou décision unilatérale. Les personnes physiques comme les personnes morales peuvent être dotées de la personnalité juridique. Ce contrat doit répondre exclusivement aux **besoins de l'administration** en matière de fournitures, de services et de travaux. C'est l'acquisition par une personne publique d'un service ou d'une prestation dont elle est le destinataire. En effet, aux termes de l'article 5 du C.M.P., la **définition des besoins** et de leur nature **est essentielle** et le maître d'ouvrage **est tenu** de déterminer les spécifications et la consistance des prestations, car c'est en fonction de cette définition qu'on détermine **l'objet** du marché et le choix de la procédure à mettre en œuvre.

Avec cette nouveauté apportée par le décret de 2023 qui indique que la définition des besoins est faite sur la base de produits de l'artisanat marocain, pour la réalisation de prestations à composante artisanale, et sur la **base de produits d'origine marocaine** ou par référence à des normes marocaines homologuées.

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

Si l'article 16-A du décret du 08/03/2023 prévoit que « les marchés sont des **contrats écrits** », l'article 4, alinéa 14, complète et règle la question de la notion de marché public et propose une définition plus claire et plus satisfaisante, en précisant qu'un marché est « un contrat à titre onéreux conclu entre, d'une part, un **maître d'ouvrage** et d'autre part, **une personne physique ou morale** appelée entrepreneur, fournisseur ou prestataire de service ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la réalisation de prestation de services », ce qui signifie qu'un marché public peut être conclu aussi bien avec une personne privée que publique.

Une redéfinition de la notion du **concurrent** : « toute personne physique ou morale qui participe à un appel à la concurrence **dans sa phase antérieure à la remise des offres ou à une procédure négociée** avant l'attribution du marché ou qui propose une offre en vue de la conclusion d'un marché ».

La notion du maître d'ouvrage a connu une **redéfinition**. L'article 4 alinéa 12 donne plus de précision « Le maître d'ouvrage : l'autorité compétente ou toute personne désignée par elle en **vertu d'une décision** à l'effet d'assurer la préparation, la passation et l'exécution des marchés publics au nom et pour le compte de l'un des organismes prévus à l'article 2 du présent décret. » Le maître d'ouvrage, donc, désigne la personne morale, pour laquelle sont réalisés des travaux (Etat, collectivité territoriale ou établissement public) et la personne physique désignée par l'autorité compétente. Il faut se référer aux articles 735 -740 du Code des Obligations et Contrats et déduire la notion du maître d'ouvrage. Le rôle principal du responsable de l'ouvrage est avant tout la **transmission des éléments** nécessaires à l'élaboration de l'avant-projet d'assurer la préparation, la passation et l'exécution des marchés publics au nom et pour le compte de l'un des organismes publics sus visés.

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

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

Le contrat du marché doit-il donc être matérialisé par un écrit ou non ? Au regard de l'article 16 du décret sur les marchés publics, la réponse est positive : « Les marchés de l'État sont des **contrats écrits** » sur un support papier.

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

Ainsi, l'écrit constitue un corollaire du principe de la publicité. En vertu de l'article 23 du C.M.P., l'appel d'offres doit être publié et porté à la connaissance des concurrents, soit par voie de presse, soit par le biais d'une circulaire.

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

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

Pourtant, au fur et à mesure de la lecture du décret sur les marchés publics, on constate qu'il ne s'agit pas d'une règle sine qua non, mais d'une règle qu'il faut nuancer, notamment avec l'écrit numérique des actes dématérialisés prévus par l'article 138 du C.M.P. qui porte sur la procédure des enchères électroniques inversées et l'article 134 du C.M.P. qui porte sur la dématérialisation des procédures.

L'article 140 du CMP, a apporté des ouvertures au niveau de la dématérialisation des documents. Il prévoit l'instauration d'un système qui garanti de l'échange et du partage d'informations entre deux systèmes ayant ou non la même finalité. C'est le **système d'interopérabilité avec les systèmes tiers** « Les informations et les données se rapportant à certaines pièces des dossiers des concurrents issues des systèmes tiers peuvent être consultées, sur le portail des marchés publics, par la commission d'ouverture des plis. » C'est un système qui permet le traitement des documents de manière efficiente et pertinente. C'est une interopérabilité technique, c'est-à-dire l'interconnexion entre deux système, s'appuyant sur l'utilisation d'interfaces définies, de normes et de protocoles partagés dans le respect des exigences de sécurité et de confidentialité des données spécifiques. Il s'agit d'un système qui permet également aux entreprises créatives disposant de ressources limitées de s'imposer sur le marché avec des produits innovants. En effet, ces entreprises peuvent s'appuyer sur des outils existants pour proposer des modules complémentaires sans avoir besoin de créer des produits finaux très élaborés nécessitant une plus grande technicité. Cependant, il semble que l'écrit électronique n'est pas encore admis en preuve au même titre que l'écrit papier et qu'il n'a pas la même force probante que l'écrit papier. Les documents dématérialisés par l'article 134 ne sont pas des actes contractuels, pas plus que l'article 138 qui indique au paragraphe 3 que « La conclusion du marché issue de la procédure d'enchère électronique inversée obéit aux règles et aux conditions prévues par le présent décret », autrement dit la procédure classique de l'écrit sur papier. Le nouveau décret a élargi le champs d'application, puisque « le maître d'ouvrage peut recourir à l'enchère électronique inversée pour les marchés de fournitures. »

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

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

Il est **synallagmatique ou bilatéral** : le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les parties s'obligent réciproquement, de manière que l'obligation de chacune d'elles soit corrélative à l'obligation de l'autre. Il fait naître des obligations à la charge des deux parties, d'où **une réciprocité des obligations** ; cet aspect bilatéral implique qu'un marché peut être passé avec des personnes publiques ou privées.

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

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

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

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

Ceci exprime aussi l'idée d'une charge pesant sur le demandeur de la prestation qui résulte de la notion comptable : **le service fait et les droits acquis**. Il signifie aussi, entre autres, que chaque contractant consent à l'accomplissement d'un travail ou d'une prestation en échange d'un avantage sous la forme de versements dits acomptes, lesquels sont en fin de compte des deniers publics. C'est un contrat qui permet à chaque partie de rechercher un avantage dans le contrat. L'engagement de l'un ne vaut que par l'engagement de l'autre, c'est la règle de la réciprocité. En revanche, les prestations que l'administration obtient à titre gratuit ne peuvent jamais être qualifiées de marchés publics et par voie de conséquence le contrat à titre onéreux s'oppose au contrat à titre gratuit.

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

§2- Le régime juridique des contrats de marchés publics

L'administration est amenée à conclure des contrats tels que des marchés publics, des contrats de louage de services, de multiple contrats innommés et enfin, partiellement, la concession des services publics. Cependant, cette définition, avancée par le Code des Marchés publics (C.M.P.) et porteuse de plusieurs termes décisifs, montre qu'on est certes en présence de contrats, mais ces contrats relèvent-ils du domaine privé ou public ?

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

de l'administration qui font l'objet d'un marché, sauf dispositions expresses prévues par le décret relatif aux marchés publics.

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

C'est le cas pour le **consentement**, qui suppose dans le droit civil l'acceptation simultanée et d'emblée par les deux parties ; or, dans les contrats régis par le Code des Marchés, le consentement de l'attributaire du marché l'engage vis-à-vis de l'administration dès la signature du contrat, sauf dans le cas du retrait de l'offre dans les délais, d'abord en tant que concurrent et ce conformément à l'article 36 du C.M.P. qui prévoit que « Les concurrents restent engagés par leurs offres pendant soixante (60) jours qui commence à courir, selon le cas, à compter de la date de la séance d'ouverture des plis ou de la date de signature du marché par l'attributaire dans le cas d'un marché négocié. »

L'article 143 dispose que « L'approbation des marchés doit être notifiée à l'attributaire dans un délai maximum de soixante (60) jours à compter de la date d'ouverture des plis ou de la date de la signature du marché par l'attributaire dans le cas d'un marché négocié. » Par ailleurs, « En cas d'absence de notification de l'approbation du marché durant le délai imparti, du marché prorogé le cas échéant, le maître d'ouvrage établit un rapport explicitant les raisons qui ont conduit à la non-approbation ou à la non-notification du marché. Ce rapport est versé dans le dossier du marché. »

En revanche, pour l'administration, malgré la signature préalable du marché par le représentant de l'administration, le contrat, en vertu de l'article 142§2 du décret du 08/03/2023, n'est « valable et définitif qu'après **son approbation** par l'autorité compétente » : c'est donc seulement à partir de l'approbation que le marché peut revêtir un caractère exécutoire.

La **clause exorbitante** est un autre signe distinctif de l'aspect administratif du contrat de marché public. Cette clause a pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations, étrangères par leur nature à celles qui sont susceptibles d'être librement consenties par quiconque dans le cadre des règles édictées par le Code civil ou de Commerce.

C'est pour cette raison qu'on ne trouve pas cette clause dans les contrats de droit soumis au régime de droit civil ; elle y serait illégale, dans la mesure où elle établit un rapport d'inégalité entre les cocontractants puisqu'elle octroie à l'une des parties des pouvoirs sans les conférer à l'autre. C'est une clause qui caractérise les contrats de droit administratif. La présence de la **clause exorbitante** détermine donc le caractère administratif du contrat ; une seule clause exorbitante dans un contrat suffit pour que le contrat soit qualifié d'administratif et relève de la juridiction des tribunaux administratifs.

C'est ce qui ressort du jugement du 28/09/1995 n° 38/95 30 prononcé par le tribunal de Rabat, qui a déclaré son incompétence pour statuer sur une affaire relative à un bon de commande ; en effet, elle ne réunit pas les conditions légales pour que le juge administratif soit régulièrement saisi : « Considérant que les bons de commande objet du recours ne contiennent

pas de clause exorbitante de droit commun, ceci implique que le contrat échappe au droit administratif, et est soumis aux règles du droit privé.¹»

Néanmoins, la Cour suprême, devenue la Cour de Cassation depuis 2011, a considéré par la décision n° 357 du 09/03/2000 que **les bons de commande sont des contrats administratifs**. Portant, le tribunal de première instance de Khouribga, s’est prononcé le 10/07/2006, dans une affaire qui opposait la commune El Foukara vs M.Ahmed Nachite, en faveur de ce dernier. Ce tribunal a jugé que statuer sur une affaire qui porte sur un bon de commande est une affaire recevable. il s’agit d’un acte constitutif de certaines des équivoques, de certaines des ambivalences, bref, des flottements caractéristiques du droit.

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

Cependant, l’exercice de ces privilèges de modification unilatérale et de ces pouvoirs de contrôle traditionnels dans les contrats administratifs ne constitue pas ce qu’on appelle communément le **fait du prince**. Si la théorie du fait du prince, à la différence de la **théorie de l’imprévision**, exige un acte qui vient de l’autorité contractante, elle ne s’applique que pour des mesures prises par l’administration à **titre extracontractuel**. Par fait de prince, il convient d’entendre les actes juridiques et les opérations matérielles ayant des répercussions sur le contrat, et qui ont été effectués par la collectivité qui conclut le contrat, mais agissant en une autre qualité que celle de contractant.

Il y a donc fait du prince chaque fois que les autorités de la collectivité contractante **agissent en vertu d’une compétence autre que celle qu’elles tiennent du contrat**, c’est-à-dire lorsqu’elles exercent leurs compétence en matière de police ou d’organisation et de fonctionnement des services publics dans des conditions telles qu’il résulte des répercussions sur le contrat.

§3- Les exclusions

L’action d’exclure de la procédure réglementaire administrative s’entend pour tout contrat qui, sur un objet donné, comporte des règles juridiques différentes de celles que définit par le Code des Marchés publics et qui échappent en conséquence au régime de droit administratif. En effet, un contrat qui remplit les conditions de définition d’un marché public peut toutefois entrer dans l’une des catégories d’exclusion prévues par l’article 3 du décret du 08/03/2023 qui prévoit que « Sont exclus du champ d’application du présent décret, les conventions ou les contrats que » les personnes publiques sont **tenu** de passer dans les formes et selon les règles du **droit commun** ainsi que les contrats de concession de service public. L’exclusion ne permet pas, donc, la passation des contrat sous l’égide de droit administratif.

L’article 3 du décret du C.M.P. n’est en fait que la reproduction des dispositions des articles des anciens décrets qui régissaient les marchés publics, le décret du 19/05/65 et celui du

¹ «وحيث أن سندات الطلب موضوع النزاع لا يستشف منها وجود شروط استثنائية غير مألوفة ، مما يجعلها خاضعة لأحكام القانون الخاص وبالتالي الدفع المثار بعدم الاختصاص، له ما يبرره ويتعين الاستجابة له»

14/10/76, le décret du 30/12/1998 le décret du 02/05/2007 et enfin le décret du 20/03/2013 avec quelques modifications. Cependant, si cet article prévoit que certains contrats peuvent être conclus hors des dispositions prévues par le Code des Marchés publics, il pose en même temps la question du caractère public ou privé d'un marché. Autrement dit, les dispositions du décret sont-elles obligatoires lors de la conclusion d'un marché, ou bien l'administration peut-elle passer avec toute liberté des contrats régis par le droit commun ?

Il faut noter tout d'abord qu'il s'agit d'une **exclusion** et, par voie de conséquence, le recours à ce procédé est assujéti à une contrainte externe, c'est-à-dire quand l'administration **est tenue** de se placer sous le régime de droit commun et que les conditions requises sont réunies selon les domaines décidés par les pouvoirs publics. L'annexe n° 1 rattachée au décret du 08/03/2023 fait ressortir quatre catégories de contrats régies sous l'égide du droit commun : les contrats d'adhésion, les contrats de prestations interne des collectivités territoriales, les conventions d'assistance au maître d'ouvrage conclues entre les collectivités territoriales et enfin les contrats intuitu-personae.

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

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

A : Le droit commun

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

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

B : Les contrats d'adhésion

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

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

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

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

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

C : Les contrats de prestations internes

En vertu de l'article 3§7 « Les prestations effectuées pour le compte des collectivités territoriales par les personnes morales de droit public relevant d'elles, les sociétés de développement régional, les sociétés de développement ou les sociétés de développement local, dans le cadre de conventions dont les conditions et les formes sont fixées par arrêté du ministre chargé de l'intérieur ». Il s'agit en fait de prestations internes.

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

C'est une possibilité offerte par la réglementation à une collectivité territoriale, d'acquiescer et de faire exécuter des prestations de travaux, de fournitures ou de services, en interne, c'est-à-dire auprès de **ses propres services**. Il s'agit des prestations effectuées pour le compte des collectivités territoriales par les personnes morales de droit public relevant d'elles, les sociétés de développement dans le cadre de conventions dont les conditions et les formes sont fixées par arrêté du ministre chargé de l'intérieur. Ces contrats sont connus aussi sous le vocable de « quasi-régie », dans la mesure où cette entité constitue un démembrement de la personne publique.

Cette solution permet à la personne publique, notamment aux collectivités territoriales, de gérer d'une manière directe et autonome un service public et en même temps d'échapper aux procédures traditionnelles de passation des marchés et des règles de la concurrence prévues par le décret sur les marchés publics.

La conclusion de ces contrats peut donc échapper aux dispositions prévues par le décret sur les Marchés publics et en conséquence les règles de droit commun sont applicables.

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

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

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

1 - Un pouvoir de contrôle réel

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

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

À cet égard, il faut souligner la difficulté de mesurer l'étendue de ce contrôle. Ainsi, la capacité de la personne publique à contrôler le fonctionnement du prestataire et l'absence d'autonomie qui en découle pour celui-ci privent de tout intérêt le recours à une mise en concurrence préalable. Ceci permet de dire qu'il n'existe pas de critère précis permettant de déterminer, de facto, si le contrôle exercé par la personne publique sur son prestataire est comparable à celui dont elle dispose sur ses propres services.

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

Pour répondre à leurs besoins, les personnes publiques, dans ce cas, ne sont pas obligées de procéder par voie d'un marché public et de faire appel à des tiers mais plutôt de recourir à leurs propres moyens. Certes, les personnes privées et les personnes publiques constituent deux personnes morales distinctes, mais dont l'une peut être regardée comme le prolongement administratif de l'autre. Cependant une simple relation de tutelle ne suffit pas, le

cocontractant doit travailler essentiellement pour la personne publique qui demande l'exécution des travaux. C'est le second critère.

2 - Un lien organique et économique

Le seul constat d'une dépendance institutionnelle et fonctionnelle **forte** du cocontractant à l'égard de la personne publique ne suffit pas à qualifier un « contrat in house », il faut également que ce lien organique s'accompagne d'une quasi-exclusivité de la fourniture des prestations concernées au profit de la personne publique signataire du contrat. C'est la preuve d'une **dépendance économique** réelle. C'est à cette condition que ces prestations seront assimilées à celles dont pourrait disposer la personne publique en recourant à ses ressources propres. Ainsi, la part des activités réalisées au profit d'autres personnes doit demeurer marginale.

Pendant, aucune indication dans les textes qui régissent la matière ne fixe un seuil, notamment chiffré, à partir duquel on considère que le cocontractant exerce l'essentiel de son activité au profit de la personne publique. Ce paramètre est donc à apprécier au cas par cas, en fonction des données du cas d'espèce. Une société de développement local d'aménagement, qui réalise des constructions de logements pour le compte d'une collectivité locale et sur son territoire, remplit parfaitement le second critère. Un contrat ne pourra donc être qualifié de « contrat de prestations intégrées » ou « in house » et sera exclu de ce fait du champ d'application du Code des Marchés publics, sauf s'il satisfait simultanément aux conditions exposées ci-dessus.

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

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

Il convient de noter que la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également l'entité administrative exclut en tout état de cause que le pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. En conséquence, lorsqu'un acheteur public souhaite conclure un contrat à titre onéreux entrant dans le champ d'application du Code des Marchés publics, il doit mettre en concurrence le cocontractant, notamment les sociétés de développement local, dans le capital duquel il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées.

D : Les contrats conclus « intuitu persona »

Ce sont des conventions passées en considération de la personne et signifiant, dans une opération contractuelle, que la personne du cocontractant ou ses caractéristiques principales conditionnent la conclusion et l'exécution du contrat. Ces contrats portent sur des contrats

signés, en principe, avec une personne physique désignée dans le contrat et non avec une entité abstraite, une personne morale. Ceci étant, quand il s'agit d'une personne morale, il est nécessaire de préciser les éléments de l'intuitu personae, notamment les données relatives à son capital, son appartenance à un groupe, sa notoriété et son savoir-faire dans le domaine objet du contrat. Parmi les problèmes qui pourraient être posés figure la continuité de ce type de contrat en cas de décès du cocontractant.

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

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

E : Les services délégués

Prévu par l'article 3 du C.M.P. et encadré par la loi 54-05 du 14/02/ 2006 relative à la gestion déléguée des services publics, la délégation de service est un mode de gestion impliquant qu'une collectivité territoriale ou un établissement public confie sous son contrôle à une personne morale de droit public ou privé de faire fonctionner à ses risques et périls un service public. L'article premier de la loi 54-05 prévoit que « La présente loi s'applique aux contrats de gestion déléguée de services et d'ouvrages publics passés par les collectivités locales ou leurs groupements et par les établissements publics », ce qui exclut de facto l'État du recours à ce procédé et le limite aux collectivités locales et aux établissements publics.

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

1 - Le régime juridique des contrats de délégation de service

L'article premier de la loi 54-05 prévoit que « La présente loi s'applique aux contrats de gestion déléguée de **service** et d'**ouvrage**. » C'est la délégation d'un service public sous ces deux variantes : **la délégation de service**, dans laquelle le délégataire fait fonctionner un service public pour lequel le délégant utilise des ouvrages déjà existants appartenant à l'autorité délégataire, moyennant une rémunération perçue sur les usagers ; et **la délégation d'ouvrage**, dans laquelle le délégataire construit un ouvrage public moyennant une **redevance** d'exploitation perçue sur les usagers qui utilisent l'ouvrage. Cette dualité de fonctionnement n'entraîne pas une hétérogénéité du régime juridique du contrat de délégation d'un service public, mais confère au contrat une homogénéité qui trouve sa justification d'abord dans l'idée du bon fonctionnement des services publics selon les termes de l'article 3 de la loi 54-05 : « Le délégataire assume la responsabilité du service public. » Cette idée imprime au régime des contrats administratifs toute son originalité. Ensuite, la notion d'intérêt général, manifestée par l'article 24 de la loi 54-05 : « Le délégataire gère le service public en bon père de

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

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

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

2 - Les conditions d'exercice

Aux termes de l'article 25 de la loi 54-05, le délégataire a la qualité de commerçant. L'objet du service doit présenter un caractère économique et les opérations doivent être semblables à celles effectuées dans le secteur privé. Par ailleurs le délégataire « doit se constituer en société » et peut « exploiter des activités complémentaires commerciales ou industrielles nécessaires pour les usagers de services publics. »

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

Aussi l'article 11 de la loi 54-05 dispose que le contrat de gestion déléguée est conclu à titre **intuitu personae**. C'est là une référence soit à la personne elle-même, soit à celle du co-contractant. Quelle que soit la personne visée, c'est de son identité qu'il est question. Si l'*intuitu personae* évoque d'abord les éléments qui individualisent officiellement une personne (tels que ses nom, prénom, âge, domicile, etc.), une seconde définition énonce que l'identité est aussi l'ensemble des traits physiques et moraux qui caractérisent un être précis, et font qu'il est une personne unique.

Enfin, à partir du moment où la délégation du service public est conclue *intuitu personae*, le service doit être exploité personnellement par le délégataire, conformément à l'article 21 de la loi 54-05 qui impose que toute cession partielle ou totale ne pourra avoir lieu sous peine de déchéance, sauf pour le cas prévu par le texte. Le service délégué ne peut pas faire l'objet d'une cession quand il s'agit d'une collectivité locale en tant que délégant. En revanche, l'obligation d'exécuter personnellement le service ne s'impose pas aux établissements publics qui peuvent céder à concurrence d'un tiers sous réserve de l'acceptation explicite du délégant. Ceci étant, et en vertu de l'article 16 de la loi 54-05, les biens de retour qui sont de nature immobilière ou par destination doivent obligatoirement revenir à l'autorité délégante. Ces

biens ne peuvent faire l'objet d'aucune cession, en revanche les biens de reprise qui sont constitués de biens mobiliers pourront devenir la propriété du délégant et ce dernier a la faculté de les céder.

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

3- Le choix du délégataire

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

L'article premier du décret d'application du 09/08/2006 prévoit que les formes et les modalités d'établissement des documents d'appel à la concurrence sont fixées par arrêté du ministre chargé de l'Intérieur.

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

F : Les transactions financières

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

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

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

dans la perspective d'obtenir un gain monétaire, ou à l'inverse pour solder une opération précédente et pour récupérer des liquidités.

Le décret a ajouté que parmi les **actes exclus** du champ d'application du décret sur les marchés publics :

- Les contrats de partenariat public-privé ;
- Les opérations de cession de bien entre l'Etat et les établissements publics;
- Les conventions d'assistance au maître d'ouvrage conclues entre les collectivités territoriales et les organismes publics locaux ou nationaux ou les organismes internationaux ;
- Les prestations effectuées pour le compte des collectivités territoriales par les personnes morales de droit public relevant d'elles, les sociétés de développement régional, les sociétés de développement ou les sociétés de développement local, dans le cadre de conventions établies dans les conditions et selon les formes fixées par arrêté du ministre chargé de l'intérieur ;
- Les prestations réalisées à l'étranger pour le compte des services implantés à l'étranger, qui relèvent aussi bien de l'Etat que des établissements publics ;
- Les prestations relatives au soutien et/ou à la régulation de l'approvisionnement du pays en céréales, légumineuses et produits dérivés et ce conformément à l'article 167 du décret.

Les prestations effectuées pour le compte des collectivités territoriales par les personnes morales de droit public relevant d'elles, les sociétés de développement régional, les sociétés de développement ou les sociétés de développement local, dans le cadre de conventions dont les conditions et les formes sont fixées par arrêté du ministre chargé de l'intérieur.

Section 2 :

Les personnes soumises aux règles des marchés publics

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

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

À cet égard il convient de noter qu'aucune disposition n'indique que certaines personnes privées peuvent relever des catégories qui rentrent dans le champ d'application du Code

des Marchés publics. Toutefois, si une personne privée exerce dans le cadre d'un mandat de maîtrise d'ouvrage publique, c'est-à-dire qu'elle est **mandataire** d'une personne publique soumise au Code des Marchés publics, elle doit, pour les marchés passés en exécution de ce mandat, respecter les dispositions du code des marchés. Aussi il faut souligner que le critère d'une personne dotée de la personnalité juridique peut faire obstacle à certaines entités dans l'application des dispositions du code des marchés, ou au contraire les faire tomber sous le régime de ce code.

§1- L'État

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

Lever majeur de politique économique de l'Etat, la commande, publique est devenue plus stratégique et contribuer, dans le respect du droit, aux objectifs économiques, écologiques et sociaux. Les collectivités territoriales agissent dans un périmètre géographique très limité, les établissements publics, gênés par le critère de spécialité, l'Etat, sans ces contraintes joue un rôle primordial dans la sauvegarde du tissu économique et sociale, et réalise des grands travaux publics, grâce à l'outil des marchés publics.

§2- Les collectivités territoriales

L'article 135 de la Constitution de 2011 dispose que les collectivités territoriales sont les régions, les provinces et les communes. Les articles 210 (communes) 201 (préfectures) et 243 (régions) des lois organiques du 15/07/2015 prévoient que les marchés des collectivités territoriales, doivent être passés dans le cadre du respect des principes suivants :

- la liberté d'accès à la commande publique ;
- l'égalité de traitement des concurrents ;
- la garantie des droits des concurrents ;
- la transparence dans les choix du maître d'ouvrage ;
- les règles de bonne gouvernance.

Les dits marchés sont passés selon les conditions et les formes prévues dans la réglementation relative aux marchés publics.

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

Cette démarche peut s'avérer contraignante pour l' élu local qui cherche la consolidation du tissu socio-économique local, la sauvegarde des secteurs économiques en difficulté et la recherche d'un développement économique local. Ceci implique une réflexion afin de traiter le cas des collectivités locales à part.

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

§3- Les établissements publics

Il s'agit des établissements publics à compétence nationale, quel que soit leur caractère, administratif, commercial ou industriel, hormis le fait que certains établissements ne tombent pas sous le coup de la réglementation du Code des Marchés publics. En effet, en vertu de l'article 2-C, « les établissements publics et les autres personnes morales de droit public tenus en vertu de la législation et de la réglementation en vigueur, d'appliquer la réglementation relative aux marchés publics. »

L'extension du champ d'application du décret aux établissements publics et aux autres personnes morales de droit public tenues, en vertu de la législation et de la réglementation en vigueur, d'appliquer la réglementation relative aux marchés publics, les établissements publics, à l'exception de :

- l'Agence nationale de gestion stratégique des participations de l'Etat et de suivi des performances des établissements et entreprises publics (**1 établissement**);
- les établissements publics figurant sur le tableau n° 1 annexé à la loi n° 82-20 (**15 établissements**) ;

Soit un total de **217 établissements concernés par cette extension.**

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

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

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

À cet égard, la loi 82-20 fixe la liste des établissements publics assujettis au C.M.P. Il s'agit en fait d'établissements publics à caractère administratif tels que les agences de bassins hydrauliques, les académies d'enseignement, les chambres de commerce, les écoles

d'enseignement supérieur ou certains offices Le décret de 2023 a intégré, les établissements et les entreprises publics à caractère industriel et commercial, O.C.P.-O.N.C.F.- O.N.H.Y.M.) qui ont été exclus auparavant du champ d'application du décret du 20/03/2013 abrogé. Ensuite, sur le plan juridique, les textes de création des établissements publics portent la marque de la volonté bien arrêtée du législateur d'organiser la gestion des établissements publics, notamment ceux à caractère industriel et commercial, conformément aux méthodes et aux usages de droit privé, car ces organismes doivent respecter les règles du jeu du milieu où ils vivent. C'est la raison qui justifiait dans le passé l'exclusion des établissements publics susmentionnés, opérée par l'arrêt 3535-13 ; par voie de conséquence, la conclusion d'un contrat entre un E.P.I.C. et une personne privée, dans le cadre des besoins liés aux activités de cet établissement, relève de la compétence du juge administratif. Pour les établissements publics exclu du champs d'application du décret des marchés publics de 2023 rentrent dans le ressort du juge judiciaire.

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

Cependant, l'actuel Code des Marchés publics a soumis les établissements publics au code des marchés : ils deviennent assujettis à ces règles sans qu'il y ait une distinction entre les établissements publics à caractère administratif et les autres à caractères commercial et industriel (non exclus).

Pour ce qui concerne les établissements publics exclus du champ d'application du C.M.P., **un règlement** qui s'inspire des règles édictées par ce décret est établi par la Direction des établissements publics pour chaque établissement selon le principe de spécialité. Mais à partir du moment où ces règles sont intégrées dans le règlement, elle deviennent obligatoires et applicables.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ces éléments permettent l'application de facto des dispositions du Code des Marchés publics.

Chapitre II

Parties et partenaires

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

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

La qualité de la personne publique, maître d'ouvrage, est exclusivement administrative et fonctionnelle. Son rôle est de choisir, dans le respect des règles de droit en vigueur, la procédure d'achat appropriée et de la mener à bien sous sa responsabilité. Le maître d'ouvrage est défini comme une personne morale « adjudicataire » à qui incombent plusieurs missions et responsabilités en matière de marchés publics (préparation, exécution et extinction du marché).

S'agissant de la possibilité pour les autorités compétentes de déléguer leur signature ou leur compétence, rien n'est prévu par le Code des Marchés publics. Les modalités de délégation relèvent, en effet, exclusivement des textes organiques ou statutaires applicables à la personne publique en cause. Ces délégations n'ont pas d'incidence sur la nature et le niveau des besoins à prendre en compte, qui sont tous deux préalablement définis par la personne publique selon les règles fixées par le Code des Marchés publics.

Section 1

Les parties

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

§1– Le maître d'ouvrage

Dans l'aménagement juridique des structures de l'administration, la technique de la personnalité morale occupe une place importante. L'administration dans son sens organique, n'est elle-même qu'une collection de personnes morales, territoriales ou fonctionnelles (Etat, collectivités territoriales, ou établissement public) ou parfois même des personnes privées.

Mais **les personnes publiques agissent par l'intermédiaire de leurs organes**, organe individuel ou collégiaux, qui constituent les **autorités administratives**, (président d'une collectivité territoriale, d'un conseil d'administration, un maître d'ouvrage). Les autorités administratives, agissent et accomplissent les actes imputables aux personnes publiques, **leurs compétences** à cet effet étant définies par les textes constitutifs. Ainsi les actes du maître d'ouvrage, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public ou même de l'Etat, sont juridiquement ceux de ce dernier, personne publique, engage la collectivité territoriale, l'établissement public ou l'Etat. C'est la situation de dédoublement fonctionnel, le maître d'ouvrage agit comme « autorité de la personne publique ».

Cette situation peut faciliter, la compréhension de la redéfinition de la notion du maître d'ouvrage, avancée par l'article 4-12 du CMP 2023, qui a procédé à une refonte de la définition formulée par le décret du 20/03/2013 abrogé.

Le décret du 08/03/2023 relatif aux marchés publics définit le Maître d'ouvrage comme étant « l'autorité compétente ou toute personne désignée par elle en vertu d'une décision à l'effet d'assurer la préparation, la passation et l'exécution des marchés publics au nom et pour le compte de l'un des organismes prévus à l'article 2 du présent décret (Etat, collectivité territoriales ou établissement public).

L'autorité compétente peut désigner un ou, en cas de besoin, plusieurs **maîtres d'ouvrage** pour les marchés publics de l'organisme concerné. L'autorité compétente désigne le maître d'ouvrage es qualités. Copie de la décision de désignation du maître d'ouvrage est versée dans le dossier de chaque marché passé par l'un des organismes cités ci-dessus :

L'article 4-12 du décret du 08/03/2023 est marqué par **une personnalisation** du marché qui a pour conséquence une répartition des tâches entre l'ordonnateur en tant qu'autorité compétente, et la personne désignée par lui chargée de gérer le processus du marché en amont et en val, en tant que maître d'ouvrage.

A l'autorité compétente relève le rôle de l'approbation du marché. L'article 4-2 indique que « **l'autorité compétente** : l'ordonnateur ou la personne déléguée par lui à l'effet **d'approuver le marché** .» pour le maître d'ouvrage, incombe désormais la gestion du marché « Le maître d'ouvrage : l'autorité compétente ou toute personne désignée par elle en vertu d'une décision à l'effet d'assurer la préparation, la passation et l'exécution des marchés publics au nom et pour le compte de l'un des organismes prévus à l'article 2 du présent décret. » Cela signifie que cet article définit cette autorité en tant qu'autorité qui, au nom de l'un des organismes publics visés à l'article 2 du C.M.P., passe le marché avec l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services. » Cette autorité peut être désignée en tant que telle, en fonction de sa forme juridique : l'État, une collectivité territoriale ou un établissement public.

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

Quant à **l'autorité compétente** qu'est une **personne physique**, l'article 3 du C.M.P. indique que c'est l'ordonnateur. Or l'article 64 du décret du 21/04/1967 portant règlement général de la comptabilité publique indique que « de droit, les ministres sont ordonnateurs », les articles 196 (commune) 187 (préfecture) et 209 (régions) des lois organiques du 07/07/2015 désignent les présidents des conseils (communal, préfectoral et régional) en tant qu'ordonnateur. L'article 8 de la loi 69-00 du 11/11/2003 relative au contrôle des établissements publics définit le directeur de l'établissement public en tant qu'ordonnateur chargé d'engager, liquider, mandater et approuver les marchés.

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

En ce qui concerne les collectivités territoriales, le président de l'assemblée délibérante est **l'ordonnateur** et ce conformément à l'article (94 commune-95 province/préfecture- 101 région) de la loi organique du 15/07/2015 des collectivités territoriales. A cet effet, il est chargé de **conclure les marchés** de travaux et les de **les approuver**. Le président de l'assemblée délibérante en tant qu'autorité compétente peut se faire représenter, par une personne désignée par lui et sous sa responsabilité et son contrôle d'assumer l'une de ces tâches.

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

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

La personne responsable du marché et la personne publique acheteuse peuvent être le propriétaire de l'ouvrage ; c'est le cas général, mais ce peut être une autre personne publique qui se voit confier la maîtrise de l'ouvrage. L'article 154 du décret du 08/03/2023 évoque la notion de maître d'ouvrage délégué.

§2- Le maître d'ouvrage délégué

Conformément à l'article 154 du Code des Marchés publics (C.M.P.), un maître d'ouvrage délégué est un organe ou une personne **mandatée** par l'autorité compétente, par **convention**, l'exécution au nom et pour le compte de l'organisme concerné, **tout ou partie** des missions de maîtrise d'ouvrage, à même d'assurer une bonne exécution du marché et la réalisation des objectifs assignés au projet objet dudit marché.) Ainsi, il dirigera une mission complète ou partielle de gestion du projet en parfaite collaboration et dans le respect des objectifs et des contraintes du maître de l'ouvrage.

L'objet de la convention est d'entamer les démarches relatives à la conclusion et l'exécution, du contrat de marché public « **qui porte, exclusivement, sur les marchés de travaux et des études y afférentes** ». Cet organe peut être « une administration publique, à un établissement public, société d'Etat ou l'une de ses filiales, filiale publique ou société de développement régional, société de développement ou société de développement local .»

Le recours à la maîtrise d'ouvrage déléguée est subordonné, selon le cas :

- à une décision du Chef du gouvernement prise après visa du ministre chargé des finances pour l'Etat et les établissements publics et les autres personnes morales de droit public prévues à l'article 2 du décret ;
- à une autorisation du ministre chargé de l'intérieur pour les collectivités territoriales.

Cependant, si la désignation intervient a posteriori, l'article 12-2 du C.C.A.G.-T. indique dans ce cas d'espèce que « Le maître d'ouvrage et l'entrepreneur peuvent conclure des avenants dans le cas suivant : pour **constater des modifications dans la personne du maître d'ouvrage**, la raison sociale ou la dénomination de l'entrepreneur et la domiciliation bancaire de l'entrepreneur. » Le maître d'ouvrage délégué, dans ce cas, est une administration, un organisme public ou parapublic, ce qui exclut la désignation d'une personne privée comme maître d'ouvrage délégué.

Concrètement, c'est sur la base d'une convention qu'une personne publique donne à une autre le pouvoir d'accomplir pour elle un ou plusieurs actes de nature juridique. Il s'agit d'un « **mandat** » ou d'une « **procuration**. » On désigne ainsi à la fois **le pouvoir** et **le document** par le biais duquel ce pouvoir est transmis. La délégation de maîtrise d'ouvrage est ainsi confiée sur la base d'un écrit qui fixe de manière exhaustive les missions à exécuter pour le compte du maître d'ouvrage. A noter que, la conclusion de la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée pour les collectivités territoriales est soumise à l'avis préalable du ministre chargé de l'intérieur.

La lecture de l'article 154-1-§7 montre qu'il s'agit d'un **mandat** dans la mesure où il « **représente le maître d'ouvrage** à l'égard des tiers dans l'exercice des attributions qui lui sont confiées » ; en outre, il n'est responsable que de « **la bonne exécution des attributions** dont il a été chargé. » Il y a donc une délégation de compétences dans la démarche du maître d'ouvrage ; aussi, le maître d'ouvrage délégué intervient en qualité de mandataire du maître d'ouvrage et non pas en qualité de simple conseiller de celui-ci.

L'article 154-1-§4 indique que le délégué définit les conditions administratives et techniques de l'ouvrage qui sera étudié et exécuté, élabore et signe les différents contrats, la passation des marchés et en conséquence veille au choix des entreprises et des fournisseurs, prépare et gère leurs marchés, s'occupe de la gestion financière et administrative de l'opération. À cet effet, il s'assure de la faisabilité de la mise en œuvre du projet sous tous les aspects organisationnels et juridiques, de même qu'il assure la planification budgétaire ; il garantit la coordination et le pilotage durant toute la durée de vie du projet, contrôle et réceptionne les prestations fournies par le maître d'œuvre - et agréé les sous-traitants le cas échéant - depuis les phases de spécifications d'avant-projet et de rédaction des cahiers des charges jusqu'aux dossiers des ouvrages exécutés.

Ainsi, à partir du moment où l'article 154 indique, lors de l'approbation et de la notification d'un décompte général, que la réception de l'ouvrage entre dans la mission du maître d'ouvrage délégué, il appartient à celui-ci de s'assurer que ce document, le décompte général, n'est pas entaché d'erreurs ou d'omissions qui ne devraient pas échapper à un professionnel, faute de quoi il engage sa responsabilité en cas d'erreur dans le décompte général.

Cependant, lorsque la convention stipule que la réception de l'ouvrage ne peut intervenir qu'après l'accord exprès de la collectivité ou que le maître d'ouvrage manifeste d'une manière claire et sans équivoque son refus de procéder à la réception de l'ouvrage, dans ce cas, il ne peut y avoir réception de ce dernier sans leurs accords explicites, et ce en application de l'article 154-2-h qui dispose que la convention prévoit notamment «les conditions d'agrément des avant-projets et de réception de l'ouvrage.»

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

§3- La personne privée attributaire

Afin d'exécuter les travaux ou les prestations, l'administration est amenée à faire appel à des personnes privées et à passer des contrats avec elles sur la base de la liberté d'accès à la commande publique prévue par le décret. À cet égard, la loi 114-13 du 19/02/2015 relative au statut de l'auto-entrepreneur et le décret d'application 89-19-2 ont élargi l'accès aux marchés publics aux auto-entrepreneurs et aux coopératives.

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

L'implication de la personne privée commence tout d'abord avec l'acte d'engagement qui est destiné à devenir la pièce maîtresse du marché. Il doit être signé par une personne habilitée à engager l'entreprise. La signature confirme que le « concurrent » a accepté toutes les conditions qui ont été exposées par la personne publique dans les documents de la consultation. Cette signature est obligatoire. Si l'acte n'est pas signé, ***l'offre du concurrent est réputée comme inexistante*** et de ce fait irrecevable. La personne publique n'a aucune obligation de demander à un concurrent de lui renvoyer un acte signé en cas d'omission.

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

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

L'article 4 du C.M.P. liste deux catégories de personnes privées appelées à participer, à contracter ou à exécuter le marché. La première catégorie fait référence au **concurrent**, qui peut être toute personne physique ou morale qui propose une offre en vue de la conclusion d'un marché. La deuxième catégorie fait une distinction entre un **attributaire** et un **titulaire** selon que l'approbation du marché est notifiée ou non. L'**attributaire** est un concurrent dont l'offre a été retenue mais dont l'approbation n'a pas été notifiée. Il reste lié par son engagement jusqu'à l'expiration du délai prévu par l'article 47 du décret. En revanche, le **titulaire** d'un marché **notifié** est lié définitivement à l'administration et le refus d'exécuter le marché entraîne des sanctions.

§4- La personne publique attributaire

Aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public. Toutefois, les modalités d'intervention de la personne publique candidate doivent être en harmonie avec les principes édictés par le Code des Marchés, notamment le principe de la concurrence entre cette entité publique et d'autres entreprises, afin de respecter le principe d'égalité d'accès à la commande publique. L'article 27-II dispose que « Lorsque le concurrent est **un établissement public**, il doit fournir, au moment de la présentation de l'offre, outre le dossier technique et les pièces du dossier administratif prévues aux b) et c) de l'alinéa 1 du A du I) du présent article, une copie du texte l'habilitant à exercer les missions en relation avec les prestations objet du marché. »

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

§5- L'architecte

Le recours à un architecte pour la réalisation de bâtiments à usage public est obligatoire. Le domaine de son intervention est encadré par différents textes, notamment la loi du 12/07/1991 relative à l'urbanisme, et les dispositions de l'article 92 du C.M.P., notamment le paragraphe 2 qui prévoit que « Les prestations architecturales sont conclues sur la base d'un contrat d'architecte qui fixe les clauses administratives, techniques et financières applicables à la prestation à exécuter ».

La lecture du contenu de l'article 4 du contrat type annexé à l'arrêté n° 20-1689 du 3 juillet 2023 permet de dégager les grandes lignes du rôle du maître d'ouvrage et la mission confiée à l'architecte qui devient maître d'œuvre.

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

La **mission principale** comprend essentiellement la conception de l'œuvre, l'assistance du maître d'ouvrage sur les plans administratif (étude et rédaction du projet), professionnel (direction, contrôle et surveillance de l'exécution) et technique (calcul et contrôle des ouvrages de béton armé). Sans nul doute, la conception de l'ouvrage est le fondement de la mission de l'architecte, **maître d'œuvre**. Cette mission engage la responsabilité de l'architecte en cas de défaut et de vice de construction.

La conception du projet débouche sur un avant-projet, puis sur un projet définitif appelé aussi dossier d'exécution. C'est ce projet qui permet aux entrepreneurs de mieux appréhender l'étendue et la consistance des travaux à exécuter éventuellement. Il est constitué d'un dossier de plans et de détails d'exécution et d'un dossier de consultation.

Sur le plan administratif, l'architecte est amené à assister le maître d'ouvrage dans la mise en forme et le dépôt de la demande de permis de construire ainsi que dans le lancement du marché. À ce niveau, l'architecte se limite à assister le maître d'ouvrage dans l'accomplissement de ses démarches administratives et ne se substitue nullement à lui. Aussi, il incombe essentiellement à l'architecte de diriger et de surveiller l'exécution des travaux. Cette obligation implique sa présence sur le chantier, faute de quoi le maître d'ouvrage doit sommer l'architecte par une mise en demeure pour manquement à cette obligation.

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

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

C'est une mission qui engage la responsabilité de l'architecte, non seulement au regard de son éventuelle impéritie ou défaut de prévoyance à l'occasion de l'établissement de ses plans, mais encore concernant les négligences et les fautes apportées à la construction **réalisée sous sa responsabilité et sous sa surveillance**. À cet effet et en vertu de l'article 55-3 du contrat d'architecte, l'approbation par le maître d'ouvrage des rapports ou des documents relatifs à l'exécution de chaque mission ou phase du marché « ne dégage pas l'architecte de sa responsabilité contractuelle telle qu'elle résulte des clauses du contrat ».

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

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

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

Section 2

Les partenaires

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

§1- Le comptable

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

En vertu de l'article 25§2 de la loi n° 62-99 formant code des juridictions financières du 13/06/2002, les comptables publics sont tenus de produire annuellement des comptes de services de l'État dans les formes prévues par la réglementation en vigueur. L'article 37§2 prévoit que lorsque la Cour des Comptes établit l'existence d'irrégularités à la charge du comptable, elle lui enjoint par un arrêt provisoire de produire par écrit ses justifications.

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

En ce qui concerne les marchés publics, le processus de la préparation et de l'exécution des marchés publics est coordonné par le comptable selon une panoplie juridique variée. On peut citer tout d'abord les textes de base, notamment le Code des Marchés et le Cahier des Clauses administratives générales, ensuite un ensemble de règles édictées par le décret 2.07.1235 du 04/11/2008 relatif aux dépenses de l'État, le décret du 21/04/1967 tel qu'il est modifié, portant règlement général de comptabilité publique, les décrets du 23/11/2017 relatifs à la comptabilité des communes, provinces, préfectures et régions, la loi 69-00 du 11/11/2003 relative au contrôle financier sur les entreprises publiques, la nomenclature des pièces justificatives, et enfin des règles qui relèvent d'une réglementation particulière et qui portent sur la prescription quadriennale, le nantissement et la cession des créances, les op-

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

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

Au niveau de la phase administrative, il faut s'assurer tout d'abord de la présence d'un contrat valide et clair. Ensuite le contrôle doit se contenter de savoir si le choix du mode de passation a été effectué conformément aux dispositions du décret du 08//03/2023, si les pièces du dossier d'appel d'offres sont conformes aux modèles types prévus par l'arrêté du ministre chargé des Finances pris sur la base de l'article 153 du C.M.P., en veillant au respect de certaines formalités telles que le contenu de l'avis d'appel d'offres, la définition de la prestation, le contenu du C.P.S..

D'autres vérifications doivent être observées, notamment l'objet, le lieu et les dates d'exécution et d'achèvement de la prestation, la nature des prix (révision des prix, bordereau des prix). La phase comptable intervient au moment du commencement des travaux et avec l'envoi des factures ou des décomptes par le maître d'ouvrage pour règlement.

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

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

Une autre catégorie de contrôle résulte des stipulations contractuelles. À cet effet, le comptable doit constater que la créance n'est pas valide si les prestations liquidées n'étaient pas prévues par le contrat. Le comptable, dans ce cas, doit suspendre le paiement.

§2- Le co-traitant ou le groupement

Plusieurs entreprises peuvent co-traiter un marché. Selon cette hypothèse, le marché est acquis par chacune d'elles pour la part qui lui revient. La procédure vise à confier l'exécution d'un marché ou d'une partie du marché à un groupement prévu par l'article 150 du C.M.P.

Il s'agit d'un mode d'organisation qui permet aux entreprises de s'organiser afin de présenter une offre unique. Un candidat à un marché public peut se présenter avec toute liberté, seul ou en groupement, et l'administration ne peut interdire aux entreprises de présenter leur offre en

groupement : « Le maître d'ouvrage ne peut limiter la participation aux marchés qu'il lance, exclusivement, aux groupements ni exiger la forme du groupement. » Le Code des Marchés publics a consacré ce principe de liberté de groupement des entreprises par l'article 4-10, qui définit le groupement comme étant constitué de « deux ou plusieurs concurrents qui souscrivent un engagement unique » ; quant à l'article 150§1, il dispose que « **les concurrents peuvent constituer des groupements** pour présenter **une offre unique.** » Dans ce cas, il faut préciser dans le dossier de candidature que l'entreprise répond au marché au sein d'un groupement. C'est un regroupement d'opérateurs économiques, c'est-à-dire un groupe d'entreprises **dépourvu de la personnalité juridique** qui mettent en commun leurs capacités financières, professionnelles et techniques, pour la passation et l'exécution d'un marché public. Lorsqu'un marché est complexe et fait appel à différents métiers, plusieurs entreprises peuvent se grouper afin de répondre à l'appel d'offres.

Cependant, s'il n'est pas exigé de chaque membre du groupement qu'il ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché, on exige des entreprises membres du groupement, l'appartenance à la profession dont relèvent les prestations envisagées.

En conséquence, cette disposition permet aux petites et moyennes entreprises de participer à des marchés auxquels, toutes seules, elles n'auraient pas pu prétendre faute de satisfaire à toutes les exigences. La raison principale en est que la réglementation en vigueur concernant la passation des marchés publics, ainsi que celle relative à la qualification et à la classification des entreprises du bâtiment et des travaux publics susvisées, ne traitent pas du groupement d'entreprises.

À cet égard, et suite au rejet par une administration d'une offre présentée conjointement par un groupement pour la réalisation d'un projet, la commission des marchés a conclu par un avis **n° 154/98 du 29/09/1998** qu'un marché ne peut être dévolu qu'à un candidat de la spécialité concernée par son objet : « Pour ce qui est des marchés de bâtiment et de travaux publics, l'entreprise est reconnue qualifiée pour une activité déterminée (article 2 du décret n° 2.94.223 du 16/06/1994 susvisé) lorsque **ses références** sur l'activité qu'elle exerce **répondent à la définition** donnée à cette activité. Il résulte de ce qui précède que, dans le cas présent, l'un des membres du groupement ne remplit pas les conditions requises de qualification et de classification, ce qui conduit à conclure qu'il n'est pas qualifié pour réaliser le marché considéré et par conséquent la décision prise par l'administration de rejeter l'offre présentée par le groupement est régulière. »

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

En outre, quand il s'agit d'un **groupement conjoint**, l'individualisation des parties du marché implique l'application des dispositions de l'article 14 du décret n° 2.94.223 du 16 juin 1994 instituant un système de qualification et de classification des entreprises de bâtiment et de travaux publics.

Les règles et conditions qui gouvernent le fonctionnement de la constitution et de la participation des groupements sont précisées par l'article 150 du C.M.P., qui s'interroge en même temps sur la possibilité d'évolution du groupement partenaire de la personne publique, au stade de la procédure des sélections des candidatures et des offres, puis au stade de l'exécution du contrat.

D'autre part, le paragraphe 3 et 4 de l'alinéa C dispose « Un même concurrent ne peut, à titre individuel et en tant que membre d'un groupement, présenter plus d'une offre pour le même marché dans le cas d'un marché unique ou pour le même lot dans le cas d'un marché alloti. Toutefois, pour les marchés allotis le concurrent peut présenter des offres aussi bien à titre individuel ou en tant que membre d'un groupement dont il est membre sous réserve que les offres présentées ne portent pas sur le même lot. »

Cela signifie clairement que le décret **interdit** aux concurrents dans le cadre de la même procédure **de présenter plusieurs offres** en agissant à la fois en qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements, ou bien en qualité de membres de plusieurs groupements.

A : Les différentes formes de groupement

Conformément à l'article 150§1 du C.M.P., il existe deux formes de groupement : « Le groupement peut être soit conjoint, soit solidaire. »

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

Les entreprises ayant formé un groupement solidaire pour l'exécution du marché dont elles sont titulaires sont réputées se représenter mutuellement dans toutes les instances relatives aux obligations attachées à l'exécution de ce marché. À cet effet, si une entreprise n'est pas en mesure d'assumer l'exécution de la part qui lui a été attribuée, les autres entreprises du groupement se substituent à elle pour assurer la réalisation de la part de l'entreprise considérée comme défaillante.

Cette obligation peut poser des difficultés dans le cas des marchés cadres, dans la mesure où, par définition, les besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement déterminés à l'avance.

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

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

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

L'acte d'engagement (qui a seul valeur contraignante, contrairement au bordereau des prix unitaires) est donc unique ; il est signé par l'ensemble des entreprises du groupement ou par le seul mandataire de celui-ci, s'il dispose de l'habilitation pour représenter les entreprises. Quant à la solidarité entre les entreprises, il n'y en a pas en principe, sauf à l'encontre du maître d'ouvrage, c'est-à-dire que seul ce dernier peut l'invoquer et elle ne peut pas profiter aux autres membres du groupement ni aux tiers tels que les fournisseurs et les sous-traitants, ou encore les organismes étatiques.

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

Toutefois, l'article 150-C§2 dispose que « Lorsque le marché est passé par appel d'offres avec présélection ou sur concours, la composition du groupement ne peut être modifiée entre la date de la remise des candidatures et celle de la remise des offres. » Cette disposition laisse supposer que le maître d'ouvrage peut demander au groupement de changer de forme une fois que le marché lui a été attribué, s'il juge que cette transformation a pour objet de garantir la bonne exécution du marché. La forme imposée est, dans ce cas, mentionnée dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation.

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

Le groupement n'a donc pas de capacité juridique, abstraction faite de sa forme (solidaire ou conjoint), dans la mesure où, dans les deux cas, les entreprises doivent « justifier individuellement de capacités juridiques » au moment du dépôt de leurs candidatures, ce qui implique le respect de l'intégrité du prestataire membre du groupement, sauf en cas de mise en liquidation ou de redressement judiciaire, ou dans le cas où le membre du groupement est dans l'impossibilité d'accomplir les prestations.

En conséquence, le groupement lui-même n'est pas titulaire du marché et le mandataire du groupement n'est pas non plus l'unique cocontractant. Dans ce cas, les membres du groupement peuvent demander au maître d'ouvrage de continuer sans l'entreprise défaillante objet

des mesures juridictionnelles, et le cas échéant peuvent exiger de pouvoir faire appel à un sous-traitant.

B : La formalisation des liens juridiques

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

● LA CONVENTION

La co-traitance repose sur une logique de partenariat. En vertu de l'article 150-C§5 du C.M.P., « Chaque groupement doit présenter, parmi les pièces du dossier administratif, une copie légalisée de **la convention de la constitution** du groupement. Cette convention doit être accompagnée d'une note indiquant notamment l'objet de la convention, la nature du groupement, le mandataire, la durée de la convention, la répartition des prestations, le cas échéant. » À ce titre, la convention est conclue sous l'égide du Code des Obligations et des Contrats, notamment l'article 879 et suivants, afin de fixer la nature des liens juridiques, particulièrement les modalités de la solidarité entre les entreprises membres du groupement et les pouvoirs qu'ils entendent octroyer au mandataire ; ainsi, ils peuvent limiter ou élargir les capacités de représentation du groupement, ou encore aménager ses responsabilités et éventuellement décrire la répartition des prestations.

● LE MANDATAIRE

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

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

L'article 150-A-§2 énonce que dans un groupement conjoint, « L'un des membres du groupement, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis du maître d'ouvrage » et en l'absence de mandat de chaque entreprise, le groupement pourrait être considéré comme s'il n'existait pas, en conséquence chaque entreprise est considérée comme soumissionnaire à part entière.

Le mandataire désigné n'est pas habilité à signer à la place des membres du groupement les documents suivants : le C.P.S., l'offre financière et technique du groupement ou une quelconque modification ultérieure du marché public. Dans ce cas, tous les membres du groupement devront signer la lettre de candidature ainsi que l'offre du groupement. Cependant, le mandataire ne peut signer à la place de l'ensemble des membres du groupement sauf si « Celui-ci (le mandataire) justifie des habilitations sous forme de **procurations légalisées** pour représenter les membres du groupement lors de la procédure de passation du marché. »

Toutefois, le mandataire étant le représentant du groupement auprès du maître d'ouvrage, les ordres, courriers, demandes effectuées par le maître d'ouvrage sont réputés avoir été donnés à tous les membres du groupement. De même, les courriers envoyés par le mandataire sont réputés avoir été envoyés par l'ensemble des membres du groupement. Étant donné qu'il n'est pas le mandataire du maître d'ouvrage, c'est donc un contrat de mandat à qualifier de « sui generis. » Toutefois, cette solidarité n'est pas sans limite, même si conformément à l'article 150-A-§3 « Le mandataire est également solidaire de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard du maître d'ouvrage pour l'exécution du marché. » Ceci signifie que la solidarité du mandataire s'arrête à la fin du contrat. En cas de sinistre pendant les périodes de garantie, le maître d'ouvrage doit s'adresser à chaque co-traitant pour la part de la mission qu'il a personnellement effectuée.

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

Une question sous-jacente peut être posée : qui est responsable de la garantie décennale dans les différents cas de groupement ? En effet, quelle que soit la forme du groupement, conjoint ou solidaire, celui-ci ne jouit pas de la personnalité juridique et c'est donc à chacun des membres du groupement d'assurer la garantie décennale pour les prestations qu'il a lui-même exécutées.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ceci étant, à partir du moment où le groupement est composé de plusieurs entreprises, il y a lieu d'observer un certain nombre de règles prévues par l'article 150 –C-§1 et 2 au niveau de la soumission :

- Un même concurrent ne peut, à titre individuel et en tant que membre d'un groupement, présenter plus d'une offre pour même lot dans le cas d'un marché alloti.
- Toutefois, pour les marchés allotis le concurrent peut présenter des offres aussi bien à titre individuel ou en tant que membre d'un groupement dont il est membre sous réserve que les offres présentées ne portent pas sur le même lot.

C : règlement et constitution des garanties

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

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

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

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

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

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

§3- Le sous-traitant

La sous-traitance est l'opération par laquelle un titulaire du marché confie sous sa responsabilité à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution d'une partie du marché public conclu avec le maître d'ouvrage. Il s'agit d'un contrat privé qui autorise un entrepreneur à faire exécuter une partie de son marché public par des tiers. Cette convention de droit privé intervient entre l'entrepreneur et son sous-traitant, et ne concerne nullement le maître d'ouvrage.

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

La question qui se pose, c'est à quel stade il faut faire appel à un sous traitant ?

En principe, à chacune des étapes de l'exécution d'un marché, il est simple de faire appel à un sous-traitant, à l'exception des dispositions de l'article 151§3 du C..P, qui indique que «Lorsque le titulaire envisage de recourir à la sous-traitance, il est tenu de faire appel à des **prestataires installés au Maroc**, notamment les très petites, petites et moyennes entreprises y compris les jeunes entreprises innovantes, les coopératives, les unions de coopératives et les auto entrepreneurs. »

Les conditions dans lesquelles le titulaire du marché peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché sont prévues par l'article 151 du décret 08/03/2023.

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

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

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

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

1 - Les modalités de la sous-traitance

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

Pendant, le décret par le biais du §7 de l'article 151 a mis en place des **verrous techniques et juridiques** pour recourir à la sous-traitance. C'est ainsi que le maître d'ouvrage peut refuser l'intervention d'un sous-traitant qui n'aurait pas les qualifications requises, telles que prévu à l'article 27 du décret, pour effectuer la prestation objet du marché. Dans ce cas, lorsque le maître d'ouvrage réalise que les sous-traitants ne remplissent pas les conditions, il peut, dans un délai de quinze jours à compter de la date de réception du contrat de sous-traitance, exercer un droit de récusation, par lettre motivée transmise par voie recommandée avec accusé de réception.

Le maître d'ouvrage peut aussi refuser la sous-traitance d'une partie du marché parce qu'il considère que cette partie relève d'un domaine sensible ou qu'elle « porte sur le lot ou le corps d'état principal du marché. » À cet égard, le Cahier des Prescriptions spéciales doit indiquer, parmi les composantes de la prestation, celles qui constituent le corps d'état principal, ainsi que les prestations qui ne peuvent faire l'objet d'une sous-traitance.

Le nombre des sous-traitants qui peuvent intervenir dans l'exécution de la partie sous-traitée n'étant pas limité, le titulaire du marché peut recourir à de nouveaux sous-traitants, mais dans la limite de 50 % du montant initial du marché toutes taxes comprises, ni porter sur le lot ou le corps d'état principal du marché.

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

Le maître d'ouvrage peut également passer sous silence cette modification dans la mesure où l'article 151 § 6 du C.M.P. évoque l'obligation du titulaire du marché de notifier seulement « au maître d'ouvrage la *nature des prestations* qu'il envisage de sous-traiter », sans mention d'un quelconque dépassement de montant, à partir du moment où les conditions de sous-traitance sont respectées par le sous-traitant.

Mais, en tout état de cause, la sous-traitance ne peut ni dépasser cinquante pour cent (50%) du montant du marché toutes taxes comprises, ni porter sur le lot ou le corps d'état principal du marché. Pour l'application de cette disposition, le cahier des prescriptions spéciales doit indiquer, parmi les composantes de la prestation, celles qui constituent le corps d'état principal et, le cas échéant, les prestations qui ne peuvent, en aucun cas, faire l'objet de sous-traitance.

2 - La qualité de sous-traitant

Le titulaire du marché doit notifier au maître d'ouvrage la nature des prestations qu'il envisage de sous-traiter mais surtout l'identité, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse des sous-traitants. Ce sont les mêmes renseignements prévus par l'article 27 du C.M.P. que doit contenir le rapport d'achèvement de l'exécution du marché établi par le maître d'ouvrage conformément à l'article 157 du C.M.P.

Si le maître d'ouvrage jouit d'un droit de regard pour accepter ou non le sous-traitant ainsi que la partie objet de la sous-traitance, il dispose à cet effet d'un délai de quinze (15) jours pour donner son accord ou pour notifier son refus motivé au titulaire du marché. Ce délai accordé commence à courir à compter de la date de la réception de la demande adressée au maître d'ouvrage accompagnée de l'accord de principe conclu entre le titulaire et le sous-traitant.

En outre, il doit apprécier toutes les conditions d'exécution de la partie sous-traitée du marché et écarter les sous-traitants qui ne présenteraient pas les garanties suffisantes, notamment lorsque le sous-traitant ne remplit pas les conditions requises. En effet, le sous-traitant doit remplir les mêmes conditions de capacité et de qualité requises prévues par l'article 27 du C.M.P. ; en l'éventualité d'un refus de la part du maître d'ouvrage, le recours à la sous-traitance est irrégulier.

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

3 - La qualité du contrat de sous-traitance

La qualification du contrat de sous-traitance est une question essentielle puisque le régime

de la responsabilité de l'entrepreneur en dépend. La conclusion de ce contrat entre le titulaire et le sous-traitant, ainsi que son acceptation par le maître d'ouvrage, ne modifient nullement les rapports entre l'administration et le titulaire du marché. Il ne dégage pas la responsabilité de ce dernier, qui demeure personnellement responsable de toutes les obligations résultant du marché, tant envers le maître d'ouvrage que vis-à-vis des ouvriers et des tiers. À cet effet, le titulaire du marché supporte seul les conséquences des malfaçons constatées et il ne peut pas évoquer ou se réfugier derrière la faute du sous-traitant. L'article 151 § 9 dispose que « Le maître d'ouvrage ne se reconnaît aucun lien juridique avec les sous-traitants », ce qui implique que les liens contractuels entre l'entrepreneur et le sous-traitant sont des liens qui les engagent l'un envers l'autre.

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

Ceci implique que l'acte de sous-traitance est signé seulement par le titulaire du marché et le sous-traitant. C'est un contrat de droit privé régissant les relations entre ces deux personnes. Selon un principe jurisprudentiel, un contrat dont aucune personne publique n'est partie ne peut être qu'un contrat de droit privé, et le contentieux relève des tribunaux judiciaires.

L'article 151§10 du Code des Marchés publics dispose qu'en cas de sous- traitance ***le titulaire demeure « personnellement responsable »*** de l'exécution et de toutes les obligations résultant du marché.

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

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

Ce contrat ne rentre pas dans le cadre de la sous-traitance prévue par l'article 160 du code des marchés ; le fournisseur n'est pas assujéti aux obligations prévues par le Code des Marchés et ne bénéficie pas non plus de ce fait des droits et des protections définis par le Code des Marchés.

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

4 - Les droits du sous-traitant

Le décret du 08/03/20123 relatif aux marchés publics, notamment l'article 151, ne fixe aucune règle qui conditionne les relations juridiques et financières entre le titulaire du marché et le sous-traitant à l'exception du paiement des sommes dues au sous traitant.

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

La première conséquence qui découle de cette situation juridique, c'est la responsabilité du prestataire titulaire du marché qui peut être évoquée par le maître d'ouvrage dans le cas d'agissements imputables au sous-traitant, au delà de la garantie décennale, notamment en cas de faute assimilable à une fraude ou à un dol. De même, le maître d'ouvrage n'est pas en droit d'imputer le coût des réparations des malfaçons constatées dans la réalisation des travaux sur les sommes dues au sous-traitant. Le titulaire du marché est seul tenu responsable devant le maître d'ouvrage de la bonne exécution des travaux et notamment de ceux exécutés par son sous-traitant.

L'article 64 du C.C.A.G.- Travaux ne prévoit aucune retenue de garantie qui reste en tout état de cause à la charge du titulaire du marché ; en conséquence, cette retenue n'est pas mentionnée dans cet article comme s'appliquant au sous-traitant. Le maître d'ouvrage n'a donc pas à appliquer une retenue de garantie au sous-traitant et n'a pas non plus à exiger l'introduction d'une clause relative aux pénalités de retard dans le C.P.S. à l'égard du sous-traitant.

Sur le **plan financier**, se pose d'abord la question du règlement des sommes dues. Le sous-traitant adresse sa demande, non pas au maître d'ouvrage, mais au titulaire du marché qui procède à son paiement. Le décret ne fixe ni le délai, ni les modalités de paiement. A fin de garantir le paiement des sommes dues au sous-traitant l'article 151 §8 prévoit que « Le cahier des prescriptions spéciales prévoit une clause en vertu de laquelle le titulaire du marché est tenu de présenter au maître d'ouvrage les documents justifiant le paiement, par ses soins, des sommes dues au sous-traitant au fur à mesure de l'exécution des prestations sous-traitées. » Cependant,et conformément à l'article 780§2 du Code des Obligations et Contrats « les sous-traitantsemployés par un entrepreneur, et les fournisseurs de matières premières, n'ont aucune action directe contre le commettant. Ils ne peuvent exercer que les actions de leur débiteur. »

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

C'est un régime de protection visant à favoriser la reconnaissance et l'encadrement de l'intervention du sous-traitant, ainsi que garantir le paiement de ses prestations. En principe,

le sous-traitant doit être payé par son cocontractant, c'est-à-dire par le titulaire du marché. Cependant, la situation d'insolvabilité de ce dernier laissait le sous-traitant impayé sans possibilité d'exercer un recours contre le maître d'ouvrage.

Il semble que dans le cas d'une défaillance du titulaire du marché, les dispositions de l'article 151§6 permettent au sous-traitant d'exercer une **action directe en paiement** contre le maître d'ouvrage dès lors qu'il n'a pas obtenu le paiement de ses prestations auprès du titulaire du marché «le titulaire du marché est tenu de présenter au maître d'ouvrage les documents justifiant le paiement, par ses soins, des sommes dues au sous-traitant au fur à mesure » Cette action permet au sous-traitant d'obtenir le paiement de ce qui lui est dû, mais seulement dans la limite de ce que le maître de l'ouvrage doit encore à l'entrepreneur principal. Le maître d'ouvrage, deviant dans ce cas un tiers détenteur.

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

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

5 - Les obligations du sous-traitant

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

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

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

Cependant, quand il s'agit d'un **travail intellectuel** sous-traité, on ne peut pas évoquer l'**obligation de résultat**, mais plutôt une simple **obligation de moyen**, c'est-à-dire que l'étude à

réaliser doit être exécutée le mieux possible sans que le sous-traitant puisse être tenu pour responsable de ses conséquences.

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

6 - Délivrance d'attestations aux sous-traitants

Nous avons déjà mentionné que le décret, par le biais de l'article 151§10, décline toute responsabilité du maître d'ouvrage, en affirmant que ce dernier ne se reconnaît aucun lien juridique avec le sous-traitant. Cependant, la commission nationale de la commande publique, dans son avis n° 51 du 27/11/2018, admet le fait que « **Le maître d'ouvrage** concerné par les prestations sous-traitées **peut délivrer aux sous-traitants** concernés qui en font la demande **des attestations de référence constatant les prestations qu'ils ont exécutées** et mentionnant les indications prévues au paragraphe B de l'article 25 du décret précité et les prendre en considération lors des ouvertures des plis pour l'admission des concurrents. » Les dispositions de cette avis ont été retenues et prévues par l'article 151§ 11 qui indique que « Le titulaire **est tenu** de délivrer au sous-traitant, à sa demande, une attestation de bonne exécution des prestations sous-traitées. » Donc, aux termes de ce paragraphe le titulaire est dans l'obligation de délivrer une attestation de bonne exécution des prestations effectuées par le sous-traitant.

En effet, dans la mesure où le maître d'ouvrage assure directement, par ses propres agents, et indirectement, par les maîtres d'œuvre, le suivi de l'exécution des prestations, il doit, en principe, être au courant de toutes les informations qui concernent le marché, des stades de l'avancement de l'exécution et des entreprises présentes sur le chantier.

7 - L'obligation de protéger les employés du sous-traitant

L'article 23 du C.C.A.G.-T. dispose que les sous-traitants sont soumis aux obligations prévues par les lois et règlements en vigueur régissant notamment :

- Le recrutement et le paiement des ouvriers ;
- Les droits sociaux, l'hygiène, la sécurité des ouvriers et la couverture des accidents du travail ;
- La couverture médicale de son personnel ;
- L'immigration au Maroc ;
- La protection des mineurs et des femmes.

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

Proverbe chinois

Chapitre III

Les procédures d'attribution des marchés

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

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

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

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

Section préliminaire

Détermination des besoins

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

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

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

Le décret du 05/02/2007 prévoyait déjà la nécessité d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Cependant, le Code du 20/03/2013 a ajouté à cette dimension financière et comptable une dimension économique, sociale et environnementale, dans la mesure où la détermination des besoins de fournitures et de services doit « prendre en compte les objectifs du développement durable », notion qui n'apparaissait pas dans l'ancien code. Le nouveau décret du 08/03/2023 fait référence à l'économie sociale avec un enjeu culturel, biologique puisque le paragraphes de l'article 5 dispose que « Pour la réalisation de prestations à composante artisanale, la définition des besoins par le maître d'ouvrage se fait sur la base de produits de l'artisanat marocain. » Mais aussi, l'adoption d'une démarche en coût global prenant en compte le cycle de vie, « Pour la réalisation de prestations à composante artisanale, la définition des besoins par le maître d'ouvrage se fait sur la base de **produits de l'artisanat** marocain. Les spécifications techniques des prestations objet du marché doivent être déterminées en fonction de critères liés notamment à la performance à la capacité et à la qualité requises. »

Autrement dit, l'objectif assigné au travers de cette définition des besoins est de concilier trois paramètres : l'efficacité économique, l'équité sociale et le développement écologiquement soutenable. En effet, de cette phase préalable essentielle dépend, d'une part, le choix de l'architecture contractuelle et de la procédure de passation des contrats les mieux adaptés, et d'autre part, la bonne exécution du marché.

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

L'appréciation de la régularité d'un marché par le juge peut être facilitée par une **définition précise et exhaustive du besoin et par une description détaillée des caractéristiques du ou des produits** ; ces éléments lui confèrent l'aptitude de juger si, après la réalisation, les résultats souhaités sont atteints. La définition des besoins est un moment essentiel de la préparation du marché public. Elle répond à une exigence légale et juridictionnelle exprimée à la fois par l'article 5 du Code des Marchés publics et par le juge, dans un but d'efficacité et de transparence, conformément aux principes fondamentaux du droit des marchés publics. On peut prendre à cet égard un exemple de la jurisprudence en France, qui a mis en avant le respect du principe de la définition des besoins. Dans un jugement du 13/11/2009, le tribunal administratif de Lyon a annulé la délibération du département du Rhône pour engager une procédure de consultation afin de passer un **marché faute d'avoir évalué précisément les besoins** de la collectivité. Le département a fait appel de cette décision qui a été confirmée par la cour administrative d'Appel de Lyon, qui relève que si ladite délibération comporte le **montant prévisionnel** minimum et maximum du marché, elle **ne définit pas l'étendue des besoins** à satisfaire.

Sur la collusion entre objet et nature des prestations, on peut citer la décision rendue par le Conseil d'État le 08/12/1997 (affaire société SOTRACER), qui évoque « **les prestations** dans leur consistance et leurs spécifications **avant tout appel à la concurrence ou négociation.** »

À cet égard, et pour faciliter la tâche aux maîtres d'ouvrage, il est impératif de prévoir la possibilité de créer un groupe de travail au sein de la Commission Nationale de la Commande Publique, avec pour mission d'élaborer des guides et des documents juridiquement sûrs destinés à aider les administrations à intégrer l'environnement et le développement durable dans les marchés. Ces documents vont permettre aux maîtres d'ouvrage de proposer, au fur et à mesure, dans les appels d'offres, des clauses ou des critères relatifs au développement durable, afin de permettre aux administrations de s'approprier ce concept et de faire connaître aux prestataires l'existence d'une demande en matière d'écoproduits.

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

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

§1- Champ d'application

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A ces démarches d'ordre techniques, des démarches administratives doivent être effectuées puisque le maître d'ouvrage est tenu, avant le lancement de la procédure de passation du marché, de s'assurer, le cas échéant, de **l'assainissement de l'assiette foncière sur laquelle le projet sera réalisé**. Aussi, les prestations de restauration des ouvrages traditionnels, histo-

riques et anciens, le maître d'ouvrage est tenu de recourir à l'assistance à maîtrise d'ouvrage.

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

Autre nouveauté édictée par le décret du 08/03/2023 « Pour la réalisation de prestations à composante artisanale, la définition des besoins par le maître d'ouvrage se fait sur la base de produits de l'artisanat marocain. La définition des besoins doit être faite sur la base de produits d'origine marocaine ou par référence à des normes marocaines homologuées.»

En aval, l'article 156 du C.M.P. exige l'établissement par le maître d'ouvrage d'un rapport de présentation du marché qui fait ressortir la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. Il décrit les éléments relatifs à la définition des besoins (description et quantités). Comment sont-ils échelonnés dans le temps ? La satisfaction de ces besoins s'insère-t-elle dans un programme ou dans une opération, ou est-elle réalisée par le seul marché présent ? L'économie générale du marché doit être précisément décrite : les objectifs assignés au projet ou à la prestation objet du marché et les indicateurs y afférents, les moyens à mettre en œuvre pour la réalisation du projet ou de la prestation objet du marché, le budget alloué au marché, les délais prévus pour la réalisation du projet ou de la prestation.

Le déroulement prévu et le montant du marché ; la place du marché dans le programme ou l'opération ; les marchés connexes au présent marché, antérieurs, simultanés, en cours ou en projet ; une description sommaire des montants, des modalités de passation ; les entreprises concernées. Le cas échéant, le maître d'ouvrage doit être en mesure de justifier à tout moment, à l'égard des organismes de contrôle du marché, son impossibilité de prendre en compte des objectifs de développement durable.

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

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

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

Dans le cas où la définition des besoins ne peut être plus ou moins précise ***faute de lisibilité***, le Code prévoit des outils pour surmonter cette difficulté, notamment le recours à certaines procédures qui autorisent une définition approximative des besoins et permettent de recourir

à des procédures simplifiées et spécifiques, selon la nature de l'urgence, comportant un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ; et celles qui ne comportent ni montant, ni quantité. La réglementation offre à cet effet une panoplie de types de marché : marché cadre, marché à tranches conditionnelles.

Définir son besoin, c'est identifier les finalités et les objectifs du projet avec précision ; or, parfois le maître d'ouvrage fait le choix de laisser une part d'initiative aux candidats et d'ouvrir le marché aux **variantes**, ce qui « n'implique pas l'obligation pour le concurrent de présenter une offre pour la solution de base initialement prévue. » À cet effet, l'article 33 du C.M.P. a souligné l'importance « de préciser dans le règlement de la consultation l'objet, les limites et les conditions de base. »

Dans cette hypothèse, le règlement de consultation doit définir les besoins et les limites en indiquant les spécifications du cahier des charges qui sont intangibles, ce qui revient à préciser les objectifs recherchés et à vérifier que les critères de jugement des offres permettront d'apprécier l'avantage apporté par les **variantes** eu égard aux objectifs annoncés, de s'assurer de la pondération des critères et des barèmes de leur notation, d'exiger, pour chaque variante, un acte d'engagement dont le montant proposé est celui de la solution de base modifiée dans cette variante, et enfin de demander, pour chacune des variantes proposées, un sous-dossier particulier comportant toutes les autres pièces demandées aux candidats à l'appui de la **solution de base** et qui sont modifiées par la variante.

Section 1

Les marchés simples ou ordinaires

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

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

§1- Des besoins clairs et un rythme unique

C'est un marché public où l'étendue du besoin de l'administration est totalement définie, en raison de la certitude sur les quantités notamment. L'exécution des prestations s'effectue pour un marché souvent, des besoins à exécuter dans une seule fois mais aussi pour des achats échelonnés tel que des biens consommables, fournitures courantes pour lesquelles la personne publique peut déterminer avec précision les quantités nécessaires.

Ce type de marché, n'est pas assujéti aux contraintes des marchés cadres, reconductibles ou à tranches conditionnelles, puisqu'il n'y a pas de reconduction tacite et la quantité des prestations, s'il revête un caractère prévisible, elle n'est pas répétitif ni permanente, le rythme d'exécution s'effectue sans interruption, même pour plusieurs années.

§2 – Un seul ordre de service de commencement des travaux

Dans ce cas, il y a un ordre de service de commencement des travaux et un décompte définitif avec une réception définitive des travaux qui marque l'achèvement des travaux, selon la durée fixée dans le contrat. Le marché a pour objet la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage. La réalisation donne lieu à des versements à titre d'acomptes dans les conditions prévues par voie réglementaire, dès lors que les prestations ont commencé à être exécutées. Il peut s'agir d'un marché à exécuter à une seule fois, avec un décompte n°1 et définitif, ou il peut donner lieu à l'établissement de plusieurs décomptes, avec un décompte définitif qui fait ressortir le montant total résultant de l'exécution du marché et un décompte général définitif qu'est un décompte récapitulatif des décomptes partiels définitifs.

Section 2

Les marchés cadres

Le régime des marchés cadres est défini par l'article 7 du Code des Marchés publics. C'est une dérogation à la règle édictée par l'article 5 du C.M.P. qui prévoit la détermination des besoins d'une manière **détaillée**, avant tout appel à la concurrence ; or le marché cadre ne détermine les besoins que d'une manière **approximative**.

§1- Le champ d'application

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

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

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

Trois critères sont à retenir de cette définition : tout d'abord le caractère **prévisible** signifie que les prestations sont envisageables par le maître d'ouvrage, dans la mesure où elles sont nécessaires pour assurer le bon fonctionnement du service. Ensuite le caractère **permanent** fait référence à une prestation qui dure toute l'année, même si son exécution reste sporadique et étalée dans le temps. Enfin, la **quantification** de la prestation **ne peut être entièrement déterminée** à l'avance, ce qui est dû au fait que l'évaluation exacte de la quantité dépend d'éléments extrinsèques, ce qui permet au maître d'ouvrage de ne fixer qu'un minimum et un maximum. Une condition sine qua non est que le maximum des prestations ne soit pas deux fois supérieur au minimum prévu dans le contrat, sauf quand il s'agit de l'Administration de la Défense nationale, qui n'est pas tenue par 165-1 du C.M.P. de se limiter à cette contrainte prévue par l'article 7-1 §3, selon laquelle la détermination du maximum ne doit pas excéder deux fois le minimum des prestations arrêtées en quantité ou en valeur des marchés cadres. De demander l'autorisation prévue au troisième alinéa de l'article 5 du présent décret, d'établir le certificat administratif prévu respectivement à l'alinéa 8 de l'article 5 et à l'alinéa a) du paragraphe 3 de l'article 19 du décret.

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

L'alinéa 4 de l'article 7 pose les bases essentielles de l'exécution du marché cadre en prévoyant que « Pendant la durée du marché cadre, les quantités des prestations à exécuter et leurs délais d'exécution sont précisés pour chaque commande par le maître d'ouvrage **en fonction des be-**

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

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

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

§2- Les modalités de conclusion et d'exécution

Les marchés cadres sont conclus pour une durée déterminée, tout en limitant cette durée à trois ou cinq) ans comme délai réglementaire et cinq ans pour des prestations prévues par l'annexe n° 2 rattachée au décret du 08/03/2023.

Les pouvoirs publics ont choisi de déterminer la durée selon une **année budgétaire** et non pas une année civile, non seulement par nécessité de disponibilité des crédits, mais aussi afin de prévoir tout changement éventuel à porter au calendrier budgétaire - par exemple le mois de juillet au lieu du mois de janvier - ainsi que les répercussions de ce changement comme ce fut le cas en 1996^{*2}. L'année en cours à laquelle fait référence le décret renvoie donc à une notion budgétaire ; l'alinéa 6 de l'article 7 prévoit ainsi que « L'engagement comptable du marché cadre porte, chaque année, sur le montant maximum ».

En règle générale, l'exécution du marché cadre est effectuée pour une durée d'un an. Lorsque les termes du contrat ne sont pas remis en cause, il est possible de poursuivre l'exécution des prestations prévues. Ceci ne requiert aucune modalité particulière, dans la mesure où le Cahier des Prescriptions spéciales comporte une clause de reconduction tacite. La décision de ne pas reconduire le marché est une décision normale de la vie du marché, mettant fin à l'extinction des obligations contractuelles. La non reconduction du marché peut être prononcée par l'une des deux parties contractantes après un préavis précisé dans le contrat du marché cadre. Autrement dit, lorsqu'il y a interruption de la reconduction, le marché cadre doit être résilié, mais cette résiliation n'ouvre aucun droit pour l'entreprise titulaire du contrat en vue de réclamer des dommages et intérêts.

² Le principe de l'annualité budgétaire n'a pas été respecté au moment de la décision de modifier le calendrier budgétaire en 1998 du mois de janvier au mois de juillet. Une période transitoire a été prévue, six mois pour l'État et dix-huit mois pour les collectivités locales. Ce changement risque de créer un vide budgétaire si la période est courte et s'il y a une forte probabilité de recourir au douzième prévisionnel, donc à des fractions de crédits et de recettes à valoir sur les autorisations globales de l'exercice.

§3- L'exécution comptable

La lecture des alinéas 1 à 4 et 6 de l'article 7 permet de dégager le déroulement comptable des prestations dans le cadre d'un marché cadre. L'article 7-1-§2 indique que « Les marchés cadres ne fixent que le minimum et le maximum des prestations, arrêtés en valeur ou en quantité. » Il appartient à cet effet au maître d'ouvrage de fixer le minimum et le maximum sur le plan financier.

En vertu de l'alinéa 6, « **l'engagement comptable** » porte sur le montant maximum du marché cadre, c'est-à-dire le montant des crédits ouverts pour couvrir les dépenses relatives aux engagements pris. Toutefois, pour la première année, cet engagement peut éventuellement porter sur **le montant correspondant aux besoins à satisfaire ou au pro rata de la période considérée**, et ce dans la limite des crédits de paiement disponibles pour l'année budgétaire en cours.

À cet égard, il est nécessaire de préciser que la notion d'engagement recouvre deux significations : d'une part **l'engagement juridique**, qui est le **fait générateur** de la dépense et qui peut résulter d'un acte juridique (marché ou contrat de bail), et d'autre part **l'engagement comptable**, qui est **l'imputation** par l'ordonnateur, sur les crédits budgétaires dont il dispose, des fonds nécessaires à la réalisation de la dépense décidée. Dès lors, cette somme ne peut plus être affectée à un autre usage. De ce fait, l'exécution et le règlement d'un marché cadre sont limités dans le temps, dans la mesure où le règlement des prestations effectuées doit être rattaché à l'exercice en cours et que les crédits d'un exercice sont utilisés pour régler les prestations effectuées à l'intérieur de cet exercice. L'alinéa 3, paragraphe 4, précise que « La durée du marché cadre court à compter de la date de commencement de l'exécution des prestations prévue par ordre de service. »

Donc le règlement ne peut être entier que si le service fait coïncide avec le début de l'exercice. Si, en revanche, le commencement de l'exécution des prestations prévue par ordre de service n'a été constaté qu'à partir du deuxième trimestre, le règlement ne peut être effectué qu'au prorata de la durée de la prestation. En conséquence la durée réelle, dans ce cas d'espèce du marché, est de neuf mois, et ce en application des dispositions de l'alinéa 3§4 qui explicite cette idée : « La durée du marché cadre court à compter de la date de **commencement de l'exécution des prestations** prévue par ordre de service. »

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

§4- Modifications des termes du marché cadre

Le marché cadre ne fixe pas tous les termes du contrat, qui sont par définition incomplets. Afin de garantir un déroulement normal de l'exécution du marché cadre, l'alinéa 2 de l'article 7 établit les règles régissant ces marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne la détermination « des spécifications et le prix des prestations ou ses modalités. » L'alinéa 5 introduit un premier élément qui permet de procéder « à une révision des conditions d'exécution du marché » si le C.P.S. le prévoit.

Cette précision est assortie de certains verrous juridiques prévus par l’alinéa 5 de l’article 7 du décret de 2023 qui vise à protéger le titulaire du marché. À cet effet, l’exécution du marché ne doit pas être inférieure à la quantité minimale prévue par le contrat et toute révision de ces quantités est assujettie aux conditions spécifiques de la nature de la révision en hausse ou en baisse. La précision du minimum et du maximum du marché a des conséquences contractuelles pour le maître d’ouvrage :

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

Ainsi le maître d’ouvrage doit au moins respecter une commande égale au minimum prévu par les stipulations contractuelles et ne pas dépasser le maximum non plus. La première condition relative au respect du minimum est d’ordre juridique ; quant au respect du maximum, il est d’ordre juridique et budgétaire, lié aux crédits alloués. La modification de ces deux limites, le minimum et le maximum de la prestation autorisés par le décret, est introduite par voie d’avenant, à condition que le réajustement ne bouleverse pas l’économie et l’équilibre financier du contrat.

Un changement à la baisse ne doit pas dépasser 25 % du maximum de la prestation et une révision à la hausse est limitée à 10 % du montant de la prestation. Concrètement, une augmentation de plus de 10 % ou une diminution de plus de 25 % doit être regardée comme un bouleversement de l’économie du contrat. Les taux de dix pour cent (10%) et de vingt-cinq pour cent (25%) visés ci-dessus s’apprécient dans le cadre de la durée totale du marché-cadre par l’entremise **d’un seul réajustement ou de plusieurs réajustements partiels**. Tout réajustement est introduit par **avenant**.

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

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

§5- Les supports du dispositif

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

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

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

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

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

La liste des prestations : les prestations qui peuvent faire l'objet d'un marché cadre sont définies par une liste qui figure à l'annexe 2 du décret du 08/03/223. Cette liste, non exhaustive, est susceptible d'être modifiée ou complétée par arrêté du ministre chargé des finances pris sur proposition de l'autorité gouvernementale concernée et après avis de la commission nationale de la commande publique., chaque fois que le besoin l'exige.

§6- Le calcul du délai d'exécution du marché cadre

Comment peut-on interpréter l'alinéa 6, paragraphe premier ?« L'engagement comptable du marché cadre porte, chaque année, sur le montant maximum. Toutefois, pour la première année, cet engagement peut, éventuellement, porter sur le montant correspondant aux besoins à satisfaire ou **au prorata** de la période considérée et ce dans la limite des **crédits de paiement disponibles pour l'année budgétaire** en cours ».

«**Pour la dernière année, l'engagement comptable** doit porter sur le montant correspondant aux besoins à satisfaire ou **au prorata de la période restante pour atteindre la durée totale du dit marché cadre.**» Pour répondre à cette question qui induit en erreur, l'article 7 du décret fournit un faisceau d'indices qui peuvent être résumés en trois éléments : « année en cours », « engagement comptable » et « année budgétaire. »

Tout d'abord, l'article 7, alinéa 7 du C.M.P. indique que « **Le maître d'ouvrage établit, à la fin de chaque année budgétaire, un décompte partiel** et définitif à hauteur du montant des prestations réalisées au titre de la période considérée et un décompte définitif et général à la fin de la dernière période du marché cadre, à hauteur du montant des prestations réalisées

au titre de la durée totale du marché cadre. » ce qui signifie tout simplement que **le comptage doit être effectué en fonction de l'année budgétaire et non de l'année civile.**

Ensuite, l'alinéa 3 de l'article 7 dispose que « Les marchés cadres sont conclus pour une ***période déterminée n'excédant pas l'année en cours.*** » À cela s'ajoutent les dispositions de l'alinéa 6§4 qui prévoient que « Le maître d'ouvrage établit, à la fin de ***chaque année budgétaire,*** un décompte. » Cela veut dire d'une part que l'exécution de la prestation doit être effectuée dans l'intervalle de temps qui existe durant une année ; et d'autre part que cet intervalle d'une année correspond à ***une année budgétaire*** qui correspond en fait à l'ouverture et à la clôture des crédits budgétaires, autrement dit entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre selon les dispositions de l'article 3 de la loi organique de la loi de finances.

Ensuite, l'alinéa 3§3 indique que « Les marchés cadres sont reconduits tacitement d'année en année dans la limite d'une durée totale de ***trois (3) années consécutives.*** » Consécutif renvoie à l'idée d'une exécution qui se suit sans interruption dans le temps, c'est-à-dire un enchaînement successif et cohérent. La raison est simple, et elle est donnée par l'alinéa 6§3 : « Lorsque ***l'engagement comptable*** du montant du marché cadre n'a pas été effectué ***au titre d'une année,*** le marché doit être résilié. » L'idée sous-jacente de cet alinéa est que ***l'engagement comptable*** doit correspondre à ***une année*** et que cette année est ***une année budgétaire*** qui commence le 1^{er} janvier et se termine le 31 décembre de l'année N.

Ceci nous ramène à l'interprétation du paragraphe 2 de l'alinéa 6 : « Pour la dernière année, ***l'engagement comptable doit porter sur le montant correspondant aux besoins à satisfaire ou au prorata de la période restante pour atteindre la durée totale dudit marché cadre,*** sans toutefois que le montant cumulé des engagements du marché cadre ne puisse dépasser trois (3) fois le montant maximum pour les prestations figurant au paragraphe. » Ici c'est ***l'engagement*** qui est visé par cet article et nullement le délai, lequel doit rester dans la limite de trois ans. Cet engagement doit en effet couvrir les dépenses qui résultent soit de la révision des prix, soit de l'augmentation de la quantité ou de la valeur de la prestation objet du marché, voire de la diminution de la valeur de la prestation. Mais en tout état de cause on ne peut pas exécuter une partie du marché au-delà du 31 décembre de l'année N+2 (N, N+1, N+2) au motif que durant la première année (l'année N) l'exécution et le règlement ont été effectués au prorata.

Enfin, le dernier paragraphe de l'alinéa 6 de l'article 7 est plus expressif : « Le maître d'ouvrage établit, à la fin de chaque année budgétaire, un décompte partiel et définitif à hauteur du montant des prestations réalisées au titre de la période considérée et un décompte définitif et général à la fin de la dernière période du marché cadre, à hauteur du montant des prestations réalisées au titre de la durée totale du marché cadre. » La réglementation fait donc obligation au maître d'ouvrage d'établir un décompte à la fin de chaque année budgétaire qui commence le 1^{er} janvier et se termine le 31 décembre.

En conclusion, la durée d'un marché cadre correspond à ***trois années budgétaires*** et nullement à un comptage qui prolonge l'exécution au-delà du 31 /12 de l'année n+2, ce qui fait référence à ***une année glissante*** qui est une année de date à date. L'avis de la commission des marchés n°378/10 du 31/05/2010, relatif à la liquidation des marchés cadres, s'inscrit dans une logique de comptage selon ***une année budgétaire et non une année glissante.*** Les derniers paragraphes respectifs des articles 6 et 7, rédigés en termes presque identiques, est clair : « Le

maître d'ouvrage établi, **à la fin de chaque année budgétaire**, un décompte partiel et définitif à hauteur du montant des prestations réalisées au titre de la période considérée. »

Section 3

Le marché reconductible

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

§1- Les critères des marchés reconductibles

L'article 8 du C.M.P. indique les conditions dans lesquelles, dans ce type de marché, des besoins, déterminés et identifiables à l'avance mais revêtant des caractéristiques spécifiques, peuvent être réalisés pendant une période reconductible. La réglementation qui régit cette matière impose un faisceau d'indices pour justifier le recours à cette procédure, notamment l'aspect **quantitatif** et **répétitif** des besoins ainsi que **la durée** du renouvellement.

Le premier critère justificatif est l'aspect **prévisible** et **quantifiable** de la prestation. Il résulte des termes de l'article 8§1 qui disposent qu'il peut être passé des marchés dits « marchés reconductibles » lorsque les quantités peuvent être **déterminées aussi exactement que possible à l'avance**, c'est-à-dire **avec précision**, par le maître d'ouvrage. Cette notion de prévisibilité corrobore parfaitement les dispositions de l'article 5, qui prévoit que « Les prestations qui font l'objet des marchés doivent répondre exclusivement à la nature et à l'étendue des besoins à satisfaire. »

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

Il s'agit donc de la notion de besoins **quantifiables**, mais en même temps qui présentent un caractère prévisible, **répétitif** et permanent, notamment les spécifications, la consistance et les modalités d'exécution. Un besoin **répétitif** est un besoin qui se reproduit de façon monotone, qui se répète sans cesse selon une cadence déterminée, selon un cycle qui se répète sur un produit précis et étalé dans le temps d'une manière stable.

Ce sont ces deux éléments, un **besoin quantitatif** à l'avance et selon un **cycle répétitif**, qui différencient le marché reconductible du marché cadre. À cet égard, lorsqu'un projet est trop important, l'administration doit trouver des partenaires qui lui permettront de rendre ce projet réalisable. Pour ce faire, le phénomène qui prendra place sera l'adoption du besoin par cette autre personne qui est, en l'occurrence, le titulaire du marché.

Le deuxième critère est relatif à la notion de la **durée** du marché qui ne doit pas être illi-

mitée : l'alinéa 3 de l'article 8 du C.M.P. a encadré cette durée en précisant clairement que le marché reconductible est conclu pour « une période n'excédant pas l'année en cours », c'est-à-dire une année budgétaire, et que « la durée totale de chaque marché ne doit pas dépasser trois ou (cinq) années consécutives » selon la nature de la prestation objet du marché.

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

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

Troisièmement, le **réajustement** ne doit intervenir, ni au cours de l'exécution du marché, ni à la fin de l'année budgétaire pour modifier le prix ou la consistance de la prestation susceptible d'être réalisée. Les termes de l'article 8-2 sont clairs : « Les marchés reconductibles doivent déterminer notamment les spécifications, la consistance, les modalités d'exécution et le prix des prestations susceptibles d'être réalisées. »

Cette disposition est complétée par l'alinéa 4§1, qui prévoit que « Pendant la durée du marché reconductible, les quantités des prestations à exécuter et leur délai d'exécution **sont précisés pour chaque commande** par le maître d'ouvrage en fonction des besoins à satisfaire. » Cependant, au moment de la reconduction et si le C.P.S. le prévoit, « chacune des parties contractantes peut demander qu'il soit procédé à une **révision des conditions d'exécution** du marché et que les prestations à réaliser dans le cadre du marché reconductible **puissent faire l'objet de modifications**. » Il est donc question de révision et de modification.

La modification porte sur les prestations à réaliser, mais aucune indication ne permet de prévoir l'ampleur de cette modification, aucun référentiel ne permet de procéder à une modification encadrée, ce qui laisse la porte ouverte à toutes les éventualités. La seule indication donnée par l'article 8-4§4 du décret est le renvoi au C.C.A.G. : « Ces modifications sont effectuées dans les conditions prévues au Cahier des Clauses administratives et générales, applicables à la prestation objet du marché reconductible. »

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

§2- Le cadre juridique

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

Par ailleurs, tout contrat comportant une clause de reconduction sans limitation dans le temps de la durée totale du contrat doit être considéré comme illégal. Les termes de l'article 8 du code des marchés indique que les marchés reconductibles doivent indiquer la durée pour laquelle ils sont conclus. Le nombre des reconductions doit donc être fixé en tenant compte de la nature des prestations « la limite d'une durée totale de trois années consécutives au titre des prestations prévues au A) de l'annexe n° 3 du présent décret et de cinq années consécutives au titre des prestations prévues au B) de la même annexe. »

Il va de soi de préciser que les termes de l'article 8 imposent que la mise en concurrence soit réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, période de reconduction comprise. Ainsi, en tenant compte dès l'origine de la durée totale du marché, la personne publique remplit ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence pour l'avenir, pour chacune des nouvelles reconductions qu'elle décidera de mettre en œuvre.

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

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

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

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

Sur le plan comptable, l'alinéa 5 prévoit une individualisation des décomptes pour chaque période qui coïncide avec l'année budgétaire et, à terme, un décompte général qui comporte des précisions sur les opérations comptables antérieures. Le maître d'ouvrage est tenu, à la fin de chaque année budgétaire, de solder les marchés reconductibles en établissant un décompte à hauteur du montant des prestations réalisées au titre de l'année considérée, « et un **décompte définitif et général à la fin de la dernière période** du marché reconductible, à hauteur du montant des prestations réalisées au titre de la durée totale du marché reconductible. »

Il s'agit en fait d'une opération purement comptable, qui n'a pas d'incidence juridique sur le déroulement de l'exécution du marché reconductible et l'établissement d'un décompte général définitif, lequel a pour objet de mettre fin au contrat.

§3- Le nantissement du marché reconductible

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

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

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

§4- La sous-traitance du marché reconductible

Le titulaire d'un marché reconductible peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition de respecter la spécificité du déroulement de l'exécution de ce type de contrat. À cet effet, le titulaire du marché doit préciser, dès le dépôt de l'offre, la nature des prestations à sous-traiter et avoir l'agrément du maître d'ouvrage.

Cette opération d'information du maître d'ouvrage quant au sous-traitant doit être renouvelée à chaque reconduction tacite du marché, sauf stipulations contraires prévues par le C.P.S., puisque la reconduction concerne le marché et non l'acte spécial de la sous-traitance ; par ailleurs l'acceptation du maître d'ouvrage ne porte que sur la période initiale du marché : autrement dit, la reconduction du marché est considérée comme une disparition de l'acte spécial de la sous-traitance qu'il faut renouveler à chaque reconduction.

Section 4

Les marchés à tranches conditionnelles

Le régime des marchés à tranches conditionnelles est défini par l'article 9 du C.M.P. En vertu de cet article, un marché à tranches conditionnelles est un marché portant sur l'ensemble d'une prestation dont ***l'exécution complète est incertaine*** pour des raisons économiques ou budgétaires. Cette incertitude fait que ce type de marché a pour caractéristique essentielle de ***scinder*** l'exécution de la prestation en plusieurs tranches, dont une ***tranche ferme*** « que le titulaire du marché est certain de réaliser » et « une ou des tranches conditionnelles » que le titulaire réalisera éventuellement « s'il en reçoit l'ordre de service du maître d'ouvrage. »

§1- Le champ d'application

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

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

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

À cet effet, pour le titulaire du marché à tranches conditionnelles, le paragraphe premier de l'article 9 du décret lui offre ***une exclusivité unique d'exécution***, dans la mesure où c'est la mise en concurrence unique portant sur l'ensemble des tranches à réaliser qui a été privilégiée, et non la mise en concurrence sur chacune d'elles.

C'est ce qui résulte de la lecture du paragraphe 1, qui dispose que l'exécution des tranches conditionnelles est « subordonnée à la notification des ordres de service. » Sans cette décision expresse de la personne publique d'affermir la tranche conditionnelle, il n'est pas possible de faire démarrer les travaux relatifs à cette tranche. La notification de l'ordre de service, impliquant d'une part une continuité du même contrat et d'autre part la réalisation de ces tranches, est confiée au même titulaire du marché.

Les travaux étant étalés sur plusieurs années, l'exécution intégrale des prestations reste toutefois conditionnée. En conséquence, le maître d'ouvrage peut se protéger face à cette incertitude par une réalisation échelonnée dans le temps par le biais d'une tranche ferme, donc sûre à exécuter, et des tranches conditionnelles susceptibles d'être réalisées.

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

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

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

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

L'examen de ces trois raisons montrent qu'il y a un seul dénominateur commun, c'est **l'incertitude** qui caractérise ce type de prestations, d'où l'échelonnement des réalisations par le biais des marchés à tranches conditionnelles. Afin de pallier à cette incertitude, le Code des Marchés offre au maître d'ouvrage la possibilité de réaliser les prestations par tranches conditionnelles, ce qui va lui permettre d'avoir des repères et va faciliter la continuité des travaux.

Il faut noter cependant qu'un marché à tranches conditionnelles est une forme de contrat qui revêt des intérêts particuliers pour le maître d'ouvrage et le titulaire du marché. Il y a **l'intérêt financier**, tout d'abord : Le maître d'ouvrage peut avoir une vision sur l'ensemble de l'opération à mener, notamment quant à l'enveloppe globale nécessaire à la réalisation de la prestation, même si l'article 9§4 alinéa 2 assujettit l'exécution des tranches conditionnelles « à la disponibilité des crédits. »

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

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

§2- Les caractéristiques du marché à tranches conditionnelles

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

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

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

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

Aussi on peut imaginer la construction d'une route qui relie plusieurs villes : ville A vers la ville B- la ville B vers la ville C-, la ville C vers la ville D. La première tranche fixe de A vers B est une tranche fixe et autonome puisqu'on peut circuler entre les deux limites sans avoir besoin des autres tranches. La deuxième tranche B vers C, est autonome et fonctionnelle,- la troisième tranche C vers D est , autonome, fonctionnelle et l'ensemble des tranches est cohérent.

§3- Les conditions d'exécution

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

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

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

La décision d'affermissement (réalisation) de la tranche conditionnelle prise par le responsable du marché ne peut en aucun cas comporter des éléments nouveaux qui risquent de modifier les stipulations contractuelles du marché initial. À cet égard, tout **changement** qui touche la réalisation d'une tranche doit être opéré par le biais d'un **avenant**. Enfin, l'affermissement d'une tranche conditionnelle ne marque pas, en principe, le commencement mais bien plutôt la continuité du marché tel qu'il avait été envisagé à l'origine, d'autant qu'en cas d'affermissement tardif, le marché doit prévoir une indemnité d'attente destinée à compenser un éventuel retard dans la prise de décision.

§4- Les modalités de règlement

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

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

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

Aux termes de l'article 9§5, la **renonciation par le maître d'ouvrage** à réaliser une tranche conditionnelle **doit être notifiée** au titulaire du marché, par ordre de service, selon le **délai fixé** par le marché, pour qu'il puisse bénéficier de **l'indemnité de dédit**.

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

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

Aussi est-il très important de déterminer un délai maximum pendant lequel l'indemnité d'attente est due, dans la mesure où il garantit l'équilibre financier du contrat.

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

Ceci étant, et en vertu du paragraphe 4 de l'article 9, si l'ordre de service pour commencer une tranche conditionnelle n'a pas été donné selon le calendrier prévu et avec **retard**, le titulaire du marché a la possibilité, soit d'accepter de réaliser le projet et de bénéficier d'une **indemnité d'attente**, soit de **renoncer** à la réalisation de la ou des tranches conditionnelles concernées.

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

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

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

- **Soit** pour **continuer l'exécution** de la tranche conditionnelle, et dans ce cas-là **un rabais** est appliqué à la tranche conditionnelle par rapport au prix de la tranche ferme ;
- **Soit** pour **renoncer** à l'exécution des travaux relatifs à la tranche conditionnelle ; dans ce dernier cas, **aucune indemnité** ne sera versée au titulaire du marché.

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

compensatoire, il faut se référer aux stipulations contractuelles pour se renseigner s'il n'y a pas une clause qui prévoit que l'affermissement peut intervenir, même avec un léger retard.

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

À cet égard, il faut noter que si le décompte définitif a été établi à la fin de la tranche ferme, le marché est considéré comme clos et il n'est plus possible de demander l'exécution de la tranche conditionnelle. Quant au ***mode de calcul*** de l'indemnité, la tendance est d'appliquer une indemnité journalière, forfaitaire ou négociée.

Dans l'hypothèse d'une ***indemnité de dédit négociée***, le montant de l'indemnité de dédit est laissé ouvert à la négociation, étant donné que l'initiative appartient au maître d'ouvrage et qu'il en propose lui-même le montant, car ceci peut rendre facile la comparaison des offres entre elles. Le montant définitif est alors établi sur la base des justificatifs fournis par le titulaire, dans l'éventualité où il veut réutiliser les approvisionnements, affecter immédiatement son personnel à d'autres chantiers, amortir les frais sur d'autres commandes. Le marché doit indiquer précisément les justificatifs que le titulaire aura à fournir.

Le montant définitif du dédit est fixé :

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

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

§5- Le caractère des prix d'un marché à tranches conditionnelles

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

La réponse se trouve dans l'article 15 du C.M.P., qui définit le caractère des prix. En effet, à partir du moment où un certain type de marché est étalé sur plusieurs années et concerne notamment les travaux, il convient de préciser que la procédure la plus adéquate dans ce genre de marché est d'envisager la révision des prix. D'une part l'article 15 susvisé prévoit que les marchés de ***travaux*** sont passés à ***prix révisable*** et que les marchés de ***fourniture*** sont passés à prix ***ferme*** ; d'autre part l'actualisation des prix n'est pas prévue par cet article pour faire face à des variations économiques importantes ; donc il reste la possibilité offerte par le premier paragraphe de l'article 15 qui indique que « Le prix du marché est révisable

lorsqu'il peut être modifié en raison des variations économiques en cours d'exécution de la prestation », ce qui implique que la durée de la réalisation du marché doit être prise en compte ; dans ce cas, il faut opter pour une clause de révision des prix.

Section 5

Les marchés allotis

Aux termes de l'article 10-1§1, « Les travaux, fournitures et services peuvent faire l'objet d'un marché unique ou d'un marché alloti. Le maître d'ouvrage choisit entre ces deux modalités de réalisation en fonction des avantages économiques, financiers ou techniques. »

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

Le maître d'ouvrage peut, le cas échéant, limiter le nombre de lots pouvant être attribués à un même concurrent pour des raisons liées :

- à la sécurité de l'approvisionnement ;
- à la capacité du prestataire à réaliser le marché compte tenu de son **plan de charge** ;
- au délai d'exécution ;
- au lieu d'exécution ou de livraison.

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

§1- Le champ d'application

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

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

En effet, l'allotissement est particulièrement approprié lorsque l'importance des travaux ou des services à réaliser risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'une seule entreprise ou d'un seul fournisseur qui ne peut respecter des délais d'exécution extrêmement courts qu'en adoptant un rythme de travail nécessitant des dépenses supplémentaires

qui grèvent d'autant le coût de la prestation, ou encore pour assurer la sécurité des approvisionnements. L'allotissement, dans ce cas, s'impose parce que chaque lot, d'importance moindre, peut être exécuté par des entreprises de taille petite ou moyenne. Mais l'idée générale de l'article 10 du C.M.P. indique dans ce sens que le maître d'ouvrage peut recourir à cette procédure pour des raisons économiques liées à la capacité des prestataires quant à la réalisation du marché et à la sécurité d'approvisionnement.

Au sens de 10 du C.M.P., un lot est un ensemble d'articles, d'objets ou de marchandises, quand il s'agit de fournitures de même nature ou d'une partie de la prestation à réaliser, corps d'état ou groupe de prestations lorsque le lot concerne des travaux, avec comme dénominateur commun que le lot doit présenter un caractère homogène, semblable ou complémentaire.

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

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

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

Quand il s'agit des **travaux** et des **services**, l'article 10-3§2 indique qu'un lot doit faire partie d'un tout : « corps d'état ou groupe de prestations appartenant à un ensemble plus ou moins homogène, présentant des caractéristiques techniques semblables ou complémentaires. »

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

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

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

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

§2- Les conditions d'attribution

L'article 10 du code des marchés de 2023 ne fournit aucune raison ni aucun référentiel pour recourir à cette procédure, hormis ce qui a été prévu par cet article, à savoir que le choix est « **en fonction** des avantages financiers et ou techniques qu'il procure. » L'alinéa 2 dispose que lors de l'attribution des lots, le maître d'ouvrage procède à une ouverture des plis partielle, pour un « examen de chaque lot », ou globale, qui permet « l'examen de l'ensemble des offres. » Donc le **maître d'ouvrage apprécie**, selon des critères **subjectifs**, les motivations qu'ils l'ont amené à passer un marché en lot séparés. En règle générale, le recours au marché unique est adopté lorsque l'objet du marché permet d'identifier des prestations distinctes et que l'exécution ne présente pas de difficulté, tandis que le marché alloti est choisi lorsque l'exécution du marché semble plus complexe ou aléatoire.

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

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

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

- À la sécurité de l'approvisionnement ;
- À la capacité du prestataire à réaliser le marché compte tenu de son plan de charge ;
- Au délai d'exécution ;
- Au lieu d'exécution ou de livraison.

La personne publique doit être aussi en mesure de conduire l'opération d'allotissement de bout en bout. Si l'allotissement présente des difficultés techniques qui rendent l'exécution du marché plus difficile, ou des difficultés financières et économiques qui entraînent un coût global plus élevé de la prestation, une entité publique qui n'a pas de moyens humains et

techniques suffisants n'est pas en mesure d'assurer elle-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination des travaux d'un marché alloti ; dans ce cas, le choix d'un marché unique est inévitable.

§3- L'aspect économique de l'allotissement

Décomposer un marché en plusieurs lots afin d'attribuer la réalisation d'un marché à plusieurs entreprises a pour effet de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises (P.M.E.) à la commande publique et d'ouvrir les marchés à une concurrence plus large, d'où la nécessité de la mise en œuvre de la notion du prix comme référence du choix de l'attributaire du marché. D'ailleurs, on peut constater que conformément au paragraphe 4, alinéa 2 de l'article 10, « Les offres de **remise sur le prix** présentées par les concurrents en fonction du **nombre de lots** susceptibles de leur être attribués sont prises en considération. »

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

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

Il semble que le choix entre ces deux procédures d'octroi s'effectue selon le motif d'allotissement, en fonction de la vision de l'autorité compétente, notamment lorsqu'il s'agit d'une collectivité locale : si l'intérêt est de permettre aux P.M.E., aux coopératives et les auto-entrepreneurs. d'accéder aux marchés publics, l'appel d'offres s'impose, mais si le souci de la sécurité d'approvisionnement est le motif du choix de l'allotissement d'un marché, à ce moment-là l'appel d'offres restreint s'impose. L'analyse des offres, dans le cas des marchés allotis, est encadrée par l'article 10-1 qui prévoit que l'examen des offres des concurrents se fait en lot unique lorsqu'il s'agit d'un marché unique, et lot par lot lorsqu'il s'agit d'un marché alloti. Cela signifie qu'il ne faut pas prendre l'opération comme un tout : au stade de l'examen des offres d'un marché alloti par la commission, chaque lot doit être examiné à part, chaque lot doit faire l'objet d'une analyse séparée et indépendante.

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

d'une part, que le marché sera décomposé en lots, et d'autre part que les lots seront analysés conjointement ou lot par lot.

Lorsque la personne publique décide 10-1§4 du décret a offert au maître d'ouvrage une latitude pour limiter le nombre de lots, et ce pour des raisons liées à la sécurité de l'approvisionnement. Dans ce sens, l'article 21-4 du C.M.P. prévoit que le règlement de consultation doit comporter toutes les précisions utiles relatives à l'analyse des offres et à la dévolution des lots à une seule personne. Cependant il y a lieu de s'interroger si le maître d'ouvrage ne devrait pas justifier le recours à ce mode de dévolution d'un marché alloti à une seule entreprise. Nous pensons qu'à partir du moment où le maître d'ouvrage s'appuie sur le critère lié à la sécurité d'approvisionnement prévu par l'article 10§4, il doit motiver son choix par un certificat administratif afin de respecter le principe d'égalité d'accès à la commande publique.

§4- Les conditions d'exécution

Les lots sont susceptibles d'être attribués d'une manière distincte à plusieurs entreprises, ou bien leur exécution est confiée à une seule entreprise. Dans le premier cas, plusieurs marchés sont à passer avec autant d'entreprises retenues ; en revanche, dans le deuxième cas, un seul marché est à conclure avec l'unique attributaire pour l'ensemble des lots, avec la signature d'un seul acte d'engagement. Concrètement, les lots sont étudiés et examinés individuellement et de manière indépendante et la personne publique ne saurait en aucun cas limiter le nombre des lots susceptibles d'être attribués à une entreprise.

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

§5- La décomposition en lots techniques

La décomposition du marché en lots techniques réservés aux **groupements**, prévue par 148 du code des marchés, est une opération qui diffère dans son objectif de la procédure de l'allotissement prévue par l'article 10 de ce code. La décomposition du marché en lots techniques est un **mode d'organisation**, tandis que **l'allotissement** est un **mode de dévolution** ; aussi l'opération d'un marché alloti consiste-t-elle à conclure plusieurs marchés séparés, tandis que dans le cas de la décomposition technique, l'opération consiste à présenter une offre unique qui conduit à la conclusion d'un marché unique.

Ainsi, quand le mode d'organisation porte sur la candidature des groupements d'entreprises à forme conjointe, il suppose, en vertu de l'article 150-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 11 du décret du 08/03/2023, le marché de conception-réalisation Le marché de conception-réalisation **est un marché unique de travaux conclu avec un prestataire ou un groupement de prestataires**. C'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.

Le contrat d'un marché conception réalisation a pour objet :

- ✓ Soit la conception du projet et l'exécution de travaux ;
- ✓ Soit la conception, la réalisation et la livraison d'une installation complète.

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 11 « **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 66 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 décret 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 11§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 11§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**. Le maître d'ouvrage peut recourir au marché de conception-réalisation, lorsqu'il s'avère à la fois :

- Que la réalisation du projet exige, dès le départ, l'association du concepteur et du réalisateur de la prestation ;
- Que l'objet du marché porte sur un projet d'infrastructure d'un type spécifique ou des prestations particulières nécessitant des procédés spéciaux innovants et des processus de fabrication étroitement intégrés.

L'aspect environnemental n'est pas absent pour le recours à un marché dite conception réalisation puisque, le marché de conception-réalisation comporte un **engagement portant sur l'amélioration de l'efficacité énergétique**.

Ceci étant, l'article 11§5 prévoit en outre qu'« **In fine**, le recours aux marchés de conception-réalisation est soumis à l'accomplissement de certaines conditions. En effet le recours au marché de conception-réalisation est subordonné :

- ✓ A l'obtention de l'autorisation préalable du Chef du gouvernement, prise après avis de la commission nationale de la commande publique, pour les marchés de l'Etat, des établissements publics et des autres personnes morales de droit public visés à l'article 2 du présent décret ;
- ✓ A l'obtention de l'autorisation préalable du ministre chargé de l'intérieur, prise après avis de la commission nationale de la commande publique, pour les marchés des collectivités territoriales.

Ce type de marché est en fait 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.

Ainsi, eu égard la complexité de l'exécution du projet, il est prévu qu'à l'issue de l'exécution du marché de conception réalisation, le maître d'ouvrage concerné établit un rapport d'évaluation portant, notamment, sur la conformité de l'exécution du marché à l'autorisation accordée, l'appréciation des résultats obtenus et, le cas échéant, l'identification des contraintes qu'il a rencontrées.

Ce rapport est transmis au Chef du gouvernement par le ministre concerné ou au ministre chargé de l'intérieur par l'ordonnateur de la collectivité territoriale concernée.

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 11§4 qui prévoit que « Le maître d'ouvrage procède, ou par le recours à l'assistance à maîtrise d'ouvrage, à la programmation et à la coordination de l'intervention du concepteur et du réalisateur de la prestation, au contrôle du respect des engagements contractuels souscrits par le titulaire

et au 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 66-1-a et b, 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 11§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 obliga-

toires 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 11§4, « Le maître d'ouvrage procède, par ses propres moyens ou par le recours à l'assistance à maîtrise d'ouvrage, au contrôle du respect des engagements contractuels souscrits par le titulaire et au suivi de la bonne exécution des prestations objet du marché. » C'est une **définition laconique**, eu égard à l'importance du projet à réaliser. Toutefois, deux missions peuvent être décelées et sont donc assignées au maître d'ouvrage : une mission **juridique** et une mission **technique**.

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

Une autre **mission d'ordre technique** découle de tous pouvoirs de contrôle pour s'assurer de la bonne **exécution** des prestations objet du marché. C'est une mission qui consiste à s'assurer que le personnel et le matériel de l'entreprise sont conformes à ceux prévues par le C.C.A.G. Cette mission englobe aussi le fait de constater que le planning d'exécution des prestations prévues est respecté, ce qui implique un jugement global sur les performances quant aux moyens mis à la disposition de l'entrepreneur ou du prestataire de service, ainsi qu'une évaluation de la progression des travaux. Pour effectuer ces missions, le décret a prévu que « le marché doit préciser la périodicité et les modes de contrôle », d'où la nécessité d'un planning de contrôle, ce qui implique que le maître d'ouvrage doit instituer des réunions de chantier périodiques, établir des rapports de suivi et des procès-verbaux de réunions de chantier qui relatent les observations émises par les deux parties ; il doit aussi détenir un registre qui retrace les visites du chantier et inscrire les observations émises.

Section 7

Les marchés d'études

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

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

Comme prévu par l'article 144 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 144-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 144-A§3 prévoit à cet effet que «Sauf autorisation du Chef du gouvernement, les marchés d'études ne peuvent, en aucun cas, avoir pour objet l'élaboration des projets de textes législatifs ou réglementaires. » Autrement dit, il s'agit d'une **autorisation obligatoire** et non facultatif ; en conséquence, l'absence de cet autorisation 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 144-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 144-A §7, **Le C.P.S** indique que les bureaux d'études non installés au Maroc sont tenus d'associer des experts marocains dans une proportion qui ne peut être inférieure à vingt pour cent (20%) des experts affectés à l'exécution des prestations objet du marché, sauf en cas d'indisponibilité de ces experts marocains.

Cette disposition a été complétée par l'article 144-B §2, qui porte sur 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).

Dans ce sens, le taux de participation des experts marocains parmi le personnel clé proposé pour l'exécution des prestations objet du marché, sauf en cas d'indisponibilité de ceux-ci, dans une proportion qui ne peut être inférieure à vingt pour cent (20%) de ces experts, lorsque le titulaire est un bureau d'études non installé au Maroc.

Section 8

Dialogue compétitif

Le dialogue compétitif est une procédure qui constitue une synthèse complète et exhaustive, et qui, en même temps, se démarque des procédures déjà existantes, notamment de la **procédure négociée** et de la procédure des **variantes**. En effet, l'article 12-I, alinéa 1, indique que « Le dialogue compétitif est la procédure par laquelle le maître d'ouvrage **engage un dialogue avec les candidats admis** à y participer en vue de déterminer ou de **développer des solutions de nature à répondre à ses besoins** ». En outre, le dialogue compétitif se démarque de **la procédure du marché de conception-réalisation**, dans la mesure où l'article 12-I-2 prévoit que le marché « porte sur des **projets de nature complexe ou des projets innovants** pour lesquels le maître d'ouvrage **n'est pas en mesure de définir par ses propres moyens les conditions techniques de leur réalisation et le montage juridique et financier y afférent.** »

La lecture de l'article 12-I, alinéas 1 et 2, permet donc de déduire les conditions qui permettent le recours à un marché dit de dialogue compétitif, renvoie à l'idée que ledit marché comporte des prestations de conception du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité, au montage juridique et financier ou en raison des risques qui y sont liés. À cet égard, il faut noter que, d'une part, le maître d'ouvrage n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisantes ou un référentiel technique, et d'autre part, que cette procédure ne prévoit pas d'évaluation préalable, ni spécifiquement de cas d'urgence.

Ceci étant, il découle de l'article 12-A que l'objet du dialogue compétitif ne consiste pas à identifier les besoins, mais les moyens propres à les satisfaire, dans la mesure où un **règlement de consultation** du dialogue compétitif est élaboré dans les conditions de l'article 21

du décret et qu'un programme fonctionnel définissant la nature et l'étendue des besoins est établi par le maître d'ouvrage, ce qui implique que les besoins aient été au préalable précisément définis.

Il ne s'agit pas d'engager une procédure de passation d'un marché public d'assistance à la maîtrise d'ouvrage, mais bien de dresser précisément les contours d'un besoin pour lequel la personne publique n'a – objectivement – aucune possibilité d'obtenir par elle-même des solutions techniques.

La procédure propre au dialogue compétitif exige de la part des maîtres d'ouvrage une capacité d'appréciation sincère des ressources à mobiliser, ainsi qu'une rigueur de préparation et de mise en œuvre, adaptée aux caractéristiques de fond et de forme dudit dialogue. Compétitif. Cependant, il y a des points à clarifier, notamment si la personne publique est objectivement en mesure, compte tenu de la complexité de son projet, de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins. À cet effet, il convient de se placer à la date à laquelle elle a décidé de recourir à ce type de contrat. Par ailleurs, la nature du projet doit être analysée sous l'angle « de la complexité et de l'innovation. » On ne peut pas recourir à ce type de marché pour la construction d'un tribunal ou d'une école, ou encore pour une valorisation foncière.

En effet, la seule invocation de la complexité des procédés techniques à mettre en œuvre ne peut suffire à justifier le recours à la procédure de dialogue compétitif en l'absence de circonstances particulières de nature à établir qu'il était impossible à la personne publique de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques propres à satisfaire ses besoins. La définition de l'achat innovant **reste relativement large** pour laisser une certaine souplesse d'appréciation aux maîtres d'ouvrage, notamment au regard du secteur concerné. **Ce terme doit être clarifié par un faisceau d'indices.** Pour ce qui est du caractère innovant, citons notamment la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une méthode organisationnelle dans les pratiques.

En cas de contentieux, le caractère dérogatoire d'un dispositif implique, en principe, que le juge exerce le contrôle habituel sur les circonstances et les conditions de son utilisation. Cependant, **l'irrégularité de la procédure** de dialogue compétitif poursuivie pour la passation du contrat **n'est pas régularisable**. Il appartient donc aux magistrats, après avoir vérifié que la décision ne portera pas atteinte à l'intérêt général, soit de prononcer la résiliation du contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit d'en prononcer l'annulation, et ce sur la base d'une illégalité d'une particulière gravité. Toutefois, le maître d'ouvrage n'est pas dépourvu de toute marge d'appréciation quant au caractère innovant de son achat, notamment lorsqu'il s'agit d'améliorer une solution existante. Si la conduite d'une procédure claire est transparente doit respecter les principes prévus par l'article 1er du décret, notamment l'égalité de traitement des concurrents et la garantie de leurs droits, le cœur du dialogue compétitif est la phase de discussion entre les opérateurs économiques retenus et la personne publique sur le choix des solutions permettant de répondre au mieux aux besoins de cette dernière.

§1- L'organisation du dialogue compétitif

La procédure de dialogue compétitif est organisée en trois étapes successives comme suit :

- A. **l'appel à la concurrence ;**
- B. **le déroulement de la procédure de dialogue compétitif ;**
- C. **les résultats du dialogue compétitif.**

A – L'appel à la concurrence

La procédure de dialogue compétitif consiste en une discussion entre les candidats admis à la procédure et le maître d'ouvrage. Elle vise à déterminer les solutions d'organisation et d'exécution du projet sur la base duquel les offres ont été remises. Son déroulement s'effectue selon les dispositions des articles 12, 23, 42, de 45 à 48, 50 et de 53 à 57 du décret n° 2-22-431 du 8 mars 2023. Conformément aux articles 23 et 50, les modalités du dialogue compétitif ainsi que les critères d'attribution et le calendrier indicatif sont mentionnés dans l'avis de marché ou dans tout autre document de consultation.

Concernant le délai de publication de l'avis, il est fixé à 15 jours, tandis que les modalités de réception des candidatures sont fixées par l'article 34 du décret. Les participants admis sont alors invités par le maître d'ouvrage à entretenir un dialogue axé sur l'identification et la définition des moyens propres correspondants à ces attentes. Toutefois, ces demandes ne doivent pas affecter les aspects essentiels de l'offre finale.

Dans la mesure où le maître d'ouvrage ne peut définir les moyens techniques et le montage juridique adapté en fonction de ses besoins, il peut engager des discussions qui se résument à une négociation. Au travers de ce dialogue, il vise à concrétiser un projet sur la base des différents apports de la part des candidats.

B – Le déroulement de la procédure de dialogue compétitif

Compte tenu du nombre de solutions à examiner, le dialogue compétitif peut se fractionner en plusieurs **phases successives**, comme le prévoit l'article 12-B du décret. Lors de ces différentes phases, le maître d'ouvrage engage le dialogue compétitif avec chacun des candidats admis à présenter une offre.

Les entretiens sont effectués en fonction des critères d'attribution énoncés dans l'avis du marché et sur la base du respect de l'égalité et de l'anonymat des participants. Le maître d'ouvrage poursuit le dialogue avec les candidats en lice jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions susceptibles de répondre aux besoins définis dans le programme fonctionnel.

Au terme des phases du dialogue compétitif, seules sont retenues les solutions répondant le mieux aux critères fixés par le maître d'ouvrage dans le programme fonctionnel. Il procède en-

suite à la vérification et à la sélection des offres finales en fonction des clarifications, perfectionnements et compléments apportés par les participants. Toutefois, ces demandes ne doivent pas affecter les aspects essentiels de l'offre finale. Lorsque le dialogue compétitif arrive à son terme, le maître d'ouvrage en informe, par lettre recommandée avec accusé de réception, les candidats qui ont participé à toutes les phases du dialogue compétitif. Il arrête les clauses définitives du cahier des prescriptions spéciales qu'il remet aux candidats admis et les invite, le même jour et dans les mêmes formes, à remettre leurs offres, dans un délai qui ne peut être inférieur à trente jours à compter de la date d'envoi de la lettre d'invitation. En outre, il leur indique le lieu de remise des offres et la date d'ouverture et d'examen des offres.

Il convient d'indemniser, dans la mesure du possible, les candidats non retenus, en fonction de leur contribution au dialogue compétitif. La participation à la procédure de dialogue compétitif peut être récompensée par une prime. Cette dernière est versée par le maître d'ouvrage au nouveau titulaire du marché public. Le montant est indiqué dans le dossier de consultation. Sa rémunération en tient compte.

C – Les résultats du dialogue compétitif

Comme dans toute procédure d'appel public à la concurrence, le dialogue compétitif doit aboutir à la décision de l'acheteur concernant le nouveau titulaire du marché. Il appuie l'évaluation et l'opinion de celui-ci sur les offres reçues et l'aide à choisir en fonction des critères d'attribution stipulés dans l'avis de marché. L'offre économiquement la plus avantageuse est alors sélectionnée pour assurer la réalisation du projet.

§2 – Le recours à la procédure de dialogue compétitif

Pour les marchés publics, il est primordial de savoir que le choix du type de procédure à suivre est déterminé en fonction de plusieurs paramètres. Certes, la liberté de l'autorité compétente de recourir à la satisfaction de ses besoins est caractérisée par sa liberté de choix. Néanmoins, plusieurs considérations et facteurs impliquent que le choix de tel ou tel type de marché est assujéti à certaines contraintes. Tantôt c'est la nature du marché imposée par les annexes prévues par le décret des marchés publics ; tantôt c'est l'absence de visibilité du maître d'ouvrage, comme dans les marchés de conception-réalisation, ou dans le cas de la procédure de dialogue compétitif ; parfois, cela est lié au type de marché.

Il est donc primordial, avant de se lancer dans l'analyse des différentes procédures des marchés **publics** existantes, de comprendre le fonctionnement de ces dernières. En tout état de cause, le dialogue compétitif reste une **procédure « d'exception »** dont l'utilisation est limitée à des circonstances précises, et que le maître d'ouvrage doit justifier.

Le choix du dialogue compétitif est dicté par l'article 12 du décret relatif aux marchés publics, qui indique que ce choix est possible lorsqu'un marché public répond à un certain nombre de critères :

- Tout d'abord, quand **les projets sont de nature complexe**. En effet, un marché est considéré comme complexe lorsque le projet contient plusieurs objectifs, jalons et phases

qui ne sont pas immédiatement clairs et qui comportent de multiples risques, puisque le projet dépend de plusieurs éléments tels que la taille et la composition de l'équipe de projet, la durée, le planning, la flexibilité des coûts et l'étendue du projet ;

- Quand **une innovation de produit ou de service** est exigée, puisque l'article 12 évoque **les projets innovants** dont le maître d'ouvrage n'est pas en mesure de définir exactement les conditions techniques de réalisation. Cela signifie que le besoin ne peut être satisfait sans adapter des réponses immédiatement disponibles qui consistent en une **solution innovante**. Un produit innovant, cela peut être une technologie de produit, un procédé ou une innovation de commercialisation. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de la personne publique. Cela signifie aussi que le marché doit comporter des prestations de conception.

- Eu égard ces difficultés, **le maître d'ouvrage n'est pas en mesure de définir, par ses propres moyens**, les conditions techniques de leur réalisation et le montage juridique et financier y afférent. En d'autres termes, il n'a pas la possibilité de définir par lui-même le niveau de complexité et de changement organisationnel du projet. Objectivement, il n'est pas à même de définir seul et à l'avance les moyens techniques pour répondre à ses besoins.

Dans cette éventualité, le maître d'ouvrage est libre d'organiser la procédure de dialogue compétitif. La concrétisation de certains projets requiert le lancement de cette procédure, puisque le dialogue compétitif élargit la vision technique, financière et juridique du maître d'ouvrage de manière à le conforter dans ses décisions, tout en lui permettant d'envisager des possibilités plus étendues et idéalement adaptées à la commande publique. Il s'agit en quelque sorte d'une négociation. Dans ce cas de figure, le traitement de toutes les offres s'effectue sur un même pied d'égalité tout au long de la procédure. Si le maître d'ouvrage déroge à cette condition, sa responsabilité peut être engagée, le cas échéant, du fait de son inexécution.

La procédure avec négociation est la procédure qui permet au maître d'ouvrage de négocier les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations. Le maître d'ouvrage indique dans les documents de la consultation les exigences minimales que doivent respecter les offres. Il négocie avec les concurrents les offres initiales et toutes les offres ultérieures, à l'exception des offres finales.

La négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. À cette fin, le pouvoir adjudicateur s'abstient de donner toute information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.

§3 –Clarification des notions

Dans la mesure qu'il s'agit d'une procédure particulière dont le recours est réglementé, il convient de découvrir ces bases ainsi que la faisabilité de recourir à cette procédure. Il faut vérifier la capacité du maître d'ouvrage si un recours au dialogue compétitif serait justifié. Dans ce cas de figure, le maître d'ouvrage a une obligation de respecter un certain niveau de vigilance, si par des moyens raisonnables il peut définir par le biais d'un programme fonctionnel les moyens techniques nécessaires et établir le montage juridique et financier.

A – Le programme fonctionnel

Le programme fonctionnel est une synthèse de l'étude des besoins et le cahier des charges.

Si les prescriptions du programme fonctionnel détaillé peuvent être **modifiées après la remise des offres**, ces modifications **ne peuvent porter sur la nature et l'étendue des besoins** de la personne publique, lesquelles peuvent seulement **faire l'objet des précisions nécessaires pour répondre aux éléments d'information complémentaires** apparus au cours de la procédure et à la condition que ces précisions soient portées en temps utile à la connaissance de tous les candidats ayant fait une offre pour leur permettre de l'adapter.

Il faut absolument proscrire que des clauses substantielles et intangibles apparaissent en cours de dialogue, c'est-à-dire qu'un nouveau paramètre important soit imposé aux candidats en cours de dialogue. Ceci revient à changer la « règle du jeu » en cours de consultation.

Aussi la notion de complexité technique est un autre élément à observer le contenu. En effet la complexité technique existe lorsque le maître d'ouvrage n'est pas en mesure de définir avec exactitude les moyens aptes à satisfaire ses besoins ou à répondre à son objectif.

Les parties tangibles et intangibles du plan fonctionnel

CLAUSES TANGIBLES

Elles découlent des discussions entre l'autorité compétente, la personne publique et les candidats. Elles peuvent évoluer en

CLAUSES INTANGIBLES

Elles fixent l'étendue complète des besoins et les choix définitivement arrêtés par la personne

Il est recommandé de fixer dès le départ les parties intangibles du programme fonctionnel et d'indiquer les éléments ouverts au dialogue ; certains éléments du projet doivent être prédéfinis de façon intangible.

B – Le projet innovant

Le dialogue compétitif est la procédure par laquelle le maître d'ouvrage engage un dialogue avec les candidats admis à participer à la négociation, en vue de déterminer ou de développer des solutions de nature à répondre à ses besoins.

Il porte sur des projets de nature complexe ou des projets innovants pour lesquels **le maître d'ouvrage** est dans une situation qui le contraint à un recours au dialogue compétitif et que cette démarche serait justifiée. En effet, la notion d'impossibilité objective n'est pas une notion abstraite, elle est atténuée par la précision du considérant selon laquelle le pouvoir adjudicateur concerné se trouve dans cette situation « **sans qu'une critique** » puisse lui être reprochée. Souvent, la longue expérience et le cumul du savoir et du savoir-faire incitent à trouver des méthodes neuves. L'idée peut être une projection, une image de ce que pourrait être la base du projet innovant. C'est en utilisant des outils innovants que le mécanisme de pensée va se mettre en place et favoriser la recherche.

Pour améliorer les performances de ses **méthodes d'innovation**, le candidat peut avoir recours à un moyen pour mieux adhérer à la nouveauté et pour réinventer l'idée ou les idées qui constituent son offre. Comme en matière de design, c'est un processus créatif et un travail de la pensée. Cet outil aide le candidat à s'orienter vers une nouveauté, de sorte que les conventions et les règles déjà établies ne perturbent pas le schéma de pensée et permettent d'accéder à un autre niveau. L'approche est donc fondamentalement différente et le résultat aussi.

Moyen unique pour progresser et se démarquer, ce processus s'appuie sur une synergie des expertises et des compétences. Le candidat et son équipe-projet associent l'intelligence opérationnelle et l'intelligence décisionnelle pour donner naissance à l'idée qui va révolutionner le marché.

Des méthodes d'observation sont utilisées pour premièrement, ne pas refaire ce qui a déjà été fait et deuxièmement, pour comprendre ce qui peut à présent intéresser le profil des consommateurs visés. Le but est de ne pas reproduire les mêmes erreurs et de comprendre ce qui fonctionne réellement.

Ces méthodes d'observation partent d'un besoin d'innover et sont mises en œuvre en plusieurs étapes. Ce sont :

- les observatoires d'usages : comment est utilisée la technologie ? Existe-t-il une culture du numérique ?
- les études de tendances : comment identifier ce qui plaît et ce qui ne plaît pas ?
- la veille marketing : que veulent vraiment les consommateurs et comment se comportent-ils vis-à-vis des produits visés ?
- les benchmarks : quels sont les moyens pour analyser les pratiques et usages des marques concurrentes ?

Les **méthodes d'innovation** se complètent et amènent finalement à un autre processus de pensée. Chaque **idée de projet innovant** prend en compte le travail de recherche réalisé préalablement.

L'**idée de projet innovant** passe obligatoirement par une phase profonde de réflexion et de projection. La **méthode d'innovation** utilisée ici est le design thinking. Une telle **démarche analytique** s'associe à une **approche intuitive** de façon à transformer une idée de base en un projet réalisable, puis en un prototype concret.

L'objectif est de répondre précisément à un besoin du maître d'ouvrage, identifié lors de la phase d'observation. Ces **méthodes d'innovation** visent avant tout la création et l'innovativité, mais elles sont principalement dirigées par l'envie de résoudre les différentes problématiques mises à jour par les phases d'observation. Le design thinking reste donc un processus créatif, utilisant l'expérience du passé mais résolument tourné vers l'avenir. Son application garantit une meilleure vision d'ensemble du dessein - de l'intention générale, du concept, du design - tout en permettant de revoir de façon cohérente et pertinente le projet d'innovation.

Les méthodes d'innovation sont à distinguer des variantes. Classiquement, les variantes constituent « **des modifications**, à l'initiative des candidats, **de spécifications prévues dans la solution de base** décrites dans les documents de la consultation ».

C – Le projet complexe

Un projet complexe est un projet qui contient plusieurs objectifs, jalons et phases, dont les difficultés ne sautent pas aux yeux au premier abord, et qui comportent de multiples risques.

Selon le dictionnaire Larousse, « Un projet complexe, c'est un projet qui contient plusieurs parties ou plusieurs éléments combinés d'une manière qui n'est pas immédiatement claire pour l'esprit, qui est compliqué, ou encore difficile à comprendre. »

La complexité d'un projet dépend de nombreux éléments tels que la taille et la composition de l'équipe projet, la durée du projet, le planning, la flexibilité des coûts et de l'étendue du projet, la clarté du problème et de la solution, la stabilité des exigences, l'importance stratégique, le niveau de changement organisationnel, les dépendances inter-projets, la sensibilité politique et l'utilisation de technologies non éprouvées.

Ce qui définit un projet complexe est la combinaison de trois facteurs.

● **Le facteur humain**

Il est plus ou moins impactant en fonction du nombre d'acteurs intervenant sur le projet, de leur niveau d'intervention mais aussi des intérêts qu'ils portent au projet. Plus il y a de monde, plus il est difficile de coordonner les contributions de chacun, de réaliser le reporting associé, de suivre les charges et surtout d'anticiper les réactions en fonction du nombre de contributeurs sur le projet, des attentes qu'ils ont du projet, etc.

● **Le facteur technique**

Les technologies utilisées dans le projet ne sont pas figées : elles évoluent dans le temps. Vous devez alors vous adapter et accepter que le projet puisse évoluer au fur et à mesure de son avancée.

- ***Le niveau d'incertitude***

Plus l'incertitude est élevée sur vos projets, plus vous aurez de chances de changer votre plan en cours de route, de rencontrer des obstacles, de voir des risques se produire, etc.

La matrice de Stacey, ou Stacey matrix, est un outil qui devra aider à déterminer le niveau d'incertitude de votre projet, et donc son degré de complexité.

Pour déterminer la complexité de votre projet, vous devez déjà comprendre qu'il existe trois niveaux de complexité des projets.

Les trois niveaux de complexité d'un projet

- ***La complexité structurelle***

Ce premier niveau de complexité concerne la complexité technique. Celle-ci peut se manifester par des projets de grande envergure, des plans d'action et des procédures complexes à mettre en œuvre (par exemple, l'assemblage d'un fuselage d'avion qui ne tolère aucune marge d'erreur), ou par un enchaînement de tâches liées entre elles.

Les techniques traditionnelles de gestion de projet, telles que les structures de répartition, l'analyse du chemin critique et la gestion des risques, ont été conçues pour traiter des projets dont la complexité structurelle est élevée.

- ***La complexité émergente***

Ce deuxième niveau de complexité est lié à l'évolution du projet, de son contexte et de son environnement au fur et à mesure que l'on avance. C'est notamment le cas des projets innovants, qui sont sujets à des changements de périmètre et à des adaptations dues à un événement extérieur.

On parle parfois de projets à incertitude élevée et on utilise souvent les méthodes agiles pour les gérer.

- ***La complexité sociopolitique***

Ce dernier niveau de complexité concerne les compétences relationnelles et interpersonnelles, ainsi que l'aspect politique et humain d'un projet. C'est la partie la plus difficile à gérer d'un projet, notamment quand on doit coordonner un grand nombre de parties prenantes, chacune avec sa manière de faire et son agenda.

Les projets plus complexes le sont à cause de leur aspect sociopolitique.

D - La notion de moins-disant

Le recours à la notion de moins-disant, dans une procédure de dialogue compétitif qui porte sur des projets de nature complexe ou des projets innovant, illustre la recherche incessante des prix les plus bas possibles, dont on dénonce la conséquence, à savoir le recours à des pratiques frauduleuses de la part de certaines sociétés retenues dans les appels d'offres.

Retenue comme critère unique, la notion de moins-disant est pour sa part déterminée selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie.

Par contre, la notion de « mieux-disant » privilégie les prestations plus durables et de meilleure qualité. Le choix est opéré sur la base d'une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels, outre le prix ou le coût, figurent d'autres critères comprenant des aspects qualitatifs. L'exécution de la procédure du dialogue compétitif dans un marché s'inscrit dans ce registre du mieux-disant.

En effet, les participants à une procédure de dialogue compétitif produisent une offre et non un prix. Les maîtres d'ouvrage risquent de se retrouver avec des prestations à la limite de l'acceptable, selon cette logique du moins-disant.

À lire l'article 12, on constate que le maître d'ouvrage cherche à régler une situation délicate pour réaliser un projet de nature complexe ou des projets innovants dont il n'est pas en mesure de définir, par ses propres moyens, les conditions techniques. Mais en même temps, le décret prévoit que la commission propose au maître d'ouvrage de retenir l'offre la moins-disante. C'est une contradiction flagrante: dans ce cas, en effet, les concurrents vont produire un prix et non une offre, dans la mesure où ils vont chiffrer le minimum et réduire leurs coûts de fonctionnement. Autrement dit, le maître d'ouvrage va se retrouver avec des prestations qui répondent à des critères de « quantité prix » et non de « qualité prix. »

L'adjudication a été abandonnée depuis le décret du 14 octobre 1976, qui a introduit d'autres paramètres dans le choix de l'attributaire : le prix est devenu un élément secondaire dans le choix ; mais c'est surtout la qualité de la prestation qui est devenue le critère principal pour choisir le candidat le plus apte à réaliser le travail ou la prestation. Les décisions que prend le maître d'ouvrage sont régies par le souci du respect de l'intérêt général et des deniers publics.

Certains auteurs avancent l'idée de la pondération, selon laquelle « une offre est analysée suivant une grille de notation précise. Tous les éléments ne sont systématiquement pas décomptés dans les documents de consultation ; toutefois, une bonne analyse de ceux-ci permet de se faire une idée assez bonne des critères importants. Pondérer la notion entre le prix et la valeur technique donne une toute autre latitude au maître d'ouvrage. »

Cependant, on peut affirmer que la réalisation d'un projet de nature complexe ou de projets innovants n'est alors plus conditionnée par le seul critère du prix, mais également par la notion de « prix global » : celui-ci intègre l'ensemble des coûts générés par le produit, le service ou les travaux objet du marché, tels que les coûts liés à l'acquisition, les coûts liés à l'utilisation comme la consommation d'énergie, les frais de maintenance, les coûts de collecte et de recyclage. Le prix le moins disant ne peut être retenu que sous certaines circonstances. C'est la qualité de l'offre par rapport au prix proposé, qui est notée et appréciée, pour déterminer l'offre. Le maître d'ouvrage s'appuie sur un critère unique, qui peut être le prix, pour les seuls achats de services ou de fournitures standardisés ou le coût déterminé selon une approche globale, qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie. Dans ce dernier cas au moins on a l'équation qualité prix.

À l'inverse, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse repose sur la détermination préalable des critères de sélection les plus pertinents au regard de l'objet du marché pu-

blic. L'offre économiquement la plus avantageuse ne se confond pas avec l'offre au prix le plus bas. Les critères de sélection choisis, ainsi que leurs modalités de mise en œuvre, doivent permettre au maître d'ouvrage d'apprécier la performance globale du marché et de porter une attention particulière à la qualité des prestations fournies, ainsi qu'au respect, tant par les fournisseurs que par les utilisateurs, des modalités d'exécution du marché.

Le choix des critères permettant, eu égard à l'objet du marché, de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, relève de la liberté du maître d'ouvrage. Celui-ci peut choisir les critères qui lui semblent les plus pertinents pour déterminer l'offre la plus adaptée à son besoin, à condition toutefois que ces critères soient non discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens strict.

Les critères retenus doivent également être objectifs et suffisamment précis, afin de ne pas laisser une liberté de choix discrétionnaire du maître d'ouvrage. Ce dernier doit ainsi veiller à respecter les grands principes de la commande publique que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. En ce qu'il porte atteinte aux principes de la liberté d'accès à la commande publique et de non-discrimination, un critère reposant sur la localisation géographique, par exemple, ne pourrait pas être retenu.

§4 - Traçabilité et transparence de la procédure

Pierre angulaire du processus de réalisation des marchés publics, la transparence dans le choix du maître d'ouvrage, prévue par l'article 1 du décret des marchés, s'impose comme règle primordiale à toutes les étapes de la commande publique. Conduire une procédure transparente en respectant la liberté d'accès aux marchés publics est garanti par la publicité.

L'article 12-A dispose que « Le maître d'ouvrage publie un appel à la concurrence relatif au dialogue compétitif, il établit un règlement de consultation et un programme fonctionnel qui définit la nature et l'étendue des besoins à satisfaire et les objectifs à atteindre. » L'article 23, alinéa 2-I, indique que « L'avis d'appel d'offres ouvert est publié sur le portail des marchés publics et dans deux journaux à diffusion nationale au moins, choisis par le maître d'ouvrage et dont l'un est en langue arabe. Il est publié dans la langue de publication des journaux choisis. » À cet effet, l'avis d'appel d'offres peut être porté à la connaissance des concurrents potentiels et, le cas échéant, des organismes professionnels, par insertion dans des publications spécialisées ou par tout autre moyen de publicité.

Cela signifie que le maître d'ouvrage doit expliciter, dans l'avis d'appel à la concurrence ou le règlement de consultation, ses besoins et exigences, outre toutes les informations indispensables au bon déroulement de la procédure : définition, pondération et hiérarchisation des critères de choix de l'offre la moins disante, obligatoires ou non (tels que les critères techniques, sociaux, environnementaux, financiers, liés au rôle des PME, etc. et au choix de la personne publique), phasage éventuel du dialogue compétitif avec possibilité d'éliminer des candidats en cours de procédure.

La transparence n'est pas non plus l'apanage des maîtres d'ouvrage ; elle s'applique aussi aux opérateurs économiques, qui ne doivent occulter aucun élément relatif à leur situation sous peine d'être sanctionnés dans le cadre d'une réponse à une procédure de dialogue compéti-

tif. L'article 12 fait référence à l'article 53 du décret des marchés publics, qui a pour objet de prévenir les conflits d'intérêt éventuels et de veiller aux conditions d'une concurrence saine et loyale, d'où un équilibre adapté.

Le dialogue compétitif est une procédure qui permet au maître d'ouvrage de mener des négociations avec les concurrents, mais le décret ne l'exempte pas de respecter la mention de transparence. Que ce soit lors du lancement des offres, de la procédure d'attribution ou de sélection, c'est une valeur qui apparaît en filigrane. Essentielle pour garantir la qualité des offres et des prestations, la transparence commence par la procédure de mise en concurrence, avec la publicité des offres.

A – Durée de la publicité

Pour clarifier les délais de publicité, **l'article 12** renvoie à l'article 50 du décret des marchés publics, qui indique que « Lors de cette étape, le maître d'ouvrage publie, dans les conditions prévues à **l'article 50** du présent décret, un avis d'appel à la concurrence relatif au dialogue compétitif. » L'article 50 dispose que « L'avis d'appel d'offres avec présélection est publié conformément aux dispositions des 1^{er} et 2^e alinéas du paragraphe 2 du I) de **l'article 23** du présent décret. » Il y a dans cet article une assimilation du dialogue compétitif à la procédure de l'appel d'offres avec présélection.

L'article 50 renvoie donc à l'article 23 pour clarifier la procédure de publicité. Le délai de publicité de l'avis d'appel d'offres ouvert dans au moins deux journaux et sur le portail des marchés publics est fixé à **vingt et un jours**, au moins, avant la date fixée pour la tenue de la séance d'ouverture des plis. Ce délai court à partir du lendemain de la date de parution de l'avis dans le dernier support de publication.

Toutefois, le délai précité est porté à quarante jours au moins pour les marchés suivants :

- A. les marchés de travaux passés pour le compte de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des autres personnes morales de droit public visés à l'article 2 du décret dont le montant estimé est égal ou supérieur à soixante-quinze millions cinq cent cinquante mille (75 550 000) dirhams hors taxes ;
- B. les marchés de fournitures et de services passés pour le compte de l'État dont le montant estimé est égal ou supérieur à un million neuf cent soixante-quatre mille trois cents (1 964 300) dirhams hors taxes ;
- C. les marchés de fournitures et de services passés pour le compte des collectivités territoriales dont le montant estimé est égal ou supérieur à cinq millions trois cent soixante-quatre mille cinquante (5 364 050) dirhams hors taxes ;
- D. les marchés de fournitures et de services passés pour le compte des établissements publics ou des autres personnes morales de droit public visés à l'article 2 du décret dont le montant estimé est égal ou supérieur à huit millions sept cent mille (8 700 000) dirhams hors taxes.

Concernant le délai de réception des candidatures, l'article 12-A prévoit que « Le délai entre la date de publication de l'avis et la date limite de réception des candidatures ne peut être inférieur à quinze jours. »

C'est un rappel aux maîtres d'ouvrage qui doivent procéder à une publicité visant à susciter la plus large concurrence et devant être adaptée à l'objet du marché public ainsi qu'à la valeur estimée du besoin et à la personne publique concernée.

B - Les documents, support de l'avis

Pour compléter l'avis d'appel à la concurrence, d'autres documents font l'objet d'une publication, notamment le règlement de consultation et le programme fonctionnel.

1 – Le règlement de consultation

L'article 21 du décret prévoit que « Le règlement de consultation est un document qui détermine les conditions de présentation des offres et les critères et modalités d'attribution du marché. » C'est un document qui complète l'avis d'appel à la concurrence. Bien qu'ayant un caractère non contractuel, compte tenu de son caractère unilatéral, le règlement de consultation fixe les règles de la consultation que les parties doivent impérativement respecter. Sa rédaction requiert donc une attention particulière de la part des maîtres d'ouvrage.

L'article 21 susvisé traite des aspects fondamentaux du règlement de consultation: liste des pièces à fournir, critères d'admissibilité, définition, contenus, finalités, valeur juridique, rédaction. Ces éléments permettent aux entreprises soumissionnaires de mieux comprendre les enjeux du règlement de consultation et de préparer des réponses parfaitement conformes aux attentes des acheteurs publics. Les modalités du dialogue compétitif, les critères d'attribution et un calendrier indicatif sont précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation.

Sur le plan juridique, le règlement de consultation ne présente pas de spécificité particulière par rapport à sa définition donnée dans l'article 21 du décret. Selon cet article, le règlement de consultation est un document qui détermine les conditions de présentation des offres et les critères et modalités d'attribution du marché. En conséquence, le règlement de consultation est une pièce constitutive du marché du dialogue compétitif.

L'article 21 du décret prévoit que « Le règlement de consultation est un document qui détermine les conditions de présentation des offres et les critères et modalités d'attribution du marché. » C'est un document qui complète donc l'avis d'appel à la concurrence. À partir du moment où le dialogue a pour objet l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins et dès lors que tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les participants, le règlement doit répondre à leurs attentes. La rédaction du règlement requiert donc une attention particulière de la part du maître d'ouvrage.

Quant aux critères d'admissibilité des concurrents et d'attribution du marché, ils doivent avoir un lien direct avec l'objet du marché à conclure, être objectifs, non discriminatoires et non disproportionnés par rapport à la consistance des prestations à réaliser. Les critères d'admissibilité peuvent être assortis de coefficients de pondération qui ne doivent, en aucun

cas, avoir pour effet de restreindre la concurrence. Parmi ces critères d'admissibilité, citons :

- le taux de quinze pour cent (15 %) à appliquer dans le cadre de la préférence nationale prévue à l'article 147 du décret ;
- la ou les monnaies convertibles dans lesquelles le prix de l'offre financière doit être exprimé, lorsque le concurrent n'est pas installé au Maroc ;
- les modalités selon lesquelles les variantes sont examinées et évaluées par rapport à la solution de base prévue par le cahier des prescriptions spéciales, conformément aux dispositions de l'article 33 du décret.

À cet égard, l'article 33 du décret relatif aux offres comportant des variantes précise que le maître d'ouvrage peut prévoir, dans le règlement de consultation, la présentation d'offres variantes. Lorsque la présentation d'offres variantes est prévue, le règlement de consultation doit prévoir les exigences minimales que ces offres doivent respecter et les conditions et modalités de leur examen et évaluation par rapport à la solution de base prévue par le cahier des prescriptions spéciales.

Pour les marchés de travaux, les critères d'admissibilité et d'attribution du marché prévus par le règlement de consultation met notamment l'accent sur l'importance **du plan de charge**. En effet, un plan de charge est un support décrivant l'allocation des ressources sur la durée d'un projet. Son objectif est d'optimiser la répartition des ressources et des compétences en fonction des besoins et des jalons. Il se présente généralement sous la forme d'un tableur, mais il est souvent intégré à un logiciel de gestion de projet.

Le décret du 8 mars 2023 a ajouté de nouveaux critères à prendre en compte lors de la rédaction du règlement de consultation, notamment :

- l'introduction de nouveaux critères ;
- les dimensions économiques, sociale et écologique ;
- l'efficacité énergétique ;
- la préservation des ressources hydriques ;
- la valorisation du paysage architectural ;
- la sauvegarde du patrimoine national et des monuments historiques.
- les exigences liées à la promotion de l'innovation et de la recherche-développement ;
- l'introduction du principe d'intégrité parmi les principes auxquels obéit la passation des marchés ;
- le nombre et l'expérience des artisans et maalmens (maîtres artisans) auxquels le concurrent s'engage à recourir au titre des prestations de sauvegarde des médinas et de restauration des ouvrages traditionnels, historiques et anciens.

2 – Le programme fonctionnel

Le programme fonctionnel est à mi-chemin entre l'étude des besoins et le cahier des charges. Il ne faut pas partir d'un cahier des charges trop descriptif dont l'esprit est celui de l'appel d'offres et qui n'est pas approprié à la discussion. Le point de départ doit être un programme fonctionnel ouvert qui permette aux candidats de réellement exprimer leurs solutions. Le programme doit se limiter à l'aspect fonctionnel : il donne une définition aboutie des besoins, les idées directrices et les attentes fonctionnelles associées à des niveaux de performance. Cependant, **une définition évolutive des besoins** en cours de négociation est le meilleur moyen de **décourager les entreprises** vis-à-vis d'une procédure déjà coûteuse. Les apports d'idées des entreprises doivent pouvoir être acceptés par la personne publique. L'objectif est de susciter et de recueillir des apports de performance. Cela oblige à accepter les meilleures offres tout au long du processus. Si l'autorité a établi son programme **de façon excessivement descriptive**, elle se prive des apports d'idées des entreprises. La procédure de dialogue compétitif **perdra alors sa spécificité** et donc, son intérêt.

Les prescriptions du programme fonctionnel peuvent faire l'objet d'une modification. En effet, **si les prescriptions** du programme fonctionnel détaillé peuvent être **modifiées après la remise des offres**, ces modifications **ne peuvent porter sur la nature et l'étendue des besoins** de la personne publique, lesquelles peuvent seulement **faire l'objet des précisions nécessaires pour répondre aux éléments d'information complémentaires** apparus au cours de la procédure et à la condition que ces précisions soient portées en temps utile à la connaissance de tous les candidats ayant fait une offre pour leur permettre de l'adapter.

Un certain nombre de précautions doivent être observées. À cet égard, il faut absolument proscrire que des clauses substantielles et intangibles apparaissent en cours de dialogue, c'est-à-dire qu'un nouveau paramètre important soit imposé aux candidats dans le cadre de la négociation. Ceci revient à changer la « règle du jeu » en cours de consultation. Le dialogue compétitif peut s'engager soit à partir d'un programme fonctionnel, soit sur la base d'un projet partiellement défini par la personne publique. Il est l'occasion d'obtenir de la part des candidats des réponses imaginatives et performantes. Afin d'éviter tout amalgame, il est recommandé de fixer dès le départ les parties intangibles du programme fonctionnel et d'indiquer les éléments ouverts au dialogue ; certains éléments du projet doivent prédéfinis de façon intangible. Si la durée du contrat peut être proposée par les différents candidats, il s'agit d'une clause tangible.

3 - Les dossiers de candidature

La phase préliminaire est celle de la présentation des dossiers de candidature. Le dossier de réponse à un marché public comprend les éléments suivants :

- **la candidature** permet au concurrent de prouver sa capacité à répondre à la consultation et au maître d'ouvrage d'évaluer l'aptitude du candidat à exercer son activité professionnelle et ses capacités économiques et financières. L'article 53 indique que le dossier d'admission est constitué d'un dossier administratif et un dossier technique ;
- **l'offre** constitue, de fait, la réponse au besoin exprimé par le maître d'ouvrage. Elle com-

prend, en particulier, le prix des prestations et les moyens mis en œuvre pour réaliser la demande. Elle est composée d'un mémoire technique et de l'offre commerciale. Le mémoire technique a pour vocation d'apporter des réponses aux exigences du cahier des charges.

L'offre commerciale a pour vocation de présenter l'offre sur son aspect purement financier.

Ainsi, l'analyse de la candidature et celle de l'offre sont distinctes.

Les dossiers de candidature, constitués conformément aux dispositions du 1 de l'alinéa A et de l'alinéa B du paragraphe II de l'article 53 du décret des marchés publics, sont déposés ou remis par les concurrents dans les conditions fixées à l'article 54 dudit décret. Donc, il s'agit d'une **phase préliminaire**, destinée à examiner les candidatures et à déclarer celles qui peuvent participer au dialogue compétitif. Les entreprises ne doivent pas entrer dans l'un des cas d'exclusion de l'article 27 du décret. En outre, elles doivent présenter les pièces mentionnées aux articles 53 et 54 du décret.

Les pièces nécessaires à transmettre

Le but recherché du dossier de candidature est de démontrer au maître d'ouvrage que la société du concurrent n'entre dans aucun des cas prévus par l'article 27, notamment les personnes en liquidation judiciaire ou en redressement judiciaire (sauf autorisation) ou les personnes ayant fait l'objet d'une décision d'exclusion. En effet, les entreprises qui tombent sous le coup de ces sanctions ne sont pas habilitées à participer à l'appel à la concurrence ; de fait, elles sont exclues de facto.

Autre élément à relever : l'entreprise doit démontrer qu'elle dispose des capacités fiscales, financières et techniques pour pouvoir exécuter le marché. Une note méthodologique peut résumer les besoins du maître d'ouvrage dans le cadre de cette procédure de mise en concurrence. L'objectif est de lui démontrer que la demande a bien été comprise et qu'il s'agit d'une candidature sérieuse. Il faut présenter la société d'une manière succincte et synthétique et aller à l'essentiel. Ainsi, le concurrent est autorisé à transmettre quelques chiffres sur la société. Les maîtres d'ouvrage apprécient les chiffres car cela leur permet de cerner rapidement le profil de la société.

Le dossier administratif

La présentation de la candidature et de la situation juridique et financière implique la transmission des pièces et informations relatives au **dossier administratif**. L'article 53 dresse une liste qui fait la distinction entre trois catégories de concurrents :

1. pour chaque concurrent, lors de l'étape d'admission ;
2. pour les concurrents admis au titre de l'étape d'évaluation des offres ;
3. pour le concurrent auquel il est envisagé d'attribuer le marché.

Pour la **première catégorie**, il y a un tronc commun des pièces obligatoires pour tous les concurrents, notamment une déclaration sur l'honneur et une demande d'admission, ainsi que la convention pour les groupements. Pour les **concurrents admis**, l'original du récépissé de la **caution provisoire** est exigé pour garantir le sérieux des participants.

Pour le **concurrent** auquel il est envisagé d'attribuer le marché, il faut fournir :

- une attestation fiscale délivrée par le percepteur ;

- une attestation ou sa copie certifiée conforme à l'original délivrée depuis moins d'un an par la Caisse nationale de sécurité sociale ou par tout autre organisme de prévoyance sociale certifiant que le concurrent est en situation régulière envers l'organisme concerné ;
- une copie du certificat d'immatriculation au registre de commerce ;
- les pièces justificatives concernant la nationalité de l'entreprise et de ses dirigeants ;
- pour les sociétés étrangères non installées au Maroc, il faut fournir l'équivalent de ces attestations délivrées par les administrations ou par les organismes compétents de leur pays d'origine ou de provenance. Le cas échéant, ces attestations peuvent être remplacées par une attestation délivrée par une autorité judiciaire ou administrative du pays d'origine ou de provenance.

Le dossier technique

Sur la base de ce dossier, le maître d'ouvrage va s'intéresser notamment aux informations sur la santé financière et la situation fiscale qui reflètent la solvabilité de l'entreprise, mais aussi ses capacités et ses moyens financiers, humains, matériels et techniques :

- ✓ une note indiquant les moyens humains et techniques du concurrent et mentionnant, le cas échéant, le lieu, la date, la nature et l'importance des prestations qu'il a exécutées ;
- ✓ les attestations ou leurs copies certifiées conformes à l'original, délivrées par les maîtres d'ouvrage, publics ou privés, ou par les hommes de l'art sous la direction desquels le concurrent a exécuté ces prestations ;
- ✓ la déclaration du plan de charge ;
- ✓ la ou les pièces justifiant les capacités financières du concurrent ;
- ✓ le certificat de qualification et de classification, si nécessaire.

Le dossier d'admission

Cette phase d'examen des candidatures se déroule, en principe, avant la phase d'examen des offres. Le maître d'ouvrage doit procéder à l'examen des candidatures de façon impartiale et transparente, de la même manière qu'il l'aurait fait en amont de la procédure et sans que son appréciation soit impactée par l'analyse des offres préalablement menée.

Les dispositions du code de la commande publique font obligation à l'acheteur de contrôler :

- ✓ que les candidatures ont été reçues dans les délais prescrits ;
- ✓ que les candidats satisfont aux conditions de participation indiquées dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation ;
- ✓ et que les candidats ne font pas l'objet d'un motif d'exclusion de la procédure de passation.

Ces contrôles s'effectuent à des moments et selon des modalités spécifiques, selon la procédure préconisée et suivie, notamment si le maître d'ouvrage a décidé de fixer un nombre maximum de candidat admis à participer à la suite de la procédure.

Les dispositions qui suivent traitent essentiellement du cas des marchés publics.

Le dossier d'admission de chaque concurrent comprend un dossier administratif et un dossier technique.

a) Le dossier administratif comprend :

1. la ou les pièces justifiant les pouvoirs conférés à la personne agissant au nom du concurrent, telles que prévues à l'article 53 du décret ;
2. la déclaration sur l'honneur ;
3. la demande d'admission ;
4. la convention constitutive du groupement prévue à l'article 150 du décret ou sa copie certifiée conforme à l'original, lorsque le concurrent est un groupement ;
5. une copie du texte l'habilitant à exercer les missions en rapport avec les prestations objet du marché, lorsque le concurrent est un établissement public.

b) Le dossier technique comprend :

1. les pièces prévues au paragraphe B de l'alinéa II de l'article 53.

Les pièces du dossier d'admission prévues aux alinéas a) et b) ci-dessus sont mises dans un pli qui est déposé ou remis conformément aux dispositions de l'article 34 du décret.

Ce pli doit être fermé et porter les indications suivantes :

1. le nom et l'adresse du concurrent ;
2. l'objet de l'appel d'offres avec présélection ;
3. la date et l'heure de la séance d'admission ;
4. l'avertissement que « Le pli ne doit être ouvert que par le président de la commission d'appel d'offres avec présélection lors de la séance d'admission ».

Les concurrents ayant déposé des plis peuvent les retirer conformément aux dispositions de l'article 35 du décret.

§5 - Le déroulement de la procédure de sélection

Une telle démarche se caractérise par une phase de présélection qui consiste à identifier les candidats admis et répondant le mieux aux exigences et aux spécifications définies par le maître d'ouvrage en vue de déterminer ou de développer des solutions de nature à répondre à ses besoins. L'objectif de la présélection des candidats est d'identifier les plus qualifiés pour exécuter la prestation. On opte pour la procédure de recours au marché dialogue compétitif lorsque les prestations objet du marché nécessitent, en raison de leur complexité ou de leur nature particulière, une sélection préalable des candidats dans une première étape, avant d'inviter ceux d'entre eux qui ont été retenus à déposer des offres. L'admission des candidats à participer au dialogue compétitif s'effectue dans les conditions et selon les modalités d'appel d'offres avec présélection, et selon les modalités prévues aux articles 56 et 57 du décret, par une commission constituée conformément à l'article 55 du même décret.

L'article 12 prévoit que « Lors de cette étape, le maître d'ouvrage engage le dialogue compétitif avec chacun des candidats admis à présenter une offre. Le dialogue compétitif se déroule en phases successives avec remise des offres contenant les solutions proposées par les candidats à chaque phase. » C'est le dialogue ou **la technique de l'approche successive**.

Le maître d'ouvrage ouvre, avec les candidats admis, un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux leurs besoins. Au cours de ce dialogue, il a l'opportunité d'aborder tous les aspects du marché avec les candidats admis.

Cependant, compte tenu de la complexité du projet et de la difficulté pour le maître d'ouvrage de définir les conditions techniques de sa réalisation, outre le montage juridique et financier y afférent, il est nécessaire d'éviter tout **transfert des risques** au partenaire privé s'il n'a aucune visibilité ni possibilité de le maîtriser, notamment **sur le plan juridique**. Ledit transfert peut porter sur des risques relatifs à l'évolution réglementaire, qui est significative. Les risques peuvent également être liés à l'obtention des autorisations administratives. Enfin, les risques peuvent être **de nature financière**, ce qui implique l'analyse financière de la situation financière de l'entreprise, avant de la déclarer attributaire.

Afin d'éviter les pratiques frauduleuses, notamment **le délit d'initié**, le maître d'ouvrage ne peut donner à des candidats des informations susceptibles de leur conférer un avantage concurrentiel par rapport aux autres candidats. Il ne peut non plus révéler aux autres candidats les solutions proposées ou les informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre du dialogue compétitif, sans l'accord formel de celui-ci.

Cette procédure permet au maître d'ouvrage d'envisager des possibilités plus étendues et idéalement adaptées à la commande publique. Il s'agit en quelque sorte d'une négociation. Dans ce cas de figure, le traitement de toutes les offres s'effectue sur un même pied d'égalité tout au long de la procédure. L'égalité de traitement garantit la transparence de la procédure ainsi que le secret industriel et commercial impliquant le savoir-faire du candidat. Si la personne publique déroge à cette condition, sa responsabilité peut être engagée, le cas échéant, du fait de son inexécution.

Le maître d'ouvrage poursuit le dialogue avec les candidats en lice jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions susceptibles de répondre aux besoins définis dans le programme fonctionnel. Bien entendu, le mot d'ordre, dans cette phase, est de

- ne pas poursuivre des discussions inutiles et coûteuses avec des candidats dès lors que leur solution n'apparaît plus susceptible d'être retenue en phase finale. L'élimination des offres s'effectue sur la base des critères de sélection stipulés dans l'avis d'appel à concurrence ;
- respecter la confidentialité des propositions et du dialogue compétitif, ainsi que la propriété intellectuelle et le savoir-faire sous toutes leurs formes, y compris les innovations financières ou contractuelles.

Le maître d'ouvrage peut demander des clarifications ou des précisions concernant les solutions proposées par les candidats, sans que ces précisions ou clarifications puissent avoir

pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou les caractéristiques essentielles du cahier des prescriptions spéciales. Au terme des phases du dialogue compétitif, seules sont retenues les solutions répondant le mieux aux critères fixés par le maître d'ouvrage dans le cadre du programme fonctionnel.

Dans ce cas, il est établi un procès-verbal, faisant ressortir les candidats retenus et ceux écartés. Un extrait de ce procès-verbal est remis à la commission d'ouverture et d'examen des offres. L'examen des offres est effectué par une commission, ce qui va permettre au maître d'ouvrage de choisir le concurrent attributaire suivant l'article 47§1, et l'offre la moins disante, conformément à l'article 12-C-§2.

A - Le processus d'admission

Selon l'article 12-A et l'article 50 du décret n° 2-22-431 du 8 mars 2023, les modalités du dialogue compétitif ainsi que les critères d'attribution et le calendrier indicatif sont mentionnés dans l'avis de marché ou dans tout autre document de consultation. Toutefois, le délai entre la date de publication de l'avis et la date limite de réception des candidatures ne peut être inférieur à quinze jours. **L'analyse des offres intervient en principe après l'examen des candidatures.**

1 - L'admission et l'examen des candidatures

L'admission des candidats à participer au dialogue compétitif s'effectue dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles 56 et 57 du décret, par une commission constituée conformément à l'article 55 du même décret. L'article 55 du décret renvoie à l'article 38 relatif à la constitution de la commission d'appel d'offres. En effet, la commission d'appel d'offres est fixée conformément aux dispositions de l'article 38 du décret des marchés publics, qui indique que ladite commission d'appel d'offres est présidée par le maître d'ouvrage ou par l'une des personnes désignées par lui à l'effet de le suppléer.

- A. Pour **l'État**, la commission est composée, outre le président, des membres ci-après dont la présence est obligatoire :
- deux représentants de l'administration désignés par le maître d'ouvrage ;
 - un représentant de la Trésorerie générale du Royaume ;
 - un représentant du ministère chargé des Finances, lorsque le montant estimé du marché est supérieur à cinquante millions (50 000 000) de dirhams hors taxes ;
- B. Pour les marchés passés par **les établissements publics et les autres personnes morales** de droit public, outre le président :
- deux représentants de l'établissement public ;
 - le représentant du ministre chargé des finances ;
 - le représentant du ministre chargé des Finances ou le représentant de la Trésorerie générale du Royaume ;
 - le responsable des achats ou son représentant ;
 - le responsable financier ou son représentant ;
 - tout membre dont la présence est requise en vertu de la législation et de la réglementation régissant l'établissement public ou la personne morale de droit public concerné.

- C. Pour les marchés des **collectivités territoriales**, outre le président de l'assemblée délibérante ;
- le directeur général des services ou le directeur des services, selon le cas, ou son représentant ;
 - le chef du service des marchés ou son représentant ;
 - le chef du service concerné par la prestation objet du marché ou son représentant ;
 - le comptable public assignataire ou son représentant.

À noter que l'article 12-B-§3 indique que le maître d'ouvrage est **assisté, pendant toutes les phases du dialogue compétitif**, d'au moins deux représentants de son administration, dont l'un relève du service concerné par la prestation objet du dialogue compétitif. Il faut donc se référer à cette disposition au moment de la constitution de la commission. Le résultat de la séance d'admission débouche sur l'invitation des candidats admis. En effet, en vertu de l'article 58 du décret, « Le maître d'ouvrage informe, par lettre recommandée avec accusé de réception, les concurrents éliminés de leur éviction, dans un délai n'excédant pas cinq jours suivant la date d'achèvement des travaux de la commission d'appel d'offres avec présélection. Il informe, dans le même délai et selon les mêmes formes, les concurrents admis. La lettre d'admission doit être adressée aux concurrents admis au moins trente jours avant la date fixée pour la séance d'ouverture des plis. » Les participants admis sont alors invités par le maître d'ouvrage à entretenir un dialogue axé sur l'identification et la définition des moyens propres correspondant à ses attentes. Celui-ci y évoque pratiquement tous les aspects du marché public. Un dialogue compétitif peut durer entre 6 et 9 mois.

2 – Le dialogue avec les concurrents admis : les auditions

Après la séance de sélection, il y a lieu de fixer le planning des dates des dialogues, le lieu, les dates limites des visites, mais aussi la pondération des critères d'attribution. Les candidats devront prouver avoir la capacité de répondre aux besoins exprimés. Si le maître d'ouvrage entend limiter le nombre de participants à inviter au dialogue, alors l'avis devra en outre contenir des critères ou des règles objectifs et non discriminatoires que le maître d'ouvrage prévoit d'utiliser, le nombre minimal des candidats qu'il a l'intention d'inviter et, le cas échéant, le nombre maximal, à condition de respecter les dispositions de l'article 12-A, paragraphe -§9 qui indique que le nombre des participants ne peut pas être inférieur à deux.

L'objectif du dialogue qu'ouvre le maître d'ouvrage avec les candidats admis est l'identification et la définition des moyens les plus adaptés pour satisfaire les conditions requises et leurs différents besoins.

Au cours de ce dialogue, le maître d'ouvrage a l'opportunité de discuter de tous les aspects du marché avec les candidats sélectionnés : le dialogue peut donc porter non seulement sur les aspects « techniques », mais également sur des aspects économiques, y compris le prix, les coûts ou les aspects juridiques.

En effet, la procédure peut être difficile et fastidieuse, lorsqu'il faut passer au crible tous les candidats admis en même temps. C'est pour cette raison que l'article 12-B-§3 et 12-B1-§ 10 a prévu que le dialogue compétitif puisse être étalé sur plusieurs phases successives, de manière à réduire le nombre de solutions à discuter, en appliquant les **critères d'attribution**

définis dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. L'acheteur doit indiquer s'il fera usage de cette possibilité. Le maître d'ouvrage engage le dialogue compétitif avec chacun des candidats admis à présenter une offre. Chaque candidat est entendu dans le strict respect du principe d'égalité de traitement des concurrents prévu à l'article 1 du décret.

Dans la phase finale de dialogue, le nombre de solutions restant à discuter doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions remplissant les conditions requises. Le maître d'ouvrage poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

3 – La fin du dialogue compétitif, les offres finales et l'attribution du marché

Une fois que le dialogue compétitif arrive à son terme, le maître d'ouvrage déclare le dialogue conclu et en informe, par lettre recommandée avec accusé de réception, les participants qui ont participé à toutes les phases du dialogue compétitif. Il les invite à remettre leur offres finales sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours dudit dialogue.

Le maître d'ouvrage arrête les clauses définitives du cahier des prescriptions spéciales qu'il remet aux candidats admis et les invite, le même jour et dans les mêmes formes, à remettre leurs offres, dans un délai qui ne peut être inférieur à trente jours à compter de la date d'envoi de la lettre d'invitation, en leur indiquant le lieu de remise des offres et la date d'ouverture et d'examen des offres.

Ces offres doivent comprendre, outre le cahier des prescriptions spéciales paraphé et signé, l'offre financière du candidat. Conformément à l'article 12-C, la commission procède à l'ouverture et à l'examen des offres présentées par les candidats conformément aux dispositions du décret. Ce n'est qu'après une phase de clarification et de mise au point du contrat, puis une ultime phase de vérification des capacités du candidat le mieux positionné au regard de toutes les attestations qu'il doit légalement fournir, que la commission peut réellement choisir l'attributaire du contrat. La phase de clarification ne peut avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou les caractéristiques essentielles du contrat.

Cette commission procède ensuite à l'évaluation et au classement des offres financières présentées par les candidats et propose au maître d'ouvrage de retenir l'offre la moins-disante.

La commission d'appel d'offres dresse, séance tenante, un procès-verbal de chacune de ses réunions. Ce procès-verbal, qui n'est ni rendu public, ni communiqué aux concurrents, mentionne l'estimation du coût des prestations établie par le maître d'ouvrage, fait état, le cas échéant, des observations formulées par les membres de la commission au cours des opérations d'examen des offres et fait connaître leurs points de vue sur ces observations.

Le maître d'ouvrage informe, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen donnant date certaine, l'attributaire de l'acceptation de son offre dans un délai n'excédant pas le troisième jour suivant la date d'achèvement des travaux de la commission d'appel d'offres.

Dans le même délai, il informe, par lettre recommandée avec accusé de réception, les concurrents éliminés, en leur indiquant les motifs de rejet de leurs offres. Cette lettre est accompagnée des pièces contenues dans leurs dossiers. Toutefois, les pièces ayant été à l'origine de l'écartement des concurrents sont conservées par le maître d'ouvrage pendant un délai minimum de cinq ans, à l'exception de l'original du récépissé du cautionnement provisoire ou de l'attestation de la caution personnelle et solidaire en tenant lieu, qui est restitué aux concurrents écartés dans les quarante-huit heures suivant la date d'envoi de la lettre visée au deuxième alinéa de l'article 12.

De même, les échantillons et les prototypes déposés par les concurrents écartés leur sont restitués après l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la date de réception de la lettre précitée.

4- Versement d'une indemnité

Lorsque la participation à un appel d'offres engendre des frais significatifs pour les candidats, et dans la mesure où l'élaboration de propositions par les candidats pour le dialogue compétitif peut entraîner des coûts non négligeables, il est de l'intérêt du maître d'ouvrage de prévoir le versement des sommes de compensation ou des primes, à hauteur de l'effort demandé et déployé. Cette catégorie de prime est destinée aux candidats généralement les mieux classés, ayant pour objet de rétribuer l'effort particulier qui est demandé à ces entreprises.

L'article 12-C, in fine, indique que le règlement de consultation du dialogue compétitif peut prévoir l'octroi de primes aux candidats dont les offres sont les mieux classées dans la limite de trois candidats.

Il s'agit d'une clause incitative qui permet une répartition équitable entre l'administration et son cocontractant des frais engagés et de l'effort déployé pour couvrir leurs charges de participation. Cependant, l'article 47 du décret prévoit qu'en cas d'annulation d'un appel d'offres dans les conditions prévues ci-dessus, les concurrents ou l'attributaire du marché ne peuvent prétendre à indemnité.

En général, une prime est prévue quand il s'agit de procédures de maîtrise d'œuvre, telles que le concours, la conception-réalisation et le dialogue compétitif. En principe, le montant de cette prime est égal au prix estimé des études qui ont été effectuées. Le maître d'ouvrage précise dans les documents de la consultation les modalités selon lesquelles la prime peut être réduite ou supprimée. Ainsi, l'article 12 prévoit que le montant de la prime octroyée au titulaire est déduit des sommes qui lui sont dues au titre du marché. Cette prime est versée aux participants au dialogue compétitif sur proposition du jury.

Section 9

L'offre spontanée

Conformément aux principes énoncés par l'article 1 du décret des marchés publics du 8 mars 2023, la procédure de marché public implique la publication d'un avis. L'article 13§2

du décret qui porte sur l'offre spontanée, déroge à cette règle, puisqu'il dispose qu'« Une offre ayant fait l'objet d'un appel à la concurrence ne peut être qualifiée d'offre spontanée. » C'est une procédure qui limite l'ouverture du marché à la concurrence.

Il s'agit en fait d'une procédure qui **permet aux concurrents intéressés, à leur initiative, de proposer au maître d'ouvrage**« tout projet, idée ou opération présentant des fonctionnalités nouvelles, des services nouveaux ou des innovations techniques et répondant à un besoin potentiel que le maître d'ouvrage n'aurait pas identifié au préalable » Ceci permet au maître d'ouvrage de choisir les acteurs économiques à qui il a le droit de déposer une offre et de désigner l'attributaire proposé par la commission, et ce en vertu de l'article 144-B-3.

§1 - Une procédure dérogatoire

Une offre spontanée est un processus qui implique la saisine d'une personne publique, par un acteur économique, d'une offre qui doit être le support de la réalisation d'« un besoin potentiel que le maître d'ouvrage n'aurait pas identifié au préalable. » Le décret n'utilise pas la terminologie consacrée de marché négocié pour qualifier les marchés d'offre spontanée, qui peuvent être passés dans un premier temps sans publicité ni mise en concurrence préalable. Non pas que ce type de marché ne puisse pas donner lieu à négociation : la négociation va de soi dans ce cas de figure ; le maître d'ouvrage n'en cherche pas moins à obtenir les meilleures conditions économiques.

L'offre spontanée est une offre visant à la réalisation d'une opération présentant des fonctionnalités nouvelles, des services nouveaux, des innovations techniques au niveau d'un secteur donné. En conséquence, le décret impose que l'offre spontanée ne puisse pas faire l'objet d'un projet dont les études ont déjà été réalisées par le maître d'ouvrage, « sauf dans le cas où il s'avère que ces études sont devenues caduques. »

Proposer au maître d'ouvrage un projet signifie que l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de service devra, par écrit et avant la remise d'une offre spontanée, s'assurer auprès de la personne publique que le projet projeté entre dans ses priorités et répond à ses besoins potentiels. L'offre spontanée doit être suffisamment étayée. Le recours à la procédure dite d'« offre spontanée » implique que le maître d'ouvrage opte pour la procédure de négociation sans publication préalable. En effet, l'article 13 -1-2 du décret indique qu'« Une offre ayant fait l'objet d'un appel à la **concurrence** ne peut être qualifiée d'offre spontanée ». Toutefois, l'alinéa 3 du même article prévoit que « Le maître d'ouvrage ne peut recourir à la procédure **négociée** pour contracter avec le porteur de l'offre spontanée, sauf lorsqu'il s'avère que celle-ci s'appuie sur une technologie particulière ».

En effet, la réponse réside dans l'alinéa 2 de l'article 13, qui dispose que le maître d'ouvrage « procède à une évaluation préalable de la proposition du porteur de l'offre spontanée. Lorsqu'il décide de **donner suite à l'offre spontanée** dont il est saisi, il procède, dans un premier temps, à l'élaboration d'un programme fonctionnel des besoins, avant de lancer, dans un second temps, **un appel à la concurrence** pour la réalisation du projet, de l'idée ou de l'opération objet de l'offre spontanée ». Donc, la pierre angulaire de la procédure de l'offre spontanée est bilatérale entre le porteur de l'offre et le maître d'ouvrage, sans qu'il y ait un

accord pour conclure un marché, et puisque c'est seulement par la suite que la procédure concurrentielle est déclenchée. Ceci étant, à partir du moment où la phase concurrentielle est ouverte, il faut respecter les principes énoncés par l'article 1 du décret du 20/03/2023, notamment le principe de la liberté d'accès aux marchés publics et l'égalité de traitement de concurrents. Ces principes d'ouverture à la concurrence justifient que toutes les offres doivent être prises en considération sans devoir faire l'objet d'une justification.

A contrario, le refus du maître d'ouvrage doit faire l'objet d'une motivation de l'acte, dès lors qu'il s'agit d'une dérogation aux principes fondamentaux de concurrence. Rien dans l'article 13 susvisé ne prévoit que les offres spontanées sont rejetées par le maître d'ouvrage, sauf décision contraire expressément motivée.

L'offre spontanée doit mettre en exergue le caractère nouveau de l'offre, c'est-à-dire « tout projet, idée ou opération présentant des fonctionnalités nouvelles, des services nouveaux ou des innovations techniques et répondant à un besoin potentiel que le maître d'ouvrage n'aurait pas identifié au préalable. »

1 – Définition d'une fonctionnalité : c'est la matérialisation du caractère de ce qui est fonctionnel et pratique, c'est-à-dire l'ensemble des caractères ou des propriétés qui font que quelque chose remplit bien sa fonction, comme l'implantation d'une fonction dans un système informatique permettant à l'utilisateur d'effectuer une opération. Une spécification fonctionnelle est un ensemble explicite d'exigences à satisfaire par un produit ou un service. Il s'agit d'une liste de caractéristiques et de propriétés rendant quelque chose ou quelqu'un capable de remplir correctement sa fonction.

2 – Un projet innovant : un projet est un ensemble de tâches à réaliser afin d'atteindre un objectif défini, dans un contexte précis, dans les délais impartis et selon le niveau de qualité souhaité. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un programme, mais plutôt d'un travail préparatoire, au sens où le projet désigne ce qu'on a l'intention de faire, les moyens jugés nécessaires à la mise en œuvre de telle ou telle idée.

Techniquement, le projet est la concrétisation d'une idée en mobilisant les ressources nécessaires dont on a besoins, en fixant et en respectant le délai de sa réalisation, sans oublier la qualité associée à la finalité. Le terme de projet revêt des caractéristiques du secteur visé : logement, management, santé. La condition sine qua non exigée par le décret, c'est que « l'offre spontanée ne peut porter sur un projet dont les études ont été réalisées par le maître d'ouvrage. »

3–L'innovation technique : l'innovation est une réponse aux exigences de la société moderne, au regard de la complexité croissante des tâches et des charges colossales qu'impose le marché. Il s'agit d'une méthode de fabrication ou d'un produit nouveau ou amélioré qui a été introduit sur le marché et qui a trouvé son application. Ces questions sont cruciales dans un monde en constante évolution, où la technologie joue un rôle prépondérant.

L'innovation technique se définit donc comme la création et l'application de nouvelles technologies, d'outils, de systèmes et de processus améliorés, entraînant des avancées significatives ou des percées dans divers secteurs et domaines. Ainsi, l'innovation technique se

concrétise par la mobilisation de connaissances, d'expertise et de ressources pour développer des solutions innovantes permettant de résoudre des problèmes, d'améliorer l'efficacité, de favoriser la réalisation d'un projet et de créer de la valeur ajoutée. De même, le souci de l'environnement, compte tenu de l'augmentation de la consommation d'énergie, oblige les spécialistes à **développer des technologies** toujours plus innovantes pour favoriser des sources d'énergie alternatives. La nécessité de stocker et de traiter de grandes quantités d'informations incite les industriels et les ingénieurs à développer des outils de traitement des données de plus en plus compacts et agiles. L'innovation est un facteur clé du développement économique des États modernes.

Pour le chapitre de **la dématérialisation** des procédures administratives, l'innovation technique permet l'autonomisation des utilisateurs. Elle fournit des outils, des plateformes et des services permettant aux usagers et aux individus d'accéder à l'information, d'accomplir des démarches administratives, de s'exprimer et de participer à différentes activités au sein de l'administration et au sein de la société. Des innovations telles que les médias sociaux et les plateformes en ligne ont transformé la manière dont les gens communiquent, collaborent et interagissent avec le monde et leur environnement administratif.

Dans un tel contexte d'essor technologique et de dématérialisation, les caractéristiques techniques de l'offre spontanée ne sont détaillées que si elles font partie intégrante du caractère innovant de l'offre.

Dans le domaine du **développement durable**, l'innovation technique est cruciale pour atteindre les objectifs de développement durable. Elle permet le développement de technologies propres, de solutions d'énergies renouvelables et de pratiques respectueuses de l'environnement. En exploitant la technologie, les sociétés peuvent passer à des systèmes plus durables et plus efficaces sur le plan des ressources, atténuant l'impact sur l'environnement et favorisant la durabilité à long terme.

4 – Un besoin potentiel non identifié par le maître d'ouvrage : « à chacun ses besoins », dit l'adage. Ressentir la nécessité de quelque chose, c'est-à-dire un besoin, implique une situation particulière qui demande qu'il soit mis fin à un manque en vue de satisfaire ce besoin. Le concept de « besoin » se traduit par une carence, une déficience, une perturbation chez l'organisme public, correspondant à un problème de gestion des affaires courantes diagnostiqué par les responsables. Cela explique la naissance de nouveaux besoins dans l'environnement administratif, nécessitant l'intervention de responsables. Il s'agit là d'un manque qui appelle une réponse pour résoudre le problème. « Besoin » et « problème » sont des notions connexes et intimement liées dans le domaine administratif.

L'article 13 du décret évoque l'éventualité de recourir à la procédure de l'offre spontanée dans le cas d'« **un besoin potentiel**, que le maître d'ouvrage n'aurait pas identifié au préalable. » Potentiel renvoie à l'idée de ce qui est aigu, palpable et se fait sentir avec intensité, désignant, dans ce sens, plus au moins une situation critique. L'évaluation du potentiel se distingue d'une part des compétences, d'autre part des performances, résultats et réalisations. C'est dans cette distinction entre résultats et potentiel que réside probablement une large part du malentendu qui existe sur la notion de potentiel.

C'est l'identification et la mobilisation du besoin potentiel qui fait la différence pour réussir une offre spontanée. C'est le comportement, le « savoir-être », autrement dit les soft skills, est en effet déterminant dans l'évaluation du potentiel, et non les résultats. Obtenir des résultats constitue un pré requis à l'évaluation positive du potentiel, mais ce n'est ni suffisant, ni incontournable. D'une part, obtenir des résultats démontre une performance, pas un potentiel. D'autre part, quelqu'un peut présenter un grand potentiel mais ne pas être mis en position de le développer.

Sur le plan administratif, le concept de besoin potentiel implique une responsabilité de la part des gestionnaires pour satisfaire les bénéficiaires de ce besoin. Il se traduit par tout ce qui est indispensable pour assurer les fonctions d'intérêt général du service public ou tout ce qui est nécessaire pour assurer quotidiennement le maintien des fonctions vitales assignées à la personne publique. Le concept de besoin vital se repère par une notion de manque à combler, à compenser ou à satisfaire.

Les articles 138, 139 et 140 constituent un exemple réel pour faire face aux nouveaux besoins dans le domaine de la dématérialisation des procédures des marchés publics :

- ***pour tous les marchés de fournitures***, par le biais de l'article 138, la généralisation de la procédure des enchères électroniques inversées, qu'elles soient courantes ou non courantes. L'objectif est d'élargir le jeu de la concurrence à tous les concurrents potentiels qui seraient intéressés par les fournitures à commander sur spécifications techniques du maître d'ouvrage ;
- ***les achats sur catalogues électroniques***, prévus par l'article 139 du décret, qui visent à l'acquisition de fournitures : le maître d'ouvrage peut exiger des concurrents de présenter leurs offres sous la forme de catalogues électroniques ;
- ***l'interopérabilité avec les systèmes tiers***, annoncée par l'article 140 du décret : l'interopérabilité est la capacité d'un système ou d'un produit à fonctionner spontanément avec d'autres, sans que cela ne nécessite d'action particulière. Les gestionnaires aspirent à ce que les informations et les données se rapportant à certaines pièces des dossiers des concurrents issues des systèmes tiers puissent être consultées, sur le portail des marchés publics, par la commission d'ouverture des plis.

Dans la pratique, l'offre spontanée est l'exemple type du besoin potentiel des administrations de recourir au secteur privé pour combler leurs déficits de compétence. En effet, de nombreuses administrations ont recours aux offres spontanées car celles-ci permettent de répondre au manque de capacités du secteur public pour l'identification et le développement des projets.

§2 - Le processus de gestion des offres spontanées

Avant de définir les procédures spécifiques à suivre à chaque étape du processus de gestion des offres spontanées, les décideurs publics doivent spécifier certains paramètres clés, et notamment les objectifs, la portée et les principes directeurs de cette politique.

En principe, la soumission des offres spontanées peut s'effectuer dans trois cadres différents :

- l'autorité contractante identifie et définit un concept et autorise les acteurs économiques privés à lui soumettre des propositions concernant la réalisation du projet ;
- l'autorité contractante fournit une description relativement large d'un besoin ou d'une priorité en matière d'infrastructure et autorise les opérateurs privés à lui soumettre des offres spécifiques conçues en réponse à ce besoin ;
- l'autorité contractante ne définit aucune trame spécifique, mais évalue tous types de projets à l'initiative du secteur privé, que ces projets s'inscrivent ou non dans un concept ou un programme d'infrastructure prédéfini.

Une telle démarche se caractérise par plusieurs phases. Conformément à l'article 13-2, « Le maître d'ouvrage procède à une **évaluation préalable de la proposition du porteur de l'offre spontanée**. » Lorsqu'il décide de donner suite à l'offre spontanée dont il est saisi, il élabore un dossier d'appel d'offres **sur la base des propositions présentées par le porteur de l'offre spontanée**.

Le schéma de gestion des offres spontanées est dicté par l'article 13 susvisé, puisqu'il s'accompagne des lignes directrices d'un document intitulé « **le programme fonctionnel des besoins** », qui doit être élaboré par le maître d'ouvrage avant de lancer un appel à la concurrence pour la réalisation du projet. L'évaluation préalable de l'offre par le maître d'ouvrage, de même que son acceptation, constituent le premier jalon d'un processus qui s'articule sur les étapes suivantes :

- ✓ l'évaluation préalable par le maître d'ouvrage ;
- ✓ l'élaboration du programme fonctionnel ;
- ✓ le processus de contractualisation ;
- ✓ l'organisation de la mise en concurrence de tous les opérateurs économiques potentiellement intéressés ;
- ✓ l'opportunité d'offrir toutes les garanties d'impartialité de la sélection ;
- ✓ l'élaboration d'un dossier d'appel d'offres sur la base des études préalables réalisées par l'auteur de l'offre spontanée ;
- ✓ l'évaluation de l'offre spontanée ;
- ✓ si le porteur du projet participe, il bénéficie d'une marge de préférence qui prend la forme d'un bonus compris entre 5 et 10 % du score d'évaluation final (technique et financier) de l'offre.

A – Évaluation préalable de l'offre spontanée

Cette phase est caractérisée par la remise de la proposition de l'offre spontanée par le porteur de ladite offre au maître d'ouvrage. Ce dernier procède à un contrôle préliminaire de la conformité de la proposition aux exigences de la personne publique, mais aussi un traitement efficace de l'offre spontanée.

En effet, durant la phase d'évaluation, l'autorité contractante évalue l'offre spontanée et détermine si celle-ci doit faire l'objet d'une étude approfondie. Un cadre de soumission clairement défini par l'article 13-2 du décret permet de garantir, non seulement la conformité de l'offre spontanée aux exigences de la personne publique, mais aussi un traitement efficace de l'offre spontanée.

Lorsque le maître d'ouvrage décide de donner suite à l'offre spontanée dont il est saisi, il procède :

- dans un premier temps, à l'élaboration d'un programme fonctionnel des besoins, avant de lancer d'offres ;
- dans un second temps, à **un appel à la concurrence** pour la réalisation du projet, de l'idée ou de l'opération objet de l'offre spontanée. Il faut préciser que le maître d'ouvrage « élabore un dossier d'appel d'offres **sur la base des propositions présentées par le porteur de l'offre** spontanée. »

Ce cadre fait donc office de référence pour l'élaboration du programme fonctionnel des besoins, permettant ainsi aux autres concurrents de concevoir des propositions de qualité tenant compte des besoins exprimés par l'organisme public. La formulation de critères de soumission clairs et cohérents permet aux concurrents d'offres spontanées d'optimiser la constitution de leur dossier. De tels critères ont également pour effet de dissuader les opérateurs privés de soumettre des propositions de mauvaise qualité, ce qui contribue ainsi à rationaliser l'utilisation de ressources publiques limitées. Les lignes directrices recommandent que les critères de soumission portent sur l'intérêt général, la faisabilité et la pertinence d'une approche relative à une offre spontanée, pour le projet et la viabilité financière.

B – Le programme fonctionnel des besoins

L'acceptation de l'offre spontanée débouche sur l'élaboration d'un programme fonctionnel des besoins. En fait l'établissement de ce document exige deux démarches, dont l'une complète l'autre : définir le besoin et cadrer l'ensemble des besoins dans le cadre d'un programme fonctionnel et technique. Pour ce qui concerne la définition des besoins, le but de n'importe quel projet est de satisfaire un besoin. Il faut l'exprimer clairement avant d'imposer une solution. L'expression des besoins ou des exigences consiste à recueillir et à documenter de manière détaillée les attentes, les exigences et les fonctionnalités souhaitées par les parties prenantes et les utilisateurs d'un projet. Une telle démarche permet de définir clairement ce que le projet doit accomplir et de fournir des orientations précises pour sa réalisation.

Il y a deux moments principaux qui nécessitent l'expression des besoins :

- ✓ la préparation du **programme fonctionnel** ou une **note de cadrage** ;
- ✓ la préparation du **cahier des charges**, pour l'énoncé du périmètre du projet.

On distingue deux phases de conception :

- ✓ **la phase d'initialisation** : pour définir le périmètre du projet, il est bien sûr nécessaire

de connaître les attentes de la hiérarchie et des bénéficiaires ;

- ✓ **la phase de planification** : cette phase permet de clarifier les attentes de chaque participant.

A noter à cet égard que, lors des réunions, il convient de présenter les objectifs principaux du projet et les résultats attendus. Ceci permet de clarifier également les attentes de chaque participant. Cette réunion de lancement a inclus un certain nombre d'acteurs qui n'avaient pas été impliqués jusqu'ici (membres de l'équipe projet, utilisateurs finaux, responsables de département, etc.). En effet, il est indispensable de connaître aussi leurs besoins et attentes, cette fois de manière plus détaillée.

EXPRESSION DES BESOINS



Quant au **programme fonctionnel**, c'est un outil de référence permettant aux concepteurs de consulter les différents acteurs et bénéficiaires, tout en se faisant une idée précise de l'ensemble des besoins d'un projet. Le programme fonctionnel rassemble des données sur un secteur d'activités concerné, en définit précisément la problématique et jette les bases de sa résolution. Généralement, un besoin est formulé sous forme d'exigences fonctionnelles, qui sont l'expression de ce que le produit ou le service délivré par le projet devrait être ou faire. Les besoins fonctionnels sont spécifiés par les utilisateurs et les bénéficiaires du produit ou du service délivré par le projet. Ils se déclinent selon les trois axes suivants :

- **les fonctions cibles** (fonctionnalités, prestations), c'est-à-dire la description des services rendus et des prestations offertes par le produit projeté ;
- **les processus cibles**, soit la description des processus qui doivent être impactés par le projet. Il s'agit d'explicitier, dans la situation future de chaque activité, le qui, le quoi et le comment ;
- **la structure cible**, soit la description de l'organisation des différents acteurs à l'issue du projet. Il s'agit de décrire l'organisation cible qui sera en place à l'issue du projet.

En plus d'établir les critères d'une stratégie d'intervention, le programme fonctionnel précise les caractéristiques générales, détaillées et techniques d'organisation, de fonctionnement et de superficies, tout en s'attardant sur les besoins en équipements et en dotation en personnel, ainsi que sur les coûts de fonctionnement. Enfin, il concilie les aspects financiers, le cadre physique existant, de même que les besoins actuels et prévisibles des utilisateurs dans un scénario immobilier.

C – L'élaboration de l'appel d'offres

L'appel d'offres est un type de procédure, c'est-à-dire un mode de consultation, et non pas un type de marché. Toute commande lancée par un maître d'ouvrage n'est pas forcément un « appel d'offres », puisque la procédure d'appel d'offres prévue par l'article 13, relative à l'offre spontanée, est fixée par la réglementation et déroge à la procédure classique. Cette procédure est utilisée par le maître d'ouvrage lorsqu'il ne dispose pas des moyens pour définir son cahier des charges.

La lecture des articles 5, 20 et 22 du décret du 08/03/2023 permet de distinguer l'offre et la candidature :

L'offre constitue la réponse aux besoins définis par le maître d'ouvrage. Elle intègre la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. Les spécifications techniques des prestations objet du marché doivent être déterminées en fonction de critères liés notamment à la performance, à la capacité et à la qualité requises.

Les spécifications techniques « ne doivent pas faire mention d'une marque commerciale, ni faire référence à un catalogue, à une appellation, à un brevet, à une conception, à un type, à une provenance ou origine déterminée, à un producteur particulier ou à une norme de certification », indique l'article 5 du décret. L'article 22 prévoit en outre que « Tout appel d'offres fait l'objet d'un dossier établi par le maître d'ouvrage ». L'appel d'offres est donc l'affaire du maître d'ouvrage.

La candidature a pour but de permettre à l'administration de s'assurer que le concurrent dispose de l'aptitude et des capacités à exercer l'activité professionnelle requise, tant sur le plan technique que financier, et qu'il est solvable.

Dans le cas de l'offre spontanée, les rôles sont inversés, puisque le maître d'ouvrage n'a pas une visibilité très claire sur la nature et l'étendue du besoin. L'alinéa 1 de l'article 13 indique que « Tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services peut, à son initiative, proposer au maître d'ouvrage tout projet, idée ou opération présentant des fonctionnalités nouvelles, des services nouveaux ou des innovations techniques et répondant à un besoin potentiel que le maître d'ouvrage n'aurait pas identifié au préalable » l'alinéa 4§2, ajoute que le maître d'ouvrage « élabore un **dossier d'appel d'offres sur la base des propositions présentées par le porteur de l'offre spontanée** qui est tenu de préciser, par écrit, au maître d'ouvrage les données confidentielles qui ne peuvent, en aucun cas, être divulguées. » Ce qu'on peut constater, c'est une procédure qui inverse les rôles, puisque le présumé candidat devient l'instigateur de la rédaction de l'appel d'offres. Outre une aide à la définition des besoins, l'offre spontanée présente, par rapport à l'appel d'offres, l'avantage de conférer une vision plus complète et comparative des solutions techniques, financières ou juridiques que le marché peut offrir, puisque les offres ne seront pas, dès le début, enfermées dans des spécifications techniques trop précises.

Avant le lancement d'un appel d'offres, le maître d'ouvrage doit **élaborer un dossier d'appel d'offres**, ou DAO, qui peut être accompagné d'additifs qui appuient les critères de réponse à l'annonce et qui sont issus des remarques apportées durant la réunion préparatoire. Il contient obligatoirement les instructions relatives aux conditions de soumission de candi-

dature. Dans l'éventualité où le maître d'ouvrage ne parvient pas à assimiler l'ensemble des instructions données, il peut demander des éclaircissements sur les différents points de la proposition.

Le porteur de l'offre spontanée peut, au même titre que les autres concurrents, participer à la procédure d'appel d'offres lancée conformément aux dispositions du décret. Lorsqu'il y participe, il bénéficie d'une marge de préférence qui prend la forme d'un bonus compris entre cinq pour cent (5 %) et dix pour cent (10 %) de la note globale de l'offre. Les modalités d'application de la marge de préférence à accorder au porteur de l'offre spontanée qui participe à la procédure d'appel à la concurrence sont fixées par le règlement de consultation.

§3 - Évaluation et jugement des offres des concurrents

L'exercice de l'évaluation des offres est particulièrement important. Cette évaluation doit être réaliste, sincère et raisonnable. Le recours à des critères d'évaluation pertinents et à l'utilisation d'une méthode opérationnelle d'analyse garantit le choix de la meilleure offre.

A – Méthodologie de l'analyse des offres

En principe, les critères permettant l'évaluation des offres doivent être :

- **objectifs** : ils ne doivent pas avoir pour objet d'avantager un candidat ;
- **précis** : les candidats doivent comprendre précisément sur quoi ils vont être jugés afin de pouvoir adapter leur offre ;
- **liés à l'objet du marché** ou à ses conditions d'exécution : les critères doivent permettre de retenir l'offre qui répond le mieux au besoin identifié, tout en garantissant la possibilité d'une véritable concurrence (attention au critère lié à la localisation géographique) ;
- **portés à la connaissance des candidats** dans les documents de la consultation ; leur méthode d'évaluation doit, elle aussi, être communiquée aux candidats.

Les critères doivent obligatoirement être annoncés lors du lancement de la consultation, de même que la formule de calcul doit expressément apparaître dans les documents de la consultation.

La pondération des critères :

- ✓ **le principe : la pondération**, ou, à défaut, la hiérarchisation : les critères sont indiqués par ordre décroissant d'importance. Une fois la proportion déterminée entre la valeur technique et le coût, on procède à la pondération des critères ;
- ✓ plus on aura affaire à des produits standard normalisés, plus le critère du prix sera important. À l'inverse, plus on s'attend à de grands écarts dans la qualité des biens et des services, plus le savoir-faire des candidats, voire les qualités personnelles des intervenants, conditionnent la qualité d'exécution du marché, plus le critère de la « valeur technique » aura de poids.

Le maître d'ouvrage est libre de fixer ou non des sous-critères : si le poids des sous-critères est identique, la pondération peut ne pas être indiquée.

Il faut distinguer deux grandes catégories :

- ce qui relève de la qualité (valeur technique), qui peut être considéré comme un élément de performance de l'offre ;
- -ce qui relève du coût et qui peut se subdiviser en deux parties :le prix d'achat brut et le coût d'un cycle de vie.

B – Présentation de l'analyse

C'est la qualité de l'offre par rapport au prix proposé qui est notée et appréciée, pour déterminer **l'offre du moins-disant**, conformément à l'article 144-2 qui dispose que « La commission procède, ensuite, au classement des autres propositions financières et attribue une note financière de cent (100) points à la proposition la moins-disante. » En vertu de l'article 13-6 du décret de 2023, « L'évaluation et le jugement des offres des concurrents s'effectuent dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 144 du présent décret. »

L'article 144 indique que « Le règlement de consultation prévu à l'article 21 du présent décret précise que l'évaluation des offres se fait en *deux étapes*. L'évaluation de la **qualité technique** dans une première étape et **l'évaluation des offres financières** dans une seconde étape.

Cet article renvoie aussi à l'article 31 du décret, qui annonce que « Le maître d'ouvrage peut, dans le règlement de consultation, exiger des concurrents la présentation d'une offre technique, lorsque la nature particulière des prestations à exécuter le justifie, du fait de leur complexité ou de l'importance des moyens à mettre en œuvre pour leur réalisation. » À cet égard, il faut noter que cet article indique que « l'offre technique peut, selon l'objet du marché, porter sur :

- ✓ la méthodologie proposée, en précisant les avantages techniques qu'elle apporte et la méthode d'évaluation de leur impact financier ;
- ✓ les moyens à mettre en œuvre pour l'exécution des prestations ;
- ✓ le planning de réalisation ;
- ✓ le service après-vente ;
- ✓ les performances liées à la protection de l'environnement et au développement durable;
- ✓ le développement des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique ;
- ✓ la préservation des ressources hydriques ;
- ✓ l'expérience spécifique et le profil du personnel par rapport à la nature des prestations ;
- ✓ le degré de recours aux artisans et maâlmens (maîtres artisans) pour les prestations de sauvegarde des médinas et de restauration des ouvrages traditionnels, historiques et anciens ;

- ✓ le degré de recours aux experts marocains, par les concurrents non installés au Maroc pour les marchés d'études et les marchés portant sur la conception, le développement et la mise en œuvre des systèmes d'information ;
- ✓ le degré de recours aux produits de l'artisanat marocain, le cas échéant ;
- ✓ le chronogramme d'affectation des ressources ;
- ✓ le degré de transfert de compétences et de connaissances ;
- ✓ les qualités fonctionnelles de la prestation ;
- ✓ le caractère innovant de l'offre ;
- ✓ la qualité de l'assistance technique ;
- ✓ les garanties offertes au titre de la prestation.

L'offre technique ne doit porter que sur les éléments ayant un lien direct avec l'exécution de la prestation objet du marché et ne comporter que les pièces se rapportant à ces éléments.

La qualité technique résulte de la prise en compte d'un grand nombre d'enjeux interconnectés, notamment les performances environnementales et économiques. Pour les appréhender, l'évaluation doit donc également proposer une approche globale et systémique, notamment l'expérience du concurrent au regard de la mission concernée, la qualité de la méthodologie proposée, le programme de travail, le niveau de qualification des experts proposés, le degré de transfert de compétences et de connaissances, ainsi que le taux de participation des experts marocains. Aussi, la méthode implique une approche structurée basée sur trois grandes questions à se poser dans tous les domaines et sur toutes les thématiques :

À qui est-ce destiné ?

Un espace peut nous sembler agréable et bien conçu, mais ne pas répondre aux besoins de ses vrais utilisateurs/usagers, qui en auront une autre perception.

Comment est-ce utilisé ?

Certaines fonctions ont pu être prévues par la conception, sans toutefois avoir été traitées de manière optimale. Inversement, des fonctions omises ou mal conçues peuvent générer une réappropriation de la part des occupants compatible avec le fonctionnement du bâtiment.

Pourquoi ?

Il est utile de comprendre les pratiques et besoins qui sont à l'origine d'un mésusage ou d'une dysfonction avant d'essayer de les résoudre par des solutions techniques.

Ainsi, face à la diversité des thématiques inhérentes à la qualité d'usage, la méthode propose :

- d'aborder un projet immobilier, par exemple, de manière organisée, en s'intéressant aux usages, activités et fonctions, sans se limiter aux seuls locaux ;

- d'être attentif aux flux, liaisons, relations, superpositions d'activités entre plusieurs espaces d'usage ;
- d'être attentif à la temporalité, aux usages qui se succèdent dans le même espace et donc aux conflits d'usage éventuels.

Une **note technique** est attribuée à chaque critère. Les notes des critères sont ensuite pondérées pour aboutir à une note technique globale sur cent. Les pondérations peuvent varier en fonction des situations.

En effet, on attribue à chaque offre deux notes :

- ✓ une pour le mémoire technique ;
- ✓ l'autre pour le prix.

La moyenne est ensuite calculée à l'aide d'un système de pondération. Il importe de définir la pondération c'est-à-dire l'importance qu'il entend lui conférer dans son choix et on a vu que cette pondération n'était pas sans influence sur la légalité de la méthode notation retenue.

<i>Critère</i>	<i>Pondération</i>	<i>Offre A</i>	<i>Offre B</i>
Note technique sur 10	60 %	8	6
Note technique pondérée		48	36
Prix global	40 %	1 400 000 DH	1 000 000 DH
Note relative au prix		28,57	40
Note totale sur 100		76,56	76
Classement des offres		1	2

Dans notre exemple, c'est l'offre A qui remportera le marché ; en effet, même si son tarif est plus élevé que celui de l'offre B, le mémoire technique a obtenu une meilleure note. Cela montre l'importance du mémoire technique.

<i>Critère</i>	<i>Pondération</i>	<i>Offre A</i>	<i>Offre B</i>
Note technique sur 10	40 %	8	6
Note technique pondérée		32	24
Prix global	60 %	1 400 000 DH	1 000 000 DH
Note prix.		42,85	60
Note totale sur 100		74,85	84
Classement des offres		2	1

Ici, en changeant uniquement la pondération, c'est l'offre la moins chère qui a été choisie car le mémoire technique ne comptait que pour 40 % de la note finale.

En tout état de cause, **les pondérations applicables et le seuil d'admissibilité** des concurrents doivent être **fixés au règlement de consultation**.

En tout état de cause, l'examen des deux articles 13 et 144 débouche sur deux catégories de critères :

L'article 16 renvoie à des critères relatifs à la bonne gouvernance du projet :

- la cohérence globale du projet et sa compatibilité avec la mission dévolue au maître d'ouvrage ;
- la qualité et la pertinence des solutions techniques proposées ;
- l'analyse coûts-avantages du projet ;
- la compétitivité et le potentiel de création d'emploi ;
- les modalités de transfert de technologie ;
- la qualité du montage contractuel et financier proposé.
- En revanche, l'article 144 s'appuie sur des critères fonctionnels :
- l'expérience du concurrent, compte tenu de la mission ;
- la qualité de la méthodologie proposée ;
- le programme de travail ;
- le niveau de qualification des experts proposés ;
- le degré de transfert de compétences et de connaissances ;
- le taux de participation des experts marocains parmi le personnel clé proposé pour l'exécution des prestations objet du marché.

Une fois les critères définis, l'étape suivante ***l'évaluation financière***. La méthode d'analyse de l'offre financière concourt au choix de l'offre la moins-disante permet de sélectionner le concurrent le moins disant.

La question des critères d'analyse des offres pouvant être retenus figure à l'article 144 du décret des marchés publics. Cet article accorde assurément une place particulière au critère financier.

En effet, il est précisé de manière très claire que pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté leurs offres, le maître d'ouvrage se fonde sur un critère unique qui peut être le prix et le coût global, puisque, pour ***l'évaluation financière***, « L'offre financière comprend les taxes, droits et impôts, les frais remboursables tels que les déplacements, la traduction et l'impression des transports et les frais de secrétariat ainsi que les frais généraux et bénéfiques.

La commission procède ensuite au classement des autres propositions financières et attribue une note financière de cent (100) points à la proposition la moins-disante et des notes financières inversement proportionnelles à leurs montants aux autres propositions.

« Dès lors que le critère portera sur le coût global qui inclut « les taxes, droits et impôts, les frais remboursables et autres dépenses », il est impératif que les documents de la consultation soient particulièrement précis sur les attentes de l'acheteur, afin de mettre les candidats en situation de pouvoir répondre à ce besoin en y intégrant les justificatifs de l'ensemble des composantes de ce coût global et de permettre une analyse éclairée par le maître d'ouvrage des offres reçues. Quant aux conditions de la prise en compte de ces externalités, la méthode utilisée pour en évaluer les coûts devra reposer sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoire, sans favoriser ni défavoriser indûment certains opérateurs économiques. Cependant, la réglementation offre au maître d'ouvrage une marge de manœuvre, dans la mesure où les notes financières peuvent être **déterminées au moyen d'autres méthodes**. Dans ce cas, la méthode à utiliser doit être prévue au règlement de consultation. » Il s'agit en fait de mettre en œuvre une méthode linéaire qui, en présence de seulement deux offres, conduit automatiquement à l'attribution de la note maximale à l'offre la moins-disante.

De telles méthodes conduisent, en effet, surtout lorsque cela est combiné à une pondération importante, à neutraliser les autres critères en éliminant automatiquement l'offre la plus onéreuse, quel que soit l'écart entre son prix et celui des autres offres et alors même qu'elle aurait obtenu les meilleures notes sur les autres critères. Toutefois, le maître d'ouvrage a la possibilité de s'appuyer sur une pluralité de critères non-discriminatoire et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères. En d'autres termes, qu'il soit seul ou mêlé à d'autres critères, l'aspect financier doit nécessairement être pris en compte dans la détermination par le maître d'ouvrage de l'offre la moins-disante.

Le rejet des offres

Le rejet peut être opéré en amont ou en aval. En amont, les maîtres d'ouvrage ont l'obligation de considérer toutes les candidatures spontanées qui interviennent dans le cadre d'un marché pour lequel il a été initialement fait le choix de la procédure de l'offre spontanée, puisque ces marchés restent soumis aux principes généraux des marchés publics et sont rappelés à l'article 1 du décret des marchés publics. Il s'ensuit que le respect du principe de la liberté d'accès à la commande publique impose au maître d'ouvrage d'examiner les candidatures spontanées à un marché.

En aval, pour ce qui concerne l'évaluation financière, la commission écarte les offres excessives et anormalement basses selon les modalités ci-après :

- ✓ l'offre est considérée excessive, lorsqu'elle est supérieure de plus de vingt pour cent (20 %) par rapport à l'estimation du coût des prestations établie par le maître d'ouvrage ;
- ✓ l'offre est considérée anormalement basse lorsqu'elle est inférieure de plus de vingt cinq pour cent (25 %) par rapport à l'estimation du coût des prestations établie par le maître d'ouvrage.

C – Les mesures incitatives

La prime est le versement d'une somme forfaitaire par le maître d'ouvrage aux participants à la procédure d'offre spontanée destinée à couvrir leurs charges de participation. Le règlement de consultation doit en prévoir les modalités de versement, et le cas échéant la rédu-

tion de son montant.

La réglementation **impose** l'octroi d'une prime pour quatre procédures : le dialogue compétitif, (l'article 12-C 3 et 4), l'offre spontanée (article 13-6), la conception-réalisation et le concours (article 82-IV-3).

L'article 13-6 dispose que « **Le règlement de consultation prévoit l'octroi d'une prime au porteur de l'offre spontanée** dans l'un des cas suivants :

- si son offre spontanée est retenue et qu'il ne participe pas à l'appel à la concurrence ;
- s'il participe à l'appel à la concurrence sans le marché ne lui soit attribué ;
- s'il est déclaré attributaire.

Dans ce cas, le montant de la prime octroyée est déduit des sommes qui lui sont dues en sa qualité de titulaire au titre du marché. »

Dans ce cas, la prime n'est donc allouée qu'au porteur qui a remis des prestations conformes aux dispositions de l'article 13-1§1 et qui répond aux exigences de cet article, tandis que le maître d'ouvrage a donné suite à l'offre proposée selon trois cas de figure :

- ✓ l'offre spontanée est retenue, mais **son porteur ne participe pas à l'appel à la concurrence**. En principe, le porteur de l'offre spontanée peut, au même titre que les autres concurrents, participer à la procédure d'appel d'offres lancée conformément aux dispositions du décret ;
- ✓ s'il participe à l'appel à la concurrence, mais n'est pas déclaré tributaire ;
- ✓ s'il est déclaré attributaire : dans cette éventualité, le montant de la prime octroyée est déduit des sommes qui seront mandatées. La rémunération du titulaire du marché issu d'une offre spontanée tient compte de la prime qu'il a reçue.

À cet effet, il appartient au maître d'ouvrage de préciser dans les documents de la consultation les modalités selon lesquelles la prime peut être précomptée. Ce type de prime doit être utilisé avec prudence. Elle doit rester faiblement proportionnée (moins de 10 %) au montant du marché. Il ne faut pas non plus que le montant soit sous-évalué, puisque la sous-évaluation de la prime est susceptible d'avoir un effet dissuasif et non incitatif.

Section 10

Les prestations architecturales

Le cadre réglementaire en matière de marchés publics d'architecture a été modifié par le décret du 08/03/2023 du C.M.P., notamment par les articles 92 à 133, ainsi que le contrat dénommé contrat d'architecte prévu par l'arrêté du ministre délégué auprès du ministre des finances du 1689-23 du 3 juillet 2023.

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 95 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.

Le suivi de l'exécution des travaux de construction et de contrôler leur conformité avec les plans architecturaux et les indications de l'autorisation de construire et ce, jusqu'à délivrance du permis d'habiter ou du certificat de conformité.

L'article 4-1-§ 3 du contrat d'architecte indique clairement que l'architecte est chargé du « l'établissement de tous les documents architecturaux graphiques et écrits relatifs à la conception ou à la modification de la construction, en particulier ceux à fournir à la commune pour l'obtention de l'autorisation de construire, conformément à la réglementation en vigueur; – la conformité des études techniques réalisées par les ingénieurs spécialisés en construction avec la conception architectural"ce qui signifie que l'architecte d'une part, doit disposer de toutes les données indispensables, soit directement, soit en collaboration avec le bureau d'études, et d'autre part il 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, puisque l'architecte assure le « suivi de l'exécution des travaux de construction et de contrôler leur conformité avec les plans architecturaux et les indications de l'autorisation de construire et ce, jusqu'à délivrance du permis d'habiter ou du certificat de conformité. »

Cela signifie que l'architecte doit veiller à la conformité des études techniques réalisées par les ingénieurs spécialisés en construction avec la conception architecturale. Il 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 115 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.

sés au moins des frais engagés pour le travail architectural accompli. Les tableaux synoptiques suivant retracent les différentes étapes pour la conception et le suivi de la réalisation d'une prestation architecturale selon l'article 10 du contrat d'architecte.

a) Phase des études:

Pour les études, le délai de remise des documents des prestations architecturales est celui prévu au calendrier d'établissement des études remis par l'architecte conformément à l'alinéa 3 du II de l'article 103 du décret 2-22-431 précité. (Supprimer le tableau dans le cas d'une opération de lotissement ou d'un marché relatif à la restauration des ouvrages traditionnels, historiques et anciens.)

Phase	Contenu de la phase	Délai
Etude	Etude d'esquisse du projet	
	Avant-projet sommaire	
	Avant-projet détaillé	
	Autorisation de construire	
	Projet d'exécution	
	Dossier de consultation des entreprises	

Pour les prestations de lotissement, le délai de remise des documents des prestations architecturales est celui prévu au calendrier d'établissement des études remis par l'architecte conformément à l'alinéa 3, du II) de l'article 103 du décret 2-22-431 précité: Supprimer le tableau dans le cas d'un marché de travaux ou d'un marché relatif à la restauration des ouvrages traditionnels, historiques et anciens.

Phase	Contenu de la phase	Délai
Conception urbanistique	Etude préliminaire	
	Schéma d'armature	
	Schéma d'armature	
Etablissement de documents	Autorisation de lotir	

Pour les études relatives à la restauration des ouvrages traditionnels, historiques et anciens, le délai de remise des documents des prestations architecturales est celui prévu au calendrier d'établissement des études remis par l'architecte conformément à l'alinéa 3, du II) de l'article 103 du décret 2-22-431 précité:(Il s'agit des documents relevant de la conception architecturale à fournir à l'autorité compétente pour l'obtention de l'autorisation de lotir.)

Phase	Contenu de la phase	Délai
Etude	Validation des relevés et couvertures topographiques et photogrammétriques réalisés par un ingénieur géomètre-topographe	
	Réalisation des relevés de l'état existant et analyse socio-spatiale	
	Etablissement du pré-diagnostic	
	Elaboration des options de restauration	
	Obtention de l'autorisation auprès des administrations compétentes pour la réalisation du projet	
	Elaboration du projet de restauration-projet d'exécution	
	Préparation du dossier d'appel d'offres et consultation des entreprises en collaboration avec le bureau de contrôle	

b) Phase de suivi des travaux:

Pour la phase de suivi des travaux, le délai de remise des documents des prestations architecturales commence à la date prévue par l'ordre de service prescrivant le commencement des travaux par l'entrepreneur et prend fin à la réception définitive desdits travaux.

Phase	Contenu de la phase	Délai
Suivi des travaux	Direction et suivi de l'exécution des travaux	

§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° 1689.23 du 3 juillet 2023. La procédure à retenir devra répondre aux enjeux et aux spécificités du marché, au-delà des seuls critères de coût et de simplicité. Elle est choisie en fonction de l'estimation budgétaire, des obligations légales. La diversité et la singularité des travaux architecturaux ont conduit les pouvoirs publics à la multiplication des modes de mise en concurrence des architectes.

L'article 94 indique que «Les contrats relatifs aux prestations architecturales sont passés par consultation architecturale ouverte, simplifiée ou restreinte, par concours architectural, par consultation architecturale négociée ou par consultation architecturale groupée.» 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.

A – La consultation architecturale ouverte

La consultation architecturale ouverte, est une procédure qui donne lieu à la publication d'un avis d'appel à la concurrence, ce qui permet à tout concurrent de participer et par voie de conséquence, il peut obtenir le dossier de consultation et présenter sa candidature. Ainsi, l'article 94-1 prévoit que 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 **trente millions** (30 000 000) de dirhams hors taxes. » ; par ailleurs, ce recours est lié à **la nature du projet** : Le recours à la consultation architecturale ouverte pour couvrir les projets dont le budget global prévisionnel des travaux est inférieur ou égal à 30.000.000 de dirhams HT.

« Les contrats relatifs aux **opérations de lotissement** sont passés par consultation architecturale. » La mise en compétition du plus grand nombre de participants permet au maître d'ouvrage de choisir l'architecte ayant présenté l'offre la plus avantageuse. Cette mise en compétition est effectuée , sur la base d'un programme de consultation architecturale.

B – La consultation architecturale ouverte simplifiée

C'est une procédure ouverte, mais qui ne permet pas un accès libre à tous les architectes. Il s'agit d'une démarche ciblée puisque, seuls sont concernés par les dispositions de l'article 94-2, seulement les **architectes débutants**. Par architecte débutant, il faut entendre « tout architecte dont **l'ancienneté dans l'exercice** de la profession d'architecte, **à titre libéral, ne dépasse pas cinq ans.** »

La simplification concerne aussi le montant puisque le recours à la consultation architecturale ouverte simplifiée concerne les projets dont le budget global prévisionnel des travaux est inférieur ou égal à trois millions (3.000.000) de dirhams hors taxes. Une question se pose, le texte fait référence à **l'ancienneté dans l'exercice** de la profession d'architecte, **à titre libéral**, mais pour ceux qui ont exercé dans le secteur public pour plusieurs années, faut-il les considérer comme illégitime au regard de ce dispositif ?

Ensuite, la procédure d'évaluation est allégée le jury de la consultation architecturale ouverte simplifiée est composé du président et de deux membres désignés par le maître d'ouvrage dont l'un au moins est architecte, d'un représentant de la Trésorerie Générale du Royaume ou d'un représentant du ministre chargé des finances ?

C – La consultation architecturale est restreinte

La lecture de l'article 94-3 indique que l'appel d'offres restreint est une procédure qui se déroule en deux étapes. « la consultation architecturale est dite restreinte, lorsque les offres ne peuvent être remises que par les architectes que le maître d'ouvrage décide de consulter ». Cela signifie que , lorsqu'un appel d'offres restreint est lancé, les candidats sont tout d'abord sélectionnés en fonction des éléments relatifs à la candidature, c'est-à-dire en fonction des

capacités des concurrents. La consultation restreinte concerne les architectes que le maître d'ouvrage décide de consulter :

- ✓ Dont le nombre ne doit pas être inférieur à cinq ;
- ✓ Dont deux au moins doivent être implantés dans la région concernée par le projet.

La sélection, s'effectue selon un critère financier : c'est l'offre la plus avantageuse et un critère professionnel, c'est le programme de la consultation architecturale restreinte. Le recours à la consultation architecturale restreinte concerne les projets portant sur l'aménagement et l'entretien de bâtiments dont le budget global prévisionnel des travaux est inférieur ou égal à dix millions (10.000.000) de dirhams hors taxes.

D – Le concours architectural

La création architecturale est d'intérêt public. Derrière l'idée du concours, il y a une volonté de favoriser l'excellence en architecture, la durabilité et la diversité culturelle. Les concours est donc le meilleur moyen de choisir un architecte, son projet et donc garantir la qualité architecturale, environnementale et urbanistique puisqu'il favorise l'innovation. C'est ce qui reflète l'article 94-4 qui dispose « est une procédure qui met en compétition des architectes en vue de permettre au maître d'ouvrage de choisir, après proposition du jury de concours, la conception d'un projet et de confier, à son auteur, par la suite, le suivi et le contrôle de son exécution. » Prévu par les articles 94-4 et 133, le recours au concours architectural est **obligatoire** pour les projets dont le budget global prévisionnel des travaux est supérieur à trente millions (**30.000.000**) de dirhams hors taxes.

En cas de concours, une prime est allouée aux auteurs des projets **conformes au règlement du concours** et les mieux classés dans la limite prévue au programme du concours.

Des questions restent en suspenses,

- Le versement de cette prime aux participants du concours est effectué ou non sur proposition du jury ?
- Le montant de la prime est-elle déduite du montant de la rémunération du titulaire du marché ?

E – Concours architecturale négocié

Ensuite, en application de l'article 133-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.

F – La consultation architecturale groupée

L'organisation de la maîtrise ouvrage en collectif est autorisée par l'article 94-6. C'est un moyen qui permet aux maîtres d'ouvrage de partager le coût des frais ou de réaliser des petits projets du même nature. Ce collectif est organisé sur la base *d'une convention constitutive* signée par tous ses membres. Cette convention définit les modalités de fonctionnement du collectif et désigne un *coordonnateur* parmi ses membres.

L'individualisation de la partie qui concerne un membre du collectif implique que « Chaque membre du collectif s'engage, dans la convention, à signer avec l'attributaire retenu un marché à hauteur de ses besoins propres tels qu'il les a préalablement déterminés et assure le suivi de son exécution », conformément à l'article 155-4 du décret des marchés publics, d'où une responsabilité .

C'est une nouveauté du décret de 2023, puisqu'il permet aux maîtres d'ouvrage de constituer leurs commandes de construction de *manière groupée*. Pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, les maîtres d'ouvrage ont la possibilité de lancer des procédures de marchés publics de façon séparée, ou de rationaliser la commande publique, en ayant recours à un collectif de maître d'ouvrage. C'est une manière de mutualiser la réalisation des projets. Le collectif permettra aux maîtres d'ouvrage d'évaluer l'opportunité d'y avoir recours pour procéder à des réalisations groupées puisque la mutualisation est un outil performant au service de la rationalisation des commandes publiques.

L'article 94 -6 a –b indique que « La consultation architecturale groupée permet:

- ✓ à deux ou à plusieurs maîtres d'ouvrage de coordonner la réalisation de leurs prestations architecturales, relatives aux petits projets de même nature, dans le cadre d'un collectif de maîtres d'ouvrage constitué conformément à l'article 155 du présent décret ;
- ✓ à un seul maître d'ouvrage de réaliser une prestation architecturale pour plusieurs petits projets de même nature”.

Conformément à l'article 155-3 du décret des marchés publics, les membres du collectif établissent une convention qui définit le rôle de chacun. Ils peuvent mener toute la procédure ou une partie seulement au nom et pour le compte des autres membres. « La *convention constitutive* du collectif est *signée par tous ses membres*. Cette convention définit les modalités de fonctionnement du collectif et désigne un coordonnateur parmi ses membres. » Ils peuvent mener toute la procédure ou une partie seulement au nom et pour le compte des autres membres. La possibilité de créer une structure de droit public, atteste de la grande marge de manœuvre qui est laissée, s'agissant du choix du statut juridique de ce collectif, il est de droit public au moins pour les collectivités territoriales puisque l'article 155-10 §4 implique que « Les conventions constitutives des collectifs de maîtres d'ouvrages relevant des collectivités territoriales sont approuvées selon les modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'intérieur. »

Les collectifs peuvent ainsi prendre la forme d'un établissement public, sous réserve de ne pas porter atteinte au principe de spécialité qui lui est applicable. Mais pour l'Etat on constate l'absence de prescription du décret des marchés publics dans ce sens.

Les conditions qui gouvernent le recours à cette procédure se sont résumées par l'article 94-6 :

- Les prestations portent sur des petits projets de même nature à caractère répétitif;
- Les prestations relatives aux projets dont le budget prévisionnel cumulé des travaux est inférieur ou égal à dix millions (10.000.000) de dirhams hors taxes.

L'article 95-1 « La consultation architecturale ouverte fait l'objet d'un programme qui indique les besoins auxquels doit répondre le projet et en fixe la consistance prévisionnelle ainsi que le budget maximum prévisionnel prévu pour l'exécution dudit projet. » Sans nul doute, la mutualisation présente plusieurs avantages parmi lequel on doit d'abord relever les économies d'échelle qui sont réalisées et donc les prix plus compétitif qui sont obtenus. En effet l'agrégation des besoins de différentes structures impliquées engendre un volume d'achat supérieur d'un maître d'ouvrage isolé.

Cette mutualisation permet aussi de réduire les couts relatifs à la procédure de passation des marchés publics, dès lors qu'une seule équipe de maitres d'ouvrage est mobilisé pour la prise en charge des réalisations de commandes structurent. C'est aussi en termes de gain de temps et d'apport qualitatif que l'on peut apprécier l'action groupée.

§2- Les conditions requises des architectes

Dans tous les cas, la rémunération de l'architecte est effectuée par le règlement d'**honoraires**, et de permettre aussi compétences et des savoirs faire, de chaque spécialiste qui compose l'équipe de maîtrise d'œuvre. 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 99 du C.M.P. prévoit que seuls peuvent participer et être attributaires des contrats de prestations architecturales les architectes qui remplissent les **conditions juridiques, fiscales et administratives** requises :

- **conditions juridiques** : qu'ils jouissent notamment de l'autorisation d'exercer la profession d'architecte à titre indépendant et qu'ils soient inscrits au tableau de l'Ordre national des Architectes, sans être frappés d'une sanction de retrait de l'autorisation, ou bien en redressement ou en liquidation judiciaire ;
- **conditions fiscales** : qu'ils soient en situation fiscale régulière pour avoir souscrit leurs déclarations et réglé les sommes exigibles dûment définitives ou, à défaut de règlement,

constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable public chargé du recouvrement ;

- **conditions administratives** : qu'ils soient affiliés à la Caisse nationale de Sécurité sociale.

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

§3- La mission de l'architecte

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

De par le rôle légal qui lui est confié - signer et sceller les plans et les devis - l'architecte est amené à prescrire un certain nombre de biens tels que les matériaux d'enveloppe extérieure et intérieure, par exemple, que le maître d'ouvrage est appelé à négocier avec les candidats que l'architecte a 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 92 du C.M.P. indique que les prestations architecturales sont exclues du champ d'application des dispositions de l'article 5 et l'article 95 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 101 relatif au règlement de la consultation permet de dégager les grandes lignes d'un programme. La consultation architecturale fait l'objet d'un règlement établi par le maître d'ouvrage. Ce règlement doit prévoir les conditions de présentation des offres et les modalités d'attribution du contrat. Le règlement de la consultation architecturale comprend notamment :

1. la liste des pièces à fournir par les architectes conformément aux dispositions de l'article 100 du présent décret.
2. les critères d'admissibilité qui tiennent compte des capacités juridiques des architectes et, le cas échéant, de l'obligation de présence à la réunion ou à la visite des lieux.
3. les critères de choix et de classement des offres pour attribuer le contrat à l'architecte qui a présenté l'offre la plus avantageuse. Ces critères portent sur :

- A. la qualité de la proposition technique:
- du point de vue de l'originalité, de la pertinence et de l'intelligence créative du parti architectural;
 - du point de vue de la protection de l'environnement et du développement durable, du développement des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique,
 - le respect des surfaces des différentes composantes du programme et des normes et règlements de confort et de sécurité ;
 - au regard de l'estimation sommaire, hors taxes, du coût global des travaux proposée par l'architecte.
- B. la proposition d'honoraires présentée par l'architecte.
4. La ou les langues dans lesquelles doivent être établies les pièces contenues dans les dossiers et les offres présentées par les architectes.

§-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.

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

Proverbe chinois

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 19-1, 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 21-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 26 et 27 du décret ; les paragraphes de l'article 43-3 relatifs aux « rabais » et aux « offres de prix » font ressurgir l'esprit de la réglementation des années soixante ;

- si le décret prévoit que le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas synonyme du choix de l'offre **la « moins-disante »**, il prévoit en même temps que **le prix** peut ainsi, être retenu comme **critère unique** lorsque le contrat porte sur le dialogue compétitif par le biais de l'article 12-C-§2 et l'achat sur bon de commande prévu par l'article 91-7§2. Le prix, dans ce cas, n'est pas déterminé par le cout dans son approche globale. L'achat dans cette hypothèse n'intègre pas l'ensemble des couts générées par le produit.
- une dernière remarque concerne les marchés de services : l'article 43-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 144-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 20-3 du décret du 08/03/2023 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 21-c du C.M.P. qui indique que, « A cet effet, l'attribution du marché se fait sur la base du prix global combinant le prix d'acquisition et l'évaluation monétaire du coût d'utilisation et/ou de maintenance pendant une durée déterminée. » 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 43-2-1 du décret confirment cette tendance en disposant que « Cette formalité accomplie, la commission écarte, selon les modalités et dans les conditions pré-

vues à l'article 44 ci-dessous, les offres financières jugées excessives et les offres financières jugées anormalement basses par rapport au montant de l'estimation établi par le maître d'ouvrage. La commission détermine, ensuite, **le prix de référence** des offres financières des concurrents conformément aux dispositions de l'article 44 ci-dessous. »

Les termes de l'article 43-4 et 5 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** ». or le prix de référence laisse une latitude pour le maître d'ouvrage. De ce fait le prix reste toujours une référence dans le choix des attributaires de la commande publique, malgré les nuances. L'article 25-b de l'arrêté du ministre des Finances 1982-21 du 14 décembre 2021 (B.O 7106 du 7/7/2022 p794), relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés indique clairement que « la spécification que **le seul critère** qui sera pris en considération pour l'attribution du marché, après admission des concurrents est **le prix le moins disant** »

La méthode de notation relative à l'évaluation d'un taux de remise n'est en soit pas irrégulière, mais va à l'encontre de l'esprit du décret. L'article 20-3 dispose que « **L'appel d'offres peut être « au rabais ou à majoration » ou « sur offres de prix »**. C'est une démarche que le maître d'ouvrage peut utiliser sous réserve que la notation prenne en compte le niveau des tarifs sur la base desquels la proposition de remise est faite.

§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'éléments leur permettant d'apprécier la qualité technique des offres, ils les jugent équivalentes sur le plan technique et l'attribution du marché se fait finalement au profit de la solution du moins-disant.

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 plateforme 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 138 du décret du 08/03/2023 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 1982-21 du 14 décembre 2021 (B.O 7106 du 7/7/2022 p794), 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 138 §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° du ministre de l'Économie et des Finances du 1982-21 sus visé, notamment l'article 19§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 23 de l'arrêté sus visé, la mise en œuvre d'une enchère inversée nécessite tout d'abord l'établissement d'un dossier comprenant **l'avis de l'enchère électronique inversée** ; 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 20§1 de l'arrêté 1982-21 indique que le nombre minimum des concurrents qui devront **s'inscrire** pour participer à l'enchère ne peut être inférieur à **trois concurrents** et le nombre. 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 20§2 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 35 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 138 § 5 du C.M.P. et à l'article 36 de l'arrêté, la commission des enchères invite le concurrent ayant présenté l'offre la **moins-disante** de fournir les pièces prévues par l'article 21-a du décret du 08/03/2023 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 134 et suivants du décret du 08/03/2023 ; il est développé par l'arrêté du ministre des Finances n° 1982-21 du 23/06/2023 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.

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 138 du Code des Marchés publics «La conclusion du marché issue de la procédure d'enchère électronique obéit aux règles et aux conditions prévues par le décret . »

Cela signifie donc que seuls les actes précontractuels dématérialisés et concourant à la formation de l'offre sont visés par l'article 138 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. Cependant on constate une avancée de l'arrêté 1982-21 par rapport à l'ancien arrêté du ministre des Finances du 04/09/2014, puisque le nouveau décret prévoit que, la conclusion du marché issu de l'enchère électronique inversée est effectuée sur la base d'un dossier sous format élonique 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 de l'approbation du marché ;
- la phase de l'exécution du marché (ordre de service, ordre d'arrêt...) L'article 11 du CCAG-T dispose que « les ordres des service sont écrits » ;

C : Une procédure transparente

Les dispositions du paragraphe 4 de l'article 138 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.

L'article 138-§ 2 indique que « Le maître d'ouvrage peut recourir à l'enchère électronique inversée pour les marchés de fournitures. Ces fournitures doivent être préalablement décrites de manière précise. » Cela veut dire que, 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 138§2, qui dispose que « Le maître d'ouvrage peut recourir à l'enchère électronique inversée pour les marchés de fournitures. Ces fournitures doivent être préalablement décrites de manière précise. » Ceci renvoie à l'idée que 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 134 à 138, 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- a de l'arrêté 1982-21 : « 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

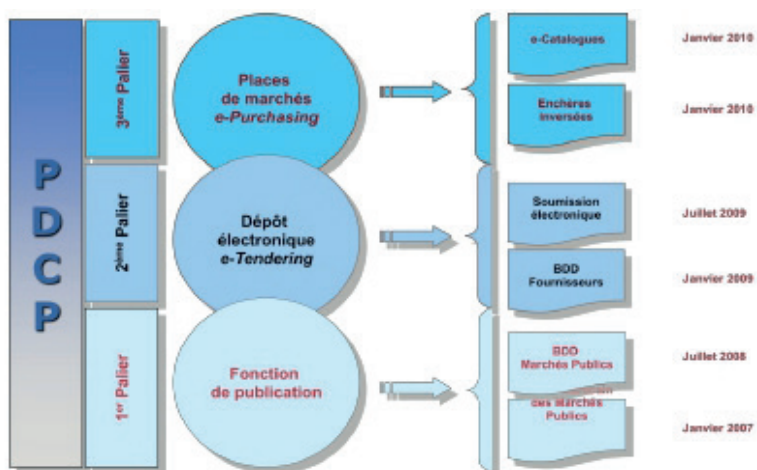
Ce rôle est neutre, dans la mesure où elle se consacre à la logistique et n'intervient pas dans le processus entre le maître d'ouvrage et les concurrents ; sa contribution est purement technique.

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.



Source : Portail des Marchés publics

À cet égard, l'article 7 de l'arrêté du 23/06/2023 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.

La Trésorerie générale du Royaume désignée en tant que « gestionnaire du portail », est chargée de :

- ✓ l'hébergement de l'infrastructure technique (matériel et logiciels) du portail ;
- ✓ la maintenance préventive et évolutive dudit portail ;
- ✓ la mise en place du dispositif de création et de gestion des comptes des acteurs et des utilisateurs du portail ;
- ✓ la création et la gestion des comptes utilisateurs des différents acteurs du portail ;
- ✓ la veille sur le respect de l'utilisation du portail ;
- ✓ la sécurité technique et cryptographique du portail ;

la gestion des certificats électroniques utilisés par les maîtres d'ouvrages selon les conditions d'utilisation du portail. Parmi les attributions confiées à la T.G.R., l'**archivage** et la traçabilité de l'ensemble des documents. À cet effet, le rôle de la TGR implique qu'elle assure 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 2-g, indique que les utilisateurs désigné comme le **système tiers** « : toute plateforme informatique ou tout système d'informations externes au portail des marchés publics intégrant des documents ou des données qui se rapportent aux concurrents participant aux 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 de 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 les articles 11§1et 12§2 qui disposent que «La signature électronique s'effectue par les utilisateurs du portail des marchés publics au moyen d'un certificat de signature électronique conformément aux dispositions des textes législatifs et réglementaires en vigueur et aux conditions d'utilisation du portail des marchés publics. », 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 spécifique à l'objet informatique que l'on souhaite signer).

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 :**

- Etre propre au signataire ;
- Etre 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 150-C§1 du décret du 08/03/2023 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. Toutefois, l'article 12 de l'arrêté n° 1692-23 susvisé implique que « Lorsqu'il s'agit d'un groupement, ces pièces sont signées, soit par l'ensemble des membres du groupement, soit uniquement par le mandataire conformément aux dispositions du paragraphe C) de l'article 150 du décret précité n° 2-22-431. »

3 – Le rôle du maître d'ouvrage

En vertu de l'article 9 de l'arrêté 1692-23 sus visé, 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 faut noter que le portail des marchés publics permet **au maître d'ouvrage** :

- ✓ De soumettre aux membres de la commission de consultation le dossier de consultation pour recueillir leurs observations éventuelles ;
- ✓ De définir la composition et le contenu des plis électroniques exigés tels que prévus par le règlement de consultation ;
- ✓ De définir, conformément aux conditions d'utilisation du portail des marchés publics, les bi-clés de chiffrement et de déchiffrement des plis électroniques associés à la consultation ;
- ✓ De saisir les concurrents concernés, avant l'expiration du délai de validité des offres, en

vue de leur demander une prorogation dudit délai conformément aux dispositions de l'article 36 du décret précité n° 2-22-431 ;

- ✓ De publier le résultat de la séance d'ouverture des plis et d'évaluation des offres ;
- ✓ D'informer l'attributaire de l'acceptation de son offre et d'aviser les concurrents éliminés du rejet de leurs offres, en leur indiquant les motifs de leur éviction ;
- ✓ De traiter tout document ou donnée ayant un lien avec la passation 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 10§2 et 3 de l'arrêté indique que « Le maître d'ouvrage associe, conformément aux conditions d'utilisation du portail des marchés publics, les bi-clés de chiffrement et de déchiffrement des plis électroniques par le président et/ou ses suppléants, à la consultation sur le portail des marchés publics. La responsabilité de gestion des bi-clés de chiffrement et de déchiffrement par les présidents et/ou suppléants incombe au maître d'ouvrage.»

4 – Déroulement de la procédure

La pratique des enchères inversées est encadrée par le décret du 08/03/2023 et l'arrêté n° 1982-21 du 14 décembre 2021, 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 8, 12, 14, 15, 19 et 23 de l'arrêté 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 20 et suivant de l'arrêté du 1692-23, 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 des articles 35 à 38 de l'arrêté 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 qui ne peuvent pas moins à deux concurrents. La commission examine les pièces du dossier administratif et écarte les concurrents qui ne remplissent pas les conditions.

Le maître d'ouvrage avise, à travers le portail des marchés publics, chaque concurrent éliminé, en lui indiquant les motifs de son élimination. 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. En cas de report de la date de la séance d'admission tel que prévu à l'article 33 du présent arrêté, la date initialement prévue pour la tenue de la séance de l'enchère est décalée.

La **deuxième phase** de l'enchère électronique inversée, est caractérisé par un processus qui garanti :

- L'anonymat du concurrent enchérisseur ;
- L'affichage du le nombre des concurrents enchérisseurs;
- L'information des concurrents enchérisseurs instantanément du classement de leurs offres par rapport à la dernière offre moins-disante reçue ;
- Qu'aucune communication ne soit échangée entre le maître d'ouvrage et les concurrents enchérisseurs ou entre les concurrents enchérisseurs ;
- Que les concurrents enchérisseurs peuvent enchérir par voie électronique de manière instantanée et au fur et à mesure du déroulement de l'enchère électronique inversée et de réviser les prix qu'ils proposent à la baisse ;

- Que les offres des concurrents soient classées par ordre croissant.

Les membres de la commission de l'enchère électronique inversée assistent au déroulement de cette deuxième phase. Dans tous les cas, la commission de l'enchère est tenue de ne révéler l'identité d'aucun concurrent enchérisseur.

En vertu de l'article 37 de l'arrêté, l'enchère est **automatiquement close** par le portail à la date et à l'heure de fin fixée dans l'avis.

A la fin de la phase de l'enchère électronique inversée la commission invite le « concurrent enchérisseur » ayant présenté le prix le moins disant à fournir les pièces prévues par l'article 38 de l'arrêté. A la fin de la phase de l'enchère électronique inversée, la commission de l'enchère électronique inversée invite le concurrent ayant présenté l'offre la moins-disante à fournir les pièces prévues par les paragraphes 7 à 11 du II de l'article 43 du décret précité n° 2-22-431. 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.

La déclaration d'infructuosité

Prévu par l'article 39 de l'arrêté, l'interruption de la procédure de l'enchère, est prise par la commission qui déclare l'enchère électronique inversée infructueuse l'hypothèse où :

1. Le déroulement de l'enchère électronique inversée **irrégulière** puisqu'il ne respecte pas les exigences formulées dans le règlement :
 - Si le nombre minimum des concurrents qui doivent s'inscrire pour participer à l'enchère électronique inversée est inférieur au nombre fixé par le règlement de l'enchère électronique inversée ;
 - Si le nombre minimum des concurrents admis à enchérir est inférieur au nombre fixé par le règlement de l'enchère électronique inversée ;
 - Si le nombre minimum des concurrents admis et qui enchérissent est inférieur au nombre fixé par le règlement de l'enchère électronique inversée ;
 - Si aucun concurrent n'a été retenu à l'issue de l'examen des échantillons et/ou prototypes ;
2. Les **offres inacceptables** puisqu'elles ne respectent les conditions et les critères fixes par le règlement:
 - Si aucune des offres n'est jugée acceptable au regard des conditions et des critères fixés par le règlement de l'enchère électronique inversée.

L'annulation de la procédure de l'enchère électronique inversée.

L'article 40 de l'arrêté renvoie à l'article 48 du décret des marchés publics, pour prononcer l'annulation de la procédure de l'enchère électronique inversée. Si l'infructuosité est déclarée par la commission, l'annulation est du ressort de l'autorité compétente « **L'autorité compétente** peut, quel que soit le stade de la procédure et avant la notification de l'approbation du marché, annuler l'appel d'offres. » A cet égard l'annulation est prévue dans deux cas :

1. L'autorité compétente peut, quel que soit le stade de la procédure et **avant la notification de l'approbation** du marché, annuler l'appel d'offres :
 - A. lorsque les données économiques ou techniques des prestations objet de l'appel d'offres ont été fondamentalement modifiées pour des raisons indépendantes de la volonté du maître d'ouvrage ;
 - B. lorsqu'il s'avère qu'il y a des circonstances exceptionnelles qui rendent impossible l'exécution normale du marché ;
 - C. lorsque le montant de l'offre retenue dépasse les crédits budgétaires.

L'annulation de l'appel d'offres pour les motifs prévus ci-dessus ne peut, en aucun cas, justifier le lancement d'une nouvelle procédure avec les mêmes conditions de l'appel d'offres initial, tant que les motifs d'annulation de cet appel d'offres persistent.

2. L'autorité compétente annule, dans les mêmes conditions, l'appel d'offres dans l'un des cas suivants :
 - A. lorsqu'un vice de procédure a été décelé ;
 - B. lorsqu'il s'avère que la réclamation introduite par le concurrent est fondée, sous réserve du respect des dispositions de l'article 163 du présent décret ;
 - C. lorsqu'aucun des concurrents n'a donné son accord pour le maintien de son offre pendant le délai supplémentaire proposé par le maître d'ouvrage conformément aux dispositions du paragraphe c) de l'article 36 du présent décret ;
 - D. lorsque l'approbation du marché n'est pas notifiée à l'attributaire dans le délai prévu à l'article 143 du décret ;
 - E. lorsque l'attributaire refuse de signer le marché ;
 - F. lorsque l'attributaire refuse de recevoir l'approbation du marché qui lui a été notifiée dans le délai de 60 jours à compter de la date d'ouverture des plis ou de la date de signature du marché par l'attributaire dans le cas d'un marché négocié.

L'annulation d'un appel d'offres entraîne une série de mesures à prendre par l'autorité compétente :

- L'annulation ne justifie pas le recours à la procédure négociée ;
- L'annulation implique l'information des concurrents ;
- Motiver par une décision, l'annulation de l'offre.

§3- Achat sur catalogues électroniques

Pour l'acquisition de fournitures, l'article 139, indique, « Pour l'acquisition de fournitures, le maître d'ouvrage peut exiger des concurrents de présenter leurs offres sous la forme de **catalogues électroniques**. » Un catalogue électronique, qui permet la présentation d'offres ou d'un de leurs éléments de manière électronique et sous forme structure. Les catalogues électroniques sont, donc, établis par les concurrents conformément aux spécifications techniques et au format prévus par le maître d'ouvrage.

Ils respectent les exigences applicables aux outils de communication électronique ainsi que toute exigence supplémentaire définie par l'organisme public conformément aux dispositions réglementaires. Ils constituent un format permettant de présenter et d'organiser des informations d'une manière commune à tous les concurrents participants et qui se prête lui-même au traitement électronique. On pourrait citer à titre d'exemple les offres présentées sous la forme d'une feuille de calcul.

Le catalogue électronique est une technique d'achat qui permet de **présenter des offres de manière électronique et sous forme structurée**. Les catalogues électroniques sont établis par les opérateurs économiques qu'ils soient concurrents ou attributaires selon les spécifications techniques et le format prévus par l'acheteur. Les échanges d'informations doivent respecter les exigences applicables aux moyens de communication électronique prévus par la réglementation de la commande publique.

Catalogue et définition des besoins.

Le maître d'ouvrage doit préciser de manière suffisamment complète et compréhensible pour les candidats potentiels les fournitures faisant l'objet du marché et ne pas se contenter de renvoyer globalement aux catalogues des fournisseurs. Concernant les prestations donnant lieu à l'établissement d'un catalogue par les fournisseurs. Le maître d'ouvrage ne doit pas se contenter de renvoyer globalement au catalogue, mais doit, si possible, établir un bordereau de prix comportant les fournitures susceptibles d'être commandées et en indiquer les quantités prévisionnelles, concernant les prestations donnant lieu à l'établissement d'un catalogue par les fournisseurs.

Les spécifications techniques doivent être définies avec précision mais ne pas être « surdimensionnées » afin de ne pas être inutilement coûteuses. Par conséquent, c'est une affaire du maître d'ouvrage. Il lui appartient de définir avec précision la nature et l'étendue de ses besoins. Lorsque le maître d'ouvrage a recueilli les informations nécessaires à la constitution d'une offre, l'acteur économique concerné devrait avoir la possibilité de vérifier que l'offre, qui a donc été ainsi constituée par le maître d'ouvrage, ne comporte pas d'erreurs matérielles.

Si de telles erreurs sont constatées, l'acteur économique ne devrait pas être lié par l'offre constituée par le maître d'ouvrage, à moins que les erreurs ne soient rectifiées.

Présentation sous format électronique

Lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques est requise, le maître d'ouvrage peut exiger que les offres soient présentées sous la forme d'un catalogue électronique ou qu'elles comportent un catalogue électronique. Les offres présentées sous la forme d'un catalogue électronique peuvent être accompagnées d'autres documents qui les complètent.

Ils respectent les exigences applicables aux outils de communication électronique ainsi que toute exigence supplémentaire définie par l'acheteur. Conformément aux exigences prévues par les règles relatives aux moyens de communication électroniques, les maîtres d'ouvrage devraient éviter que les acteurs économiques soient confrontés à des obstacles injustifiés pour accéder aux procédures de passation de marché dans lesquelles les offres doivent être soumises sous la forme de catalogues électroniques et qui garantissent le respect des principes généraux de non-discrimination et d'égalité de traitement

Les modalités de présentation juridique

Les catalogues électroniques sont établis par les concurrents conformément aux conditions et modalités de présentation des offres sur catalogues électroniques qui sont fixées **par arrêté du ministre chargé des finances**, pris après avis de la commission nationale de la commande publique. Les concurrents devraient toujours être tenus d'adapter leurs catalogues généraux en fonction de la procédure spécifique de passation de marché.

Cette adaptation garantit que le catalogue qui est transmis pour répondre à une procédure de passation de marché donnée ne contient que les produits, travaux ou services dont l'acteur économique a jugé, au terme d'un examen approfondi, qu'ils correspondaient aux exigences énoncées par le maître d'ouvrage.

Les avantages de catalogues électroniques

- Les catalogues électroniques contribuent à accroître la concurrence et à rationaliser la commande publique, notamment en termes de gains de temps et d'économies.

L'article 5 et l'obstacle du catalogue

L'article 5 §10 du décret des marchés publics indique que « Sous réserve des composants nécessaires à la maintenance des équipements déjà acquis et inventoriés, les spécifications techniques **ne doivent pas faire mention d'une marque commerciale, ni faire référence à un catalogue** » Sur ce fondement, il leur était traditionnellement **interdit d'inclure, comme pièce contractuelle** d'un marché public, de **faire référence à un catalogue**.

§4-Interopérabilité avec les systèmes tiers

L'interopérabilité est la capacité d'un système à fonctionner spontanément avec d'autres. En d'autres termes, il fonctionne sans que cela ne nécessite d'action particulière. Elle permet l'interconnexion de différents produits et services issus de **système tiers**. C'est un cadre de recommandations référençant des normes et standards qui favorisent l'interopérabilité au sein des systèmes d'information de l'administration. En vertu de l'article 140 du CMP, les informations et les données se rapportant à **certaines pièces des dossiers des concurrents issues des systèmes tiers** peuvent **être consultées, sur le portail des marchés publics**, par la commission d'ouverture des plis. Les conditions et modalités d'application de ces dispositions sont fixées par l'arrêté du ministre chargé des finances 1692- 23 du 23/06//2023. L'article 49 de l'arrêté indique que « Les informations se rapportant à certaines pièces des dossiers des concurrents issues des systèmes tiers peuvent être consultées, sur le portail des marchés publics, par la commission de consultation selon les conditions et modalités prévues par le présent chapitre. »

C'est un processus par lequel plusieurs systèmes deviennent interopérables se fonde bel et bien sur l'unicité d'une norme à respecter mais pas sur l'unicité des produits qui respectent cette norme. Les utilisateurs finaux qui souhaitent partager leurs données, sont fixés par l'article 50 de l'arrêté

- ✓ **La commission de consultation ;**
- ✓ **Les propriétaires des systèmes tiers ;**
- ✓ **Les acteurs du portail des marchés publics.**

Les dispositions règlementaires constituent les objectifs à atteindre pour favoriser l'interopérabilité. Elles permettent aux acteurs (**systèmes tiers** et **le portail des marchés publics**) cherchant à interagir et donc à favoriser l'interopérabilité de leur système d'information, d'aller au-delà de simples arrangements bilatéraux, puisque les pièces des dossiers des concurrents peuvent être consultées par la commission d'ouvertures des plis.

L'article 140§ 1 dispose que « Les informations et les données se rapportant à certaines pièces des dossiers des concurrents issues des systèmes tiers peuvent être consultées, sur le portail des marchés publics, par la commission d'ouverture des plis. » Dans sa démarche qui porte sur le pilotage stratégique de l'interopérabilité l'Etat définit une politique qui porte le pilotage stratégique de l'interopérabilité « technique » et « sémantique » des systèmes d'information relative à la gestion du portail des marchés publics.

L'interopérabilité est le garant de l'échange et du partage d'informations entre deux systèmes ayant la même finalité. Elle permet leur traitement de manière efficiente et pertinente. Le contraire de l'interopérabilité est le système fermé ou propriétaire qui ne permet aucun échange fluide sans travaux de transcodage préalable. L'interopérabilité se divise en :

- **Interopérabilité « technique »** c'est-à-dire **l'interconnexion** entre deux systèmes, s'appuyant sur **l'utilisation d'interfaces définies, de normes et de protocoles partagés** dans le respect des exigences de sécurité et de confidentialité « des informations qui comprennent les données numériques, structurées ou non, collectées à partir des systèmes tiers. »
- **Interopérabilité « sémantique »** est **basée sur des référentiels d'interopérabilité**, permettant à deux systèmes d'utiliser un langage commun (mots et syntaxe) pour produire et exploiter les données de marchés publics échangées. L'article 2 –a de l'arrêté sus mentionné indique que le « **portail des marchés publics** est la plateforme nationale de dématérialisation des procédures de passation des marchés publics dont la gestion est assurée par la Trésorerie générale du Royaume ; » et l'alinéa - g « **Système tiers** : toute plateforme informatique ou tout système d'informations externes au portail des marchés publics intégrant des documents ou des données qui se rapportent aux concurrents participant aux marchés publics .» La vision représente la destination souhaitée, la mission définit le but fondamental de l'entreprise et les objectifs stratégiques sont les étapes concrètes pour réaliser cette mission.

C'est une **vision globale** qui guide la Trésorerie Générale du Royaume vers ses objectifs à long terme. Les **objectifs stratégiques** assignés par les pouvoirs publics sont des concepts

clés à distinguer. La **mise en œuvre de cette stratégie** est une étape où la planification de la concrétisation du processus de la dématérialisation des marchés public et des procédures administrative initié par la loi la loi n° 55.19 du 19 mars 2020.

Pour réussir le défi, l'Etat a décidé qu'il est crucial de bien **structurer l'organisation et d'étaler le processus de la dématérialisation des marchés publics dans le temps et l'application de l'article 60 de l'arrêté est la prevue tangible de la politique du coup par coup.**

C'est sur ces bases sémantique et syntaxique que les ingénieurs de la T.G.R développent des services à valeur ajoutée en retravaillant les données.

La **mission fixée par l'arrêté dans son article 7** prévoit que « La Trésorerie générale du Royaume désignée ci-après par le « gestionnaire du portail », est chargée de :

- ✓ l'hébergement de l'infrastructure technique (matériel et logiciels) du portail ;
- ✓ la maintenance préventive et évolutive dudit portail ;
- ✓ la mise en place du dispositif de création et de gestion des comptes des acteurs et des utilisateurs du portail ;
- ✓ la création et la gestion des comptes utilisateurs des différents acteurs du portail ;
- ✓ la veille sur le respect de l'utilisation du portail ;
- ✓ la sécurité technique et cryptographique du portail ;
- ✓ la gestion des certificats électroniques utilisés par les maîtres d'ouvrages selon les conditions d'utilisation du portail. »

L'objectif visé par le décret est formulé par l'article 50 de **l'arrêté** qui développe les grandes lignes:

- ✓ **Au niveau de la commission de consultation**
- ✓ La consultation des données et des documents provenant des systèmes tiers ;
- ✓ La vérification des informations d'ordre juridique, technique, social et financier des concurrents ;
- ✓ Téléchargement, le cas échéant, les attestations d'ordre administratif, technique, social et financier des concurrents notamment, l'attestation fiscale, l'attestation de sécurité et de prévoyance sociale, le registre de commerce.
- ✓ **Au niveau des propriétaires des systèmes tiers :**
- ✓ L'alimentation le portail des marchés publics en informations et/ou en pièces provenant des systèmes précités
- ✓ De traiter tout document ou donnée ayant un lien avec la passation des marchés publics et ce, dans le cadre de conventions conclues à cet effet.

- ✓ **Au niveau des acteurs du portail des marchés publics :**
- ✓ La consultation et l'utilisation des données et des documents provenant des systèmes tiers sous format électronique.

Section 3

L'appel d'offres

L'appel d'offres a été institué comme procédure réglementaire par l'acte résidentiel du 06/02/1943. L'article 19 encadre, le processus de la passation des marchés publics.

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, national ou international**. 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 19 du décret du 08/03/2023 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 28 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, et un dossier technique. » 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 concurrent 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 global, 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 simplifié : c'est une nouveauté qui vise de consolider et soutenir les petites et moyennes entreprises. L'accès des PME à la commande publique est une priorité et l'un des objectifs assigné par la réforme du décret des marchés publics. Les termes du décret simplifient les modalités de réponse aux marchés publics pour les entreprises, notamment les PME. L'article 19-I-1§2 dispose « *un marchés par appel d'offres ouvert simplifié, lorsque le montant estimé du marché est égal ou inférieur à un million (1.000.000) de dirhams hors taxes* »

L'allégement du processus du déroulement de la procédure a pour objet de cibler les entreprises qui ne peuvent pas participer à des marchés qui dépassent leurs capacités notamment financières :

- **Dossier technique réduit**: Pas d'attestations de référence et pas de plan de charges. A cet égard la Commission nationale de la commande publique a émis l'avis n°56 du 6 février 2024 qui indique que le maître d'ouvrage ne doit pas exiger le certificat de qualification et de classification des entreprises prévu par le décret du 16 juin 1994.
- **Composition de la commission d'appel d'offres restreinte**: Un président, un membre désigné par le MO et un représentant du ministère des finances.
- **Publicité** : Le délai de publicité est fixé à 10 jours au moins avant la date prévue pour la séance d'ouverture des plis.
- **Publication réduite** : au portail et à un journal à diffusion nationale.

Le décret stimule ainsi la concurrence car le nombre potentiel d'offres performantes sera élargi, les entreprises étant souvent freinées par la complexité des procédures. Ce service permet également d'amplifier la dématérialisation des procédures.

3. 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, c'est-à-dire « seuls les concurrents que le maître d'ouvrage a décidé de consulter peuvent remettre des offres », selon les termes de l'article 19-1§1 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 23-II, elle leur adresse dans un deuxième temps une circulaire par lettre recommandée dix (10) 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 20 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 25 000 000,00 DH (HT).

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 49 et 50 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 66 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 66 du C.M.P. qui dispose que le concours peut être organisé dans des domaines bien précis mais variés :

- A. soit sur la conception d'un projet ;
- B. soit à la fois sur la conception d'un projet et la réalisation de l'étude y afférente ;
- C. soit à la fois sur la conception d'un projet, la réalisation de l'étude y afférente et le suivi et le contrôle de sa réalisation ;
- D. soit sur la conception et la réalisation du projet, lorsqu'il s'agit d'un marché de conception-réalisation tel que prévu à l'article 11 du présent décret.

Les prestations qui peuvent faire l'objet de concours concernent, notamment, les domaines de l'aménagement du territoire national, de l'urbanisme ou de l'ingénierie ainsi que les prestations objet de marchés de conception réalisation. 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^{er} du C.M.P. Les marchés publics, par le biais du concours, constituent donc un outil pour l'aménagement du territoire, notamment le développement local, d'où la conception des projets de gestion de l'espace agricole et forestier.

Le deuxième domaine touche le secteur de **l'urbanisme**. C'est une démarche qui vise à concilier l'idée sous-jacente de créer, d'améliorer pour arriver à maîtriser un développement immobilier harmonieux. Il s'agit de créer un document d'urbanisme respectant la réglementation en vigueur et les objectifs définis par les pouvoirs publics, 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 82-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 66, 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 66-3 qui comporte deux phases : la phase d'admission et la phase de sélection.

Toutefois, ce mode de passation préconisé par l'article 66 susvisé ne doit pas être confondu avec le mode de passation des prestations fournies par les architectes dans le cadre de l'article 92 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 66 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 67 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 67, 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.

Il indique, également, les éléments suivants:

- l'énoncé de l'objectif recherché par le concours et l'exposé des aspects principaux à considérer, notamment les aspects techniques, fonctionnels, esthétiques et financiers ;
- une définition des composantes du projet et de sa consistance.

§4- Le déroulement du concours

Le concours se déroule en trois phases.

A : La phase de préparation

Conformément à l'article 66-3, « 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 23 et 50 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 69 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 69-2 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 67-§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 mar-

ché. », c'est-à-dire que ces indemnités seront déduites 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 56 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 76 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 19 et 66 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 73 qui prévoit que « Le jury de concours est constitué dans les conditions visées à l'article 38 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 territoriales. Pour ces organismes, les membres de jury sont désignés dans les conditions prévues à l'article 41 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 73§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 34 et 35 du C.M.P. Ils **se présentent** selon les modalités décrites par les articles 28, 31 et 32 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 56, peut procéder à l'ouverture des plis.

Le président ouvre les plis des concurrents, vérifie l'existence des dossiers prévus à l'article 54 ci-dessus et annonce, à haute voix, les pièces contenues dans chaque dossier et dresse un état des pièces fournies par chaque concurrent. Les plis contiennent surtout :

- 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. La commission écarte :

- a) les concurrents qui ne satisfont pas aux conditions requises prévues à l'article 27 du présent décret ;
- b) les concurrents qui n'ont pas présenté les pièces exigées ;
- c) les concurrents dont les capacités financières et techniques sont jugées insuffisantes au regard des critères figurant au règlement de consultation.

La commission arrête la liste des concurrents admis y compris ceux admis sous réserve de rectification des discordances constatées dans les pièces du dossier administratif.

La séance d'admission fait l'objet d'un procès-verbal dressé, séance tenante, par la commission d'appel d'offres.

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 38-5.

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 82-1 §9 affirme que «Le jury écarte tout projet dont le coût de réalisation excède le budget prévisionnel maximum prévu par le programme de concours pour l'exécution du projet.» 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, seule 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 82-1-§5, 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 des marchés publics 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 89 et 90 du décret du 08/03/2023 entraînent 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 87-3 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 87-1 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 89 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 89 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 défectueux** : pour cette catégorie, l'article 89-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 44 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 48-5, 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 88-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 88-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 (89-II-1), tenant au caractère de monopole des droits d'exclusivité (89-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 ou bien l'article 89-II-4 qui porte sur le cas des prestations effectuées auprès des établissements publics disposant de l'exclusivité en vertu de

la législation et de la réglementation en vigueur. 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 89-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 tenue **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 89-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.

Le décret du 08/03/2023, a ajouté deux cas :

- ✓ Les prestations effectuées auprès des établissements publics disposant de l'exclusivité en vertu de la législation et de la réglementation en vigueur ;
- ✓ Les prestations à réaliser dans le cadre d'une offre spontanée s'appuyant sur une technologie particulière que seul le porteur de l'offre détient ou maîtrise tel que prévu au paragraphe 3 de l'article 13 qui dispose que « Le maître d'ouvrage ne peut recourir à la procédure négociée pour contracter avec le porteur de l'offre spontanée, sauf lorsqu'il s'avère que celle-ci s'appuie sur une technologie particulière que seul le porteur de cette offre spontanée détient ou maîtrise et qu'il n'existe aucune autre alternative pour satisfaire les besoins du maître d'ouvrage. »

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 89-II-9, qui prévoient l'exécution des **travaux supplémen-**

taires imprévus par le même entrepreneur. En effet, tant l'article 55 du C.C.A.G. que l'article 89 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 87-5 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 87 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 90-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 87-5.

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 89 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 87-1 .

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 87-1-§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 87-1, 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 87-1, 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 87. 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 88-6 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 7 indique que la commission engage **t** les négociations avec les concurrents admis, c'est-à-dire que les négociations doivent être abordées 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** telle que définie à l'article 43 du décret, et conformément aux termes de l'article 88-8. 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 19-2 et encadré par l'article 91 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 500 000 dh (TTC), sans que ni la règle réglementaire de passation des marchés publics, ni la règle de la publicité ne soient respectées.

Toutefois, la réglementation a assujéti le recours à cette procédure à trois conditions : le **plafond** de 500 000 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 08/03/2023 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 **n'est plus assortie de la dérogation, selon laquelle l'administration peut bénéficier d'un relèvement du plafond**.

La procédure des bons de commande, 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 assujéti 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'effcience 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. ;
- es 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 08/03/2023 a apporté quelques retouches. 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. Les deux alibis pour justifier le recours aux bons de commande, notamment l'urgence ou la rapidité et le montant faible 200.000 n'existent plus. Pour l'urgence ou la rapidité on trouve une remise en cause de ces deux notions par l'article 91-3 qui prévoit « Les bons de commande déterminent le délai d'exécution ou la date de livraison », ensuite, une enveloppe budgétaire de 500.000 dirhames (TTC) qui est énorme par rapport à la nature de la dépense qui est censée faire face à une dépense expéditive.

Donc, la référence à la publicité, à la concurrence, n'offre qu'une marge de manœuvre étroite pour justifier la préservation ce mode de gestion budgétaire.

Par ses effets juridiques, elle doit se rapprocher à une procédure réglementaire prévue pour un marché. En effet les conditions de procédure sont très encadrées. Un faisceau d'indices permet de dire qu'on est en présence d'une procédure réglementaire pour la passation d'un Marché:

- ✓ Détermination des spécifications et la consistance des prestations à satisfaire ;
- ✓ Les prestations à réaliser doivent faire l'objet d'une concurrence préalable ;
- ✓ La publication d'un avis d'achat sur le portail des marchés publics ;
- ✓ Le devis signé par le concurrent est mis dans un pli fermé et déposé dans les bureaux du maître d'ouvrage ;
- ✓ Les plis déposés sont enregistrés par le maître d'ouvrage dans un registre ;
- ✓ L'examen des devis reçus ;
- ✓ L'attribution au concurrent ayant présenté l'offre la moins-disante,
- ✓ La préférence territoriales

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 91-1 du décret du C.M.P. autorise l'achat par bon de commande, l'article 19- IV 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**. 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 91 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 91 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 91-4, 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.

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 territoriale, 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 d'un marché, 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, ne mentionne guère le nombre des postulants de trois concurrents qui était prévu par l'ancien décret. A cela s'ajoute les dispositions de l'article 91-4§2 qui indique que « Lorsque **la concurrence n'est pas possible** ou qu'elle est incompatible avec la nature des prestations, le maître d'ouvrage ou la personne habilitée doit établir **un certificat administratif** justifiant cette impossibilité ou cette incompatibilité. » C'est une situation anticoncurrentielle, ce qui laisse penser que cet article n'interdit nullement la négociation, puisque la marge de manoeuvre restant toutefois limitée.

Cependant, la procédure de négociation exige un minimum de participants. L'article 89-6§2 indique clairement que «Le nombre de concurrents admis à négocier ne peut être inférieur à trois, sauf si le nombre des concurrents admis est inférieur à trois. » Ce n'est pas le cas pour les achats sur bon de commande.

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 la procédure de la concurrence. La procédure prévue par l'article 89 relatif aux marchés négociés est plus transparente et claire que l'article 91 relatif aux bons de commande.

§2- Personnes habilitées

Le seuil de 500 000 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 91-1-§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 91-2 § 3, impliquent que « Pour les départements en charge de la défense nationale ou de la sécurité

publique, cette limite s'apprécie, également, par personne habilitée désignée par arrêté du Chef du gouvernement, pris sur proposition du ministre concerné, après visa 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 500 000 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.

§3- Nature des prestations

Les alinéas 2 et 4 de l'article 91 prévoient que la limite de deux cent mille dirhams (500 000 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. » C'est une liste longue et détaillée, mais nullement exhaustif une liste non exhaustive, on ne retrouve pas tous les cas. 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 plusieurs 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 500 000 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 500 000 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 500 000 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 500 000 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 91 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 500 000 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 90 du décret.

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 500 000 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 500 000 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 91-3 affirme que « Les bons de commande déterminent 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 l'attitude de la jurisprudence pour ce qui concerne le ***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. » Cependant, la cour d'appel de Fès, dans un jugement n°400 du 24/05/2000 a déclaré que les bons de commande relèvent des tribunaux administratif et non judiciaire, La Cour Suprême dans un arrêt n°357 du 09/03/2000 a considéré que les bon de commande sont des contrats administratifs. Toutefois, force est de constater que des tribunaux judiciaires ont continué à se prononcer au sujet des bons de commande et de statuer malgré la position de la Cour Suprême.

Ainsi dans l'affaire qui a opposé Ahmed Nachite à la commune Elfokara, par un jugement n° 191/06 du 10/07/2006, tribunal du première instanced Khouribga, ainsi que le jugement 108/06 du 17/04/2006, dans l'affaire qui a opposé la Siciété Achaouia à la commune El foukaraa. Donc, on constate que la position de la jurisprudence est figée et ne permet pas de pallier à l'éventuel manqué de rigueur règlementaire.

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.

1. 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 23-2 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. Parallèlement, il ya la possibilité et non l'obligation, que l'avis d'appel d'offres ouvert **peut être** porté à la connaissance des concurrents potentiels et, le cas échéant, des organismes professionnels, par insertion dans des publications spécialisées ou par tout autre moyen de publicité.

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 88-1 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 18 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 ».

2. 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 21 du C.M.P. du 08/03/2023 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 23-2 §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 parution de l'avis dans le dernier support de publication.

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 **75.550.000 millions de dirhams** hors taxes passé pour le compte de l'État, les collectivités territoriales ainsi que les établissements publics, et **1 964.300 Dh HT** pour les marchés de **fournitures et de services** passés pour le compte de **l'État** et **5.364 .050 Dh HT** pour le compte des **collectivités territoriales**. Pour les marchés de **fournitures et de services** passés pour le compte des établissements publics ou des autres personnes morales de droit public visés à l'article 2 du présent décret dont le montant estimé est égal ou supérieur à huit millions sept cent mille **(8.700.000)** dirhams hors taxes. Lorsque la procédure choisie est la **procédure négociée** avec publicité et mise en concurrence, l'article 88-3 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**, conformément à l'article 89-1-§2. Pour les **marchés allots**, 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 22-7§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**.

Ces modifications peuvent intervenir à tout moment à l'intérieur du délai initial de publicité et au plus tard sept jours avant la date de la séance d'ouverture des plis. 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 25 §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. Cette demande n'est recevable que si elle parvient au maître d'ouvrage au moins sept jours avant la date prévue pour la séance d'ouverture des plis. », 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 20 du décret :

- A. l'appel à la concurrence ;
- B. l'ouverture des plis en séance publique ;
- C. l'examen des offres par une commission d'appel d'offres ;
- D. le choix par la commission d'appel d'offres de l'offre économiquement la plus avantageuse à proposer au maître d'ouvrage ;
- E. l'obligation pour le maître d'ouvrage qui procède à l'appel d'offres de communiquer aux membres de la commission d'appel d'offres le montant de l'estimation du coût des prestations conformément aux dispositions de l'article 39 du présent décret.

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 23-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, dix (10 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 22-8 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 89-4 qui mentionne « Les prestations à réaliser en cas d'extrême urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le maître d'ouvrage et n'étant pas de son fait et dont l'exécution n'est pas compatible avec les délais exigés pour une publicité préalable et une mise en concurrence. » 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 22 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 27 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).

1. Les capacités administrative des candidats :

- La ou les pièces justifiant les pouvoirs conférés à la personne agissant au nom du concurrent ;
- La déclaration sur l'honneur ;
- L'original du récépissé du cautionnement provisoire ou l'attestation de la caution personnelle et solidaire ;
- La convention constitutive du groupement ;

- Pour l'attributaire :
 - Une attestation ou sa copie certifiée conforme à l'original délivrée depuis moins d'un an par le percepteur ;
 - Une attestation ou sa copie certifiée conforme à l'original délivré depuis moins d'un an par la CNSS ;
 - Une copie du certificat d'immatriculation au registre de commerce ;
 - Des copies certifiées conformes à l'original des attestations ou autorisations requises pour l'exécution des prestations objet du marché ;
 - La nationalité de l'entreprise et de ses dirigeants pour les marchés de la défense nationale ;
 - A défaut de délivrance de ces documents par les administrations ou les organismes compétents, ils sont remplacés par une attestation délivrée par une autorité judiciaire ou administrative du pays d'origine ou de provenance certifiant que les documents précités ne sont pas produits.
- 2. Les capacités techniques des candidats** : L'article 28 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. »

En effet, Le maître d’ouvrage ne doit, en aucun cas, exiger des attestations de référence disproportionnées par rapport à la nature, à la consistance des prestations et au montant du marché. Dans le cas où le certificat n’est pas exigé, l’article 28-B indique que le candidat doit fournir une **note explicative** qui fait ressortir les moyens humains et techniques du soumissionnaire, les prestations qu’il a déjà réalisées, c’est-à-dire le lieu, la date, la nature et l’importance de cette prestation, et une attestation dûment signée par les maîtres d’ouvrages publics ou privés ou les architectes qui ont supervisé l’exécution des prestations.

Cependant, rien n’empêche le maître d’ouvrage d’exiger des niveaux minimaux de capacité liés à l’objet et à la nature de la prestation. Il s’agit en fait d’une possibilité et non d’une obligation pour la fixation du seuil de la capacité minimale exigée, dans la mesure où l’opération qui doit être menée sous la responsabilité du maître d’ouvrage exige au moins ce minimum. Toutefois une question persiste : faut-il ou non inclure ces niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières dans l’avis d’appel à la concurrence ? La jurisprudence en France, notamment les tribunaux administratifs, a statué tantôt pour la publication, tantôt pour la non publication. Le Conseil d’État s’est prononcé en mettant fin à cette divergence d’interprétation et a jugé que « Le pouvoir adjudicateur n’est pas tenu de préciser dans l’appel à la concurrence des niveaux minimaux de capacité professionnelle, technique et financière exigés des candidats. » (CE, 08/08/ 2008, Région de Bourgogne ; Commune de Nanterre, Centre hospitalier Edmond-Garcin).

Cette position pour le moins discutable peut être retenue tout en ayant recours soit à l’article 25 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 21 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. Mais aussi la déclaration du plan de charge du concurrent prévu à l’article 4 du décret, lorsque le règlement de consultation le prévoit.

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.

Pour les prestations de restauration des ouvrages traditionnels, historiques et anciens, les attestations de référence citées ci-dessus doivent contenir la mention que les travaux exécutés ont porté sur des immeubles classés conformément aux dispositions de la loi n° 22-80 relative à la conservation des monuments historiques et des sites, des inscriptions, des objets d'art et d'antiquité, telle que modifiée et complétée.

Lorsque le concurrent est une coopérative, il doit fournir :

- au moment de la présentation de l'offre, outre le dossier technique, le cas échéant, et en plus des pièces prévues à l'alinéa 1) du I-A de l'article 28 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 28 ci-dessus, l'attestation d'imposition au registre local des **auto-entrepreneurs**.

3. Les capacités financières des candidats : l'article 27 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).

En effet, 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 **coo-**

pératives) 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 28-2-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 27, « 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.

Aussi, En matière d'impartialité de la procédure d'un marché public et la participation d'un candidat à l'élaboration du marché public, l'article 27 exclu :

- ✓ Les personnes en liquidation judiciaire ;
- ✓ Les personnes ayant fait l'objet d'une décision d'exclusion temporaire ou définitive prise conformément aux dispositions de l'article 152 du présent décret ;
- ✓ Les personnes prévues à l'article (68-région) (66 préfecture) et (65-communes des lois organiques du 15/07/2015 relatives aux collectivités territoriales qui disposent qu'il interdit à tout membre d'un conseil délibérant de conclure avec eux des actes ou des contrats de location, ou de passer un marché public.;

Ceci étant, le concurrent ayant présenté l'offre la plus avantageuse à un marché public est invité par la commission à compléter son dossier par l'attestation fiscale s'il ne l'a pas déjà fait. Elle lui fixe à cet effet un délai qui ne peut être inférieur à sept (07) jours à compter de la date de la séance d'évaluation des offres, faute de quoi le soumissionnaire, dans le cas où il ne remplit pas ses obligations fiscales, est exclu de soumissionner à un marché public.

Toutefois, les entreprises nouvellement créées se trouvent face à une difficulté pour la délivrance par les comptable d'une attestation de non imposition au lieu d'une attestation fiscale, ce qui pousse la commission à écarter, à tort d'ailleurs, leur candidature. L'attestation fiscale permet au soumissionnaire de justifier de la régularité de sa situation fiscale, c'est-à-dire qu'il a payé ses impôts et qu'il n'est plus débiteur vis-à-vis de l'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.

4. 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 29-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 Prescription spéciales, en vue de présenter des propositions financières plus intéressantes ou des propositions techniques plus performantes que celles qui pourraient résulter des seules offres de base ou celles fixées dans le Cahier des Prescriptions spéciales. Les variantes peuvent modifier la solution technique de base, porter sur la durée d'exécution, présenter un intérêt purement financier ou avoir un impact social ou environnemental. A cet effet, le maître d'ouvrage peut prévoir, dans le règlement de consultation, la présentation d'offres variantes.

Le régime de l'offre comportant des variantes est défini par l'article 33 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, offre financière et technique...) avec la mention « variante ». Les pièces du dossier administratif visées à l'alinéa 1 du A du I) et à l'alinéa 1 du II) de l'article 28 du décret et le dossier technique sont valables aussi bien pour la solution de base que pour les offres variantes.

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

Sous réserve des dispositions de l'article 135 relatives au dépôt et au retrait des plis par voie électronique, l'article 34 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;
- 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 39-40 et 41 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 134 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 34 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 40 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 38 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 165 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 38 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). La commission d'appel d'offres est présidée par le maître d'ouvrage. En cas d'absence ou d'empêchement du maître d'ouvrage, la commission est présidée par l'une des personnes désignées par lui à l'effet de le suppléer.

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. 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.

Cependant il faut souligner que, quand le montant estimé est égal ou supérieur à 50 000 000 DH (H.T), le maître d'ouvrage doit convoquer un représentant du Ministère chargé des Finances. La lecture de l'article 38 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. Aussi, et à partir du moment où l'article 38-1 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 39-2-§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.

En cas d'absence d'un ou de plusieurs membres dont la présence est obligatoire ***lors de la nouvelle séance, cette séance se tient valableme.***

Pour les marchés passés par les **établissements publics** et les autres personnes morales de droit public visés à l'article 2 du décret, la commission est composée, outre le président, des membres ci-après dont la présence est obligatoire :

- deux représentants de l'établissement public ou de la personne morale de droit public dont relève le maître d'ouvrage, dont l'un au moins relève du service concerné par la prestation objet du marché, désignés par le maître d'ouvrage ;
- le représentant du ministre chargé des finances, conformément à la législation relative au contrôle financier de l'Etat applicable à l'établissement public concerné ;
- le représentant du ministre chargé des finances ou le représentant de la Trésorerie Générale du Royaume, selon le cas, pour la personne morale de droit public ;
- le responsable des achats ou son représentant, le cas échéant ;
- le responsable financier ou son représentant le cas échéant.

La commission comprend, également tout membre dont la présence est requise en vertu de la législation et de la réglementation régissant l'établissement public ou la personne morale de droit public concerné.

Pour les marchés des **collectivités territoriales**, la commission d'appel d'offres est composée, outre le président, des membres ci-après dont la présence est obligatoire :

A. Pour les régions et leurs groupements :

- le directeur général des services ou le directeur des services, selon le cas, ou son représentant ;
- le chef du service des marchés ou son représentant ;
- le chef du service concerné par la prestation objet du marché ou son représentant ;
- le comptable public assignataire ou son représentant.

B. Pour les préfetures ou provinces et leurs groupements :

- le directeur général des services ou le directeur des services, selon le cas, ou son représentant ;
- le chef du service des marchés ou son représentant ;
- le chef du service concerné par la prestation objet du marché ou son représentant ;
- le comptable public assignataire ou son représentant.

C. Pour les communes et les établissements de coopération intercommunale :

- le directeur général des services ou le directeur des services, selon le cas, ou son représentant ;
- le chef du service des marchés ou son représentant ;
- le chef du service concerné par la prestation objet du marché ou son représentant ;
- le comptable public assignataire ou son représentant.

La composition de la commission d'appel d'offres prévue à l'alinéa 4 du présent article peut être modifiée par arrêté du ministre chargé de l'intérieur.

La commission peut faire appel, à titre consultatif, à toute personne, expert ou technicien, dont elle juge utile la participation à ses travaux ou instituer une sous-commission.

Lorsque la commission d'appel d'offres décide de consulter un expert ou un technicien, le président de la commission demande au maître d'ouvrage de convoquer l'expert et/ou le technicien concerné pour participer aux travaux de la commission ou de la sous-commission.

2- Le fonctionnement de la commission

Aux termes de l'article 38-6 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.

Toute en tenant compte de la disposition de l'article 39-3§ 2 relatif à la tenue d'une nouvelle séance en cas de report, 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 39-1§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. En effet, Le président annonce le lieu, la date et l'heure de la reprise de la séance publique. Après l'accomplissement de ces formalités, la séance publique prend fin, le public et les concurrents se retirent de la salle.

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 39-1 indique que la réunion se tient le jour ouvrable suivant à la même heure. Ensuite 22-7 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 prévues par l'article 23-I-1-e du décret. Enfin, le report peut être déclenché à l'initiative du concurrent, et ce en vertu de l'article 22-8 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 39-7 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 22 et l'article 30 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'écartier les concurrents qui ne remplissent pas les conditions prévues par le décret et d'arrêter la liste des candidats admis.

Conformément à l'article 6 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 39-4 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 6 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 161 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 21, 30 et 37 ou qui n'ont pas les capacités techniques et financières requises selon le règlement de la consultation prévu par l'article 21 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 27. 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 6 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 nationale de la commande publique 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 39§2 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 nationale de la commande publique 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 40-4 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 43 du C.M.P., soit par le C.P.S., soit par le règlement de la consultation prévue par l'article 21 qui constitue une référence principale.

Aussi faut-il entendre par l'offre la plus avantageuse, l'offre ayant obtenu la meilleure note technico-financière dans les conditions prévues à l'article 144 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 avantageuse, 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 21, Les critères d'admissibilité des concurrents peuvent être assortis de coefficients de pondération » ; selon l'article 69-3, «Le maître d'ouvrage doit exiger, dans le règlement du concours, l'obtention des concurrents d'une note technique minimale globale de l'ensemble des critères pour l'admission et, éventuellement, une note minimale d'admission par critère.» Certes l'article 21 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 dans les cas suivants, comme le prévoit l'article 86 et 48 du C.M.P :

«a) lorsque les données économiques ou techniques des prestations objet de l'appel d'offres ont été fondamentalement modifiées pour des raisons indépendantes de la volonté du maître d'ouvrage ;

b) lorsqu'il s'avère qu'il y a des circonstances exceptionnelles qui rendent impossible l'exécution normale du marché ;

c) lorsque le montant de l'offre retenue dépasse les crédits budgétaires alloués.»

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 58 au 63 du décret du 08/03/2023.

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 de l'ancien décret du 08/03/2023 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. Pour les marchés **dialogue compétitif**, « Cette commission procède, ensuite, à l'évaluation et au classement des offres financières présentées par les candidats et propose au maître d'ouvrage de retenir l'offre **la moins disante**.» et portant 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.

En suite , il y a **les bons decommande**, l'article 91-7§2 du CMP indique que, le maître d'ouvrage attribue le bon de commande au concurrent ayant présenté l'offre la moins-disante, après confirmation, le cas échéant, des rectifications des erreurs de calcul.

§3- L'appel d'offres infructueux

En vertu de l'article 45 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 ne pas donner suite à l'appel d'offres, soit de recourir à la procédure du marché négocié telle qu'elle est décrite dans l'article 89-1 qui prévoit que « Il peut être passé un marché négocié dans l'un des cas précis : « Les prestations qui ont fait l'objet d'une procédure d'appel d'offres déclarée infructueuse dans les conditions prévues aux articles 45 et 65 du décret. » L'article fait référence à des cas bien précis notamment quand le concours est annulé . L'article, 83 prévoit que «Le jury déclare le concours infructueux dans l'un des cas prévus par cet article et dans l'article 89. En effet la déclaration de l'appel d'offres infructueux pour le motif prévu à l'alinéa (a) de l'artcle 48 ne peut justifier le recours à la procédure négociée que, lorsque cet appel d'offres a été déclaré infructueux après avoir été lancée une deuxième fois. Le motif qui fait obstacle au recours à la procédure négociée, c'est quand le motif prévu est qu'aucune offre n'a été présentée ou déposée. Pour le reste la procédure négocié peut être activé

Trois hypothèses ont été énumérées par l'article 45 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 89-1 « . Les prestations qui ont fait l'objet d'une procédure d'appel d'offres déclarée infructueuse dans les conditions prévues aux articles 45 et 65 du décret. »

La deuxième hypothèse porte sur **les offres déposées mais inappropriées** : la notion d'offre inappropriée regroupe deux cas prévu par l'article 45- 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 45 -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 45, « 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 45-f 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 47 *in fine* ou 82 *in fine* 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 47 du C.M.P., la décision de l'acceptation de l'offre est notifiée par le maître d'ouvrage à l'attributaire retenu par tous les moyens de communication « Le maître d'ouvrage informe, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen donnant date certaine, l'attributaire de l'acceptation de son offre dans **un délai n'excédant pas le troisième jour suivant la date d'achèvement des travaux de la commission d'appel d'offres** ». 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 47 a utilisé le terme **attributaire**, 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 l'attributaire. Ce dernier reste cependant lié par son offre jusqu'à l'approbation préalable du contrat ou à l'expiration du délai prévu par l'article 143 du décret du 08/03/2023. L'approbation du marché doit être notifiée à l'attributaire dans un délai maximum de soixante jours à compter de la date d'ouverture des plis ou de la date de signature du marché par l'attributaire dans le cas d'un marché négocié. L'article 46§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 48, 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. L'article 48-1 et 6 indique que « . L'autorité compétente peut, quel que soit le stade de la procédure et avant la notification de l'approbation du marché, annuler l'appel d'offres. En cas d'annulation d'un appel d'offres dans les conditions prévues ci-dessus, les concurrents ou l'attributaire du marché ne peuvent prétendre à indemnité. »

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 48-6 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 comparai-son 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 45 et que la présentation d'une offre unique ne fait pas partie de ces cas énumérés, ce qui implique que cette offre ne pourra pas être pas rejetée, en conséquence de quoi elle doit être retenue.

Il semble donc qu'il soit difficile, d'une part de rejeter cette offre et de la déclarer infructueuse, dans la mesure où le motif à invoquer ne peut en aucun cas s'appuyer sur les dispositions de l'article 45 du C.M.P., et d'autre part de l'annuler sur la base de l'article 48 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 premier du décret 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

Par le biais de l'article 148 du décret, 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 142§1 du C.M.P. Toutefois, si les marchés passés par **l'Etat et les collectivités territoriales** ne sont valables et définitifs qu'après leur **approbation par l'autorité compétente**, les marchés passés par **les établissements publics** ne sont valables et définitifs qu'après leur **approbation par l'autorité compétente et leur visa par le contrôleur d'Etat lorsque ce visa est requis**. 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 et il n'est pas opposable aux tiers.

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 16-3§2, «Le cahier des prescriptions. » et par le concurrent ou son mandataire en vertu de l'article 32-2-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 36§1, **le concurrent est engagé** fermement pendant un délai de soixante (60) jours . un dé-

lai de soixante jours qui commence à courir, selon le cas, à compter de la date de la séance d'ouverture des plis ou de la date de signature du marché par l'attributaire dans le cas d'un marché négocié.

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 16-B-p 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 142§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 l'autorité compétente comme étant « l'ordonnateur ou la personne déléguée par lui **pour approuver** le marché ou toute autre personne habilitée à cet effet par un texte législatif ou réglementaire. » Il en découle que la délégation dont il s'agit est une délégation de signature spéciale et éventuellement sélective qui porte sur un acte déterminé, à savoir celui d'approuver le marché. Dans le cas de la désignation d'une personne déléguée, il s'agit d'une délégation de signature qui doit intervenir dans le cadre de l'article 1^{er} du dahir n°1.57.068 et du dahir du 10/04/1957 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 8/03/2023 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 142§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 143§1, la notification de l'approbation du marché à l'attributaire doit intervenir dans un délai maximum de soixante (60) 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 4-21 « Titulaire : attributaire auquel l'approbation du marché a été notifiée. »

Cependant, dans l'éventualité d'une prorogation du délai de la validité des offres, le délai de notification de l'approbation « est prorogé d'une période supplémentaire qui ne peut dépasser la période de prorogation de validité des offres fixée par le maître d'ouvrage et acceptée par les concurrents ». Aussi, le maître d'ouvrage peut demander par lettre recommandée avant l'expiration du délai de soixante (60) 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 142 § 5 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 83 du C.C.A.G-T. Il s'agit d'une période d'attente, qu'on qualifie en anglais de **standstill (inability to proceed)**. Le délai de

standstill ou délai de suspension, est un délai suspensif entre la communication de la décision d'attribution du marché et la signature de ce dernier.

Ce délai est une obligation légale pour les autorités compétentes et est conçu pour garantir l'équité et la transparence dans les procédures d'attribution de marché. Pendant cette période, l'autorité compétente ne peut pas Approuver le contrat. 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 163 du décret qui porte sur les **réclamations des concurrents et la suspension de la procédure**.

Le contenu du paragraphe 1 de l'article 142 et de l'article 163 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 163-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 163-IV, 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 « lorsqu'il s'avère que cette réclamation est fondée et que le concurrent risque de subir un dommage si la procédure n'est pas suspendue », ce qui laisse une latitude au maître d'ouvrage.

La connaissance et la compréhension du délai de standstill est essentielle pour les concurrents qui souhaitent soumissionner pour des marchés publics. Il est important de connaître les délais de suspension et les règles de notification pour éviter tout retard ou toute contestation. Les autorités compétentes doivent également respecter les délais de standstill pour éviter toute contestation juridique. En fin de compte, le délai de standstill est un élément clé de la réglementation des marchés publics et doit être pris en compte dans toutes les procédures d'attribution de marché. 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 stands till 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 douze (12) jours** et non de quinze (15) jours pour entamer les démarches du recours administratif. En effet, l'article 47 du décret accorde **au maître d'ouvrage trois (03) 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 trois (03) 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 (03) jours du délai de quinze (15) jours prévu pour entamer éventuellement les recours.

Ainsi, dès que le délai de standstill commence à courir à partir de **la date d'achèvement des travaux de la commission** et que le maître d'ouvrage dispose de trois(03) 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 trois (03) 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 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^{er} 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 2024 (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 10 jours		
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 ^{er} mai 2020	Vendredi 1 ^{er} 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.

Exemple pour un délai d'un an à partir de 2019		
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 43-4 dispose que La commission poursuit ses travaux et procède au classement des offres des concurrents retenus, au regard du prix de référence ainsi déterminé, en vue de proposer au maître d'ouvrage l'offre économiquement la plus avantageuse. L'article 47 *in fine* 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 48 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 47-§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 trois (03) 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 156 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 142§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 fonction-

naire 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 08/03/2023 dispose dans son article 16-B 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 36-a 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 29 et 32 du décret du 08/03/2023 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 29§1 et 32 du C.M.P., exigent que les documents fournis par l'entrepreneur contiennent des renseignements portant sur les adresses des concurrents. Cette adresse peut être celle qui est indiquée dans la déclaration sur l'honneur contenue dans le dossier administratif prévu par l'article 29 du CMP, qui doit correspondre à ***l'adresse du siège social***, ou celle qui figure dans le dossier administratif, prescrite par l'article 32 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 29 et 32 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 du

CCAG-Tsusvisé 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^e 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.

Ce ci peut signifie que le titulaire du marché jouit des droits qui lui permettre 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 du CCAG-T, 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 service « 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 151-§10 du décret du 08/03/2023 relatif aux marchés publics dispose que le titulaire demeure personnellement responsable de toutes les obligations résultant du marché envers le maître d'ouvrage «Le titulaire demeure **personnellement responsable** de toutes les obligations résultant du marché **à l'égard du maître d'ouvrage, des salariés et des tiers.** » 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 dans le CCAG Travaux

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. *Il s'agit d'un ensemble intégré de techniques, qui assurent, l'approvisionnement dans les temps des biens et des services dont une entreprise a besoin pour fonctionner efficacement afin de commencer les travaux.* Les approvisionnements désignent les matériaux, produits ou composants de construction constitués par le titulaire pour l'exécution des travaux objet du marché et dont la date de commande est postérieure à la notification du marché. En application de l'article 64-4 du CCAG-T, lorsque le cahier des prescriptions spéciales prévoit la présentation d'un bordereau des prix des approvisionnements, il est délivré des acomptes sur les prix des matériaux approvisionnés sur les chantiers jusqu'à concurrence des quatre cinquième (4/5) de leur valeur. les approvisionnements:

- doivent faire partie intégrante des travaux à exécuter;
- doivent avoir un prix inférieur au montant correspondant après leur mise en œuvre;
- ne doivent pas dépasser les quantités nécessaires à la réalisation des ouvrages prévus au marché initial, modifié ou complété éventuellement par les avenants intervenus et ou par les augmentations dans la masse des travaux.

Cela signifie que le titulaire est responsable de leur bonne garde, quel que soit le lieu de stockage, et prend les mesures adéquates pour s'assurer qu'ils ne seront pas endommagés, ni affectés à un autre usage. A défaut, il s'engage à constituer de nouveaux approvisionnements équivalents à ses frais et risques. Le nouveau C.C.A.G travaux précise d'avantage le régime lié au versement d'acompte et le détail des décomptes mensuels au sujet des travaux d'approvisionnement. Lorsque le cahier des prescriptions spéciales prévoit la présentation d'un bordereau des prix des approvisionnements, il est délivré des acomptes sur les prix des matériaux

approvisionnés sur les chantiers jusqu'à concurrence des quatre cinquième (4/5) de leur valeur. Le montant correspondant aux approvisionnements s'obtient en appliquant aux quantités à prendre en compte, les prix relatifs aux matériaux ou produits à mettre en œuvre dans les travaux qui figurent au bordereau des prix des approvisionnements inséré dans le marché. Sauf stipulation contraire du cahier des prescriptions spéciales, les approvisionnements ayant donné lieu à paiement d'acomptes demeurent la propriété de l'entrepreneur, mais celui-ci ne peut les enlever du chantier sans avoir, au préalable, obtenu l'autorisation du maître d'ouvrage et remboursé les acomptes perçus à leur sujet.

§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'ester 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'attâchement est une constatation effectuée contradictoirement entre l'agent chargé par le maître d'ouvrage de la surveillance des travaux et l'entrepreneur. Les attâchements 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 attâchements 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 attâchements 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 attâchements. 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 attâchements contestée (réclamation).

Les attâchements avec les rectifications du maître d'ouvrage sont remis à l'entrepreneur qui doit alors, dans un délai de quinze (15) jours, renvoyer les attâchements 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 attâchements **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 attâchements 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 attâchements tels que validés par le maître d'ouvrage.

B : La portée de l'attâchement

Pour l'administration, l'attâchement 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 attâchements soient mis en conformité avec les stipulations contractuelles. Une fois cette conformité acquise, les attâchements sont acceptés par le maître d'ouvrage et pris en compte dans les décomptes.

Pour l'entrepreneur, l'acceptation des attâchements 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 attâchements.

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 susceptibles 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-T, 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-T, 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. À 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.

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

Proverbe chinois

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 liqui-

dités 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 ordonnés 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. La nouveauté introduite par le décret du 08/03/2023 et l'arrêté du ministre des finances relatif à la dématérialisation des procédures n° 1692-23 23 juin 2023, notamment dans l'article 46 et suivants qui portent sur les conditions et les modalités de **dématérialisation du nantissement des marchés publics**. A cet effet et conformément à l'article 46§2 « Le nantissement du marché public s'effectue par voie électronique selon les conditions d'utilisation du portail des marchés publics. » les articles sus mentionnés fait ressortir :

- ✓ Le profil des acteurs du nantissement (le maître d'ouvrage, le titulaire du marché, le bénéficiaire du nantissement, le comptable assignataire);
- ✓ Les échanges dématérialisés (l'exemplaire unique du marché, copie de l'acte de nantissement, copie de l'acte de cession, etc.) ;
- ✓ La signature électronique des actes relatifs au 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 4-14 du décret du 08/03/2023. 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.

L'arrêté du ministre des finances relatif à la dématérialisation des procédures n° 1692-23 23 juin 2023, cristaise dans son article 46-a, cette procédure dématérialisée « le portail des marchés publics permet **au maître d'ouvrage**, de remettre au titulaire une copie du marché portant la mention « exemplaire unique » dûment signée et indiquant que ladite copie est délivrée en unique exemplaire destiné à former titre pour le nantissement du marché." Les documents qui engagent les différents intervenants seront obligatoirement signés conformément à l'article 6 et 47 de l'arrêté n° 1692-23 23 juin 2023.

Il s'agit en fait d'une **copie certifiée conforme**, revêtu 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. Les articles 97 du décret 449.17.2 du 23 novembre 2017, relatif à la comptabilité des collectivités territoriales, encadre la procédure du nantissement.

En vertu de l'article 46-b de l'arrêté n° 1692-23 23 juin 2023, par l'intermédiaire du portail, « le bénéficiaire du nantissement transmet au comptable assignataire ou à la personne chargée du paiement, désigné dans le marché, l'exemplaire unique du marché et l'original de l'acte de 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 7, alinéa 6 du décret du 8/03/2023 relatif aux marchés publics, l'engagement comptable du marché porte chaque année sur le montant maximum. Cependant cet article clarifie la situation puisqu'il indique, que l'engagement peut porter seulement sur le besoin à satisfaire, pour une année « Toutefois, pour la première année, cet engagement peut, le cas échéant, porter sur le montant correspondant aux besoins à satisfaire ou au prorata de la période considérée, et ce dans la limite des crédits de paiement disponibles au titre de l'année budgétaire en cours ». 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 7-6 cité, 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 9§3 du CMP, 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 9 du CMP, 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 autre moyen permettant de donner date certaine. » L'existence de l'inexécution contractuelle est le fait générateur qui déclenche **la responsabilité contractuelle du maître d'ouvrage, c'est-à-dire l'inexécution de l'obligation.**

Dans ce cas d'espèce, on ne parle pas nécessairement de faute qu'il faut prouver, mais seulement d'absence de résultat. Il y a un lien de causalité entre le fait générateur et le dommage. Pour éviter toute responsabilité, le maître d'ouvrage est dans l'obligation, dès qu'il est requis par le titulaire du marché, et surtout par le bénéficiaire du nantissement, de communiquer les documents susmentionnés et d'informer de facto le bénéficiaire du nantissement « de tout acte ou incident susceptible de compromettre la réalisation du marché nanti à son profit et d'affecter la garantie résultant du nantissement, notamment en cas de contentieux, de résiliation du marché, de décès du titulaire du marché, de pénalités de retard ou tout autre prélèvement susceptible de réduire la créance du bénéficiaire du nantissement. » Cependant, la responsabilité qu'il incombe au maître d'ouvrage d'informer et de communiquer les documents se limite à ce qui est prévu par la loi 112-13 du 19/02/2015 et elle ne dépasse pas ce qui a été prévu par ladite loi.

II- L'exécution du nantissement et ses effets

Le nantissement d'un marché public engendre par la force des choses des droits et des obligations réciproques entre les différents intervenants dans l'opération du nantissement. L'objectif est de sécuriser le processus d'exécution du nantissement, notamment le remboursement du crédit accordé par un établissement bancaire à une entreprise titulaire d'un marché public.

1. Notification et paiement du nantissement

L'article 3§3 de la loi 112-13 dispose que chaque marché doit indiquer obligatoirement le comptable assignataire auprès duquel les crédits sont assignés. À cet effet, l'article 5 de la loi susvisée spécifie que les nantissements et les subrogations doivent être faits, à peine de nullité, entre les mains du comptable assignataire défini en tant que tel par l'article 2 de la loi 112-13, c'est-à-dire le comptable chargé du règlement des factures et des décomptes et habilité à apposer la mention « vu, bon à payer ou à virer ». Ceci implique que la notification du nantissement par erreur de destinataire est inopposable lorsqu'elle est adressée à une autre personne que le comptable assignataire.

La banque transmet le bordereau du nantissement au comptable. Ce dernier l'examine et procède aux contrôles d'usage prévus par l'article 42 du décret royal du 21/04/1967 portant règlement général de comptabilité publique, notamment la régularité de l'acte de nantissement ; le cas échéant, il formule ses observations et rejette l'acte de nantissement. En cas d'acceptation de la notification du nantissement, le comptable mentionne si des prestations ont été déjà réglées, si le marché a été soldé ou si aucun paiement n'a été effectué. L'établissement de crédit peut requérir du comptable un état détaillé des significations reçues selon les termes de l'article 43 du décret du 21/04/1967 susmentionné : « Le comptable assignataire est tenu de remettre aux parties intéressées, sur leur demande, un extrait ou un état des dites oppositions ou significations ».

L'article 2 de l'arrêté du ministre des Finances n°1593-15 fixant les documents pour le nantissement indique que l'exemplaire unique confié au titulaire du marché doit être remis au comptable. Ainsi, une facture ne peut en aucun cas se substituer à l'exemplaire unique. À cet effet, l'identification d'une créance cédée au moyen d'une facture transmise à un comptable public avec un bordereau comportant l'ensemble des mentions légales ne suffit pas à établir la réalité de l'exécution de la prestation, que seule permet la délivrance de l'exemplaire unique du marché public.

Cette situation a été confirmée par la loi 112-13. En effet, en vertu de l'article 5§1, le bénéficiaire du nantissement doit transmettre au comptable assignataire l'exemplaire unique du **marché** pour valoir **pièce justificative** de paiement. À cet effet, le nantissement est notifié par le cessionnaire titulaire du gage au comptable assignataire, par lettre recommandée avec accusé de réception. L'acte de nantissement est émis en triple exemplaire accompagné d'un exemplaire spécial. Cette lettre indique au comptable qu'il doit cesser tout règlement au titulaire du marché au titre de la créance désignée, pour virer dorénavant à l'organisme financier prêteur les sommes revenant au titulaire du marché.

Dès la réception du pli recommandé, le comptable doit constater si des paiements ont été effectivement effectués ou non, ou si la créance n'est pas frappée par des oppositions ou autres empêchements. Dans le cas d'un paiement déjà effectué, l'avance octroyée par la banque à l'entreprise correspond au reliquat du montant du marché. L'attention du comptable est attirée sur le fait qu'aucun « grattage ni surcharge » n'est autorisé sur l'acte de nantissement. Les corrections doivent intervenir « sous forme de mentions séparées, approuvées et signées » par l'autorité compétente et le maître d'ouvrage.

En application de l'article 6 de la loi n°112-13, la notification du nantissement ne prend effet qu'à partir « du troisième jour ouvrable » suivant celui de la réception de ladite notification par le comptable assignataire. Le comptable dispose d'un délai « de deux jours ouvrables qui suivent celui de la réception de la lettre recommandée » pour retourner le nantissement à la banque, soit par l'acceptation du nantissement, soit par le rejet de l'acte, et dans ce cas-là il doit préciser les motifs du rejet.

La réponse du comptable est formulée par voie d'un **accusé de réception** selon le modèle prévu par l'arrêté du ministre des Finances n° 1593-15. Après signature de l'accusé de réception du dossier de nantissement, le comptable assignataire, ou la personne chargée du paiement, est considéré comme **tiers détenteur** du gage au sens de l'article 1188 du dahir

du 12 /08/1913 formant Code des Obligations et des Contrats, à l'égard du bénéficiaire du nantissement, dans la limite du montant de la créance objet du nantissement.

Ceci implique que le nantissement n'est opposable aux tiers qu'à partir du moment où sont accomplies les formalités qui consistent dans la signification de l'acte de nantissement et son acceptation par le comptable.

Dans la pratique, cette signification est très importante est lourde de conséquence, dans la mesure où, en rendant la cession opposable aux tiers, l'organisme financier prêteur peut se prémunir de toute éventualité qui viendrait le surprendre. Ces tiers à qui il s'agit d'opposer le nantissement, c'est d'abord le débiteur cédé, c'est-à-dire le comptable qui, tant qu'il n'est pas officiellement prévenu, est en droit de payer celui qu'il croit être le véritable créancier, c'est-à-dire le cédant titulaire du marché, et de s'opposer aux poursuites du cessionnaire. Dans le cadre d'une gestion saine et afin d'éviter tout rejet éventuel, le cessionnaire est appelé à faire opérer la signification avec la plus grande célérité. À cet effet, il faut que l'exemplaire unique comporte toutes les clauses, notamment les clauses obligatoires relatives à l'objet du marché, les parties contractantes, les modalités de paiement, le comptable assignataire en tant que tiers détenteur, l'affectation du marché en nantissement, ensuite les visas réglementaires qui portent sur **le visa des engagements** de dépenses, **l'approbation** du marché par l'autorité compétente, les droits d'enregistrement, dans la mesure où le marché ainsi que l'acte de nantissement sont assujettis à des droits d'enregistrement, et enfin les mentions apposées sur le marché, qui spécifient qu'il s'agit de l'unique exemplaire destiné à former titre entre les mains du comptable, et que le document est un document certifié conforme à l'original avec la mention suivante : « loi n°112-13 du 19/02/2015 ».

Aussi, les organismes financiers doivent adresser leur significations au comptable censé être assignataire : pour les collectivités territoriales il faut envoyer le nantissement à un trésorier préfectoral ou provincial devenu comptable assignataire en lieu et place du receveur communal ; quand il s'agit d'un sous-ordonnateur, l'acte est à notifier à un trésorier préfectoral ou provincial ; lorsque l'autorité compétente est un ordonnateur, c'est-à-dire un ministre, le comptable assignataire, dans ce cas, est le trésorier ministériel concerné. Quant aux SEGMA, ils sont rattachés à un comptable provincial ou préfectoral. En ce qui concerne les établissements publics, chaque entité dispose de son propre comptable assignataire et la notification doit être remise entre les mains du comptable de l'entité.

À cet égard, il faut mentionner seulement qu'il existait une autre procédure, prévue par l'article 3 du dahir de 1948, et qui prévoyait la notification du nantissement par un acte extrajudiciaire. C'est une procédure longue, coûteuse et compliquée, c'est pourquoi elle n'a jamais été utilisée et c'est pour cette raison que la loi n° 112-13 l'a écartée.

2. Le rôle du maître d'ouvrage

La première obligation du maître d'ouvrage, prévue par l'article 4 de la loi 112-13, est de remettre une copie du marché portant la mention « exemplaire unique » dûment signée au titulaire du marché. À cet égard, l'article 13 du C.C.A.G.-T. du 13/05/2016 indique les pièces à délivrer à l'entrepreneur en cas de nantissement : « Le maître d'ouvrage remet gratuitement

à l'entrepreneur par ordre de service, contre décharge, un exemplaire vérifié et certifié conforme de l'acte d'engagement, du Cahier des Prescriptions spéciales et des pièces mentionnées comme pièces constitutives du marché, et ce dans un délai maximum de cinq (5) jours ouvrables à compter de la date de notification de l'approbation du marché ».

La seconde, indiquée par l'article 8 de la loi 112-13, est la remise, au titulaire du marché et au bénéficiaire du nantissement, d'une situation qui reflète le déroulement de l'exécution du marché (état sommaire, droits constatés, avances consenties). Enfin, l'article 9 prévoit une obligation faite au maître d'ouvrage d'informer le bénéficiaire du nantissement de tout ce qui est susceptible de compromettre l'exécution du marché.

À cet égard, l'article 62-2 du C.C.A.G.-T. exige qu'une copie de ce décompte soit 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. Le titulaire du marché peut présenter s'il le souhaite le décompte provisoire en cas de nantissement. Dans ce cas précis, la copie du décompte transmise à l'entrepreneur doit être accompagnée d'une attestation de droits constatés signée par le maître d'ouvrage. L'accomplissement de ces formalités doivent être effectuées selon la procédure prévue à cet effet par l'article 46-b de l'arrêté n° 1692-23 23 juin 2023 sus visé. Le titulaire du marché demande « de demander au maître d'ouvrage de lui communiquer un état sommaire des travaux, fournitures ou services effectués, une attestation des droits constatés et/ou un état des avances consenties et des acomptes mis en paiement au titre du marché nanti. »

En vertu de l'arrêté n° 15-1593 du 08/05/2015, cette attestation est un document par lequel l'organisme public contractant reconnaît d'une façon expresse et précise les prestations effectuées par l'entreprise traitante. Ce document, qui engage la responsabilité de l'organisme sur **le plan administratif et non comptable**, doit être établi en prenant pour base les décomptes provisoires.

Les droits constatés signifient explicitement une certification du service, c'est-à-dire que le maître d'ouvrage appose cette certification par laquelle il reconnaît de façon expresse et précise les prestations effectuées par l'entreprise traitante. Mais sa responsabilité se limite à ce niveau-là.

En effet, le principe de droit constaté signifie que les opérations sont décrites en comptabilité dès la naissance des droits et obligations affectant le patrimoine, et ce par opposition au principe des « droits au comptant », selon lequel les opérations financières ne sont décrites qu'autant qu'elles entraînent un mouvement de trésorerie (encaissement - décaissement).

Or, souvent, l'acte de nantissement est transmis avant même le commencement des travaux ; en conséquence, l'ordonnateur ou le sous-ordonnateur ne peut que constater le montant initial du marché.

La responsabilité du maître d'ouvrage est donc limitée à la constatation du service fait et des droits acquis du titulaire du marché, dans la mesure où les règlements réels effectués par les virements au profit du bénéficiaire du nantissement sont opérés par le comptable assignataire qui est le véritable responsable vis-à-vis de la banque selon même les dispositions de l'article 5 §2 : « Après signature de l'accusé de réception du dossier de nantissement,

le comptable assignataire ou la personne chargée du paiement **est considéré comme tiers détenteur du gage** au sens de l'article 1188 du dahir du 12/08/1913 formant Code des Obligations et des Contrats, à l'égard du bénéficiaire du nantissement, dans la limite du montant de la créance objet du nantissement. »

Donc la responsabilité du maître d'ouvrage est **une obligation de faire** qui s'entend de l'obligation d'accomplir un fait positif. C'est une obligation qui regroupe toute une série de services prévus par la loi 112-13 du 19/02/2015.

Cependant, pour que cette responsabilité soit opérante, il faut que le bénéficiaire du nantissement respecte les dispositions de l'article 5 de la loi relative au nantissement et **communiqua au maître d'ouvrage** une copie dudit nantissement. C'est une formalité qui n'existait pas dans le dahir de 1948 abrogé. Il s'agit d'une responsabilisation du maître d'ouvrage, d'une sécurisation de l'exécution de la procédure du nantissement et d'une valorisation du certificat des droits constatés, malgré son rôle limité mais complémentaire.

Cette obligation de faire découle de l'article 8 de la loi relative au nantissement, qui implique que « le titulaire du marché ainsi que le bénéficiaire du nantissement ou de la subrogation peuvent, au cours de l'exécution du marché, **requérir** du maître d'ouvrage :

- soit un état sommaire des **travaux, fournitures ou services effectués** ;
- soit une **attestation des droits constatés** au profit de l'entrepreneur, du fournisseur ou du prestataire de services, qui fait ressortir **le montant global des droits constatés, le montant des retenus à déduire** ainsi que celui des pénalités pour retard dans l'exécution des prestations.

Ils peuvent en outre requérir un état des avances consenties et des acomptes mis en paiement au titre du marché nanti. En effet, la déduction des montants déjà perçus par le titulaire du marché en guise d'avance, ou durant l'exécution du marché en guise de pénalités de retard, risque de diminuer le montant des sommes à mandater et à virer au véritable créancier qu'est le bénéficiaire du nantissement au profit du titulaire du marché. Or les précomptes effectués, soit pour des avances, soit pour des pénalités de retard, sont accomplis par les services du maître d'ouvrage, ce qui implique une responsabilité directe du maître d'ouvrage.

Les documents susvisés, 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 autre moyen permettant de donner date certaine.

Le maître d'ouvrage est tenu d'informer, dans les mêmes formes que celles prévues à l'article 8 ci-dessus, le bénéficiaire du nantissement de tout acte ou incident susceptible de compromettre la réalisation du marché nanti à son profit et d'affecter la garantie résultant du nantissement, notamment en cas de contentieux, de résiliation du marché, de décès du titulaire du marché, de pénalités de retard, ou tout autre prélèvement susceptible de réduire la créance du bénéficiaire du nantissement.

Le bénéficiaire du nantissement ne peut exiger ni du maître d'ouvrage, ni du comptable assignataire ou de la personne chargée du paiement, d'autres renseignements que ceux prévus par la loi, ni interférer en aucune manière dans l'exécution normale du marché nanti.

3. Le rôle du comptable

Le comptable est au cœur du dispositif de l'exécution des stipulations contractuelles de l'acte de nantissement. Son rôle dans l'exécution s'inscrit dans le principe de l'exclusivité dont il jouit pour le maniement des deniers publics. C'est pour cette raison que la désignation du comptable assignataire constitue une mention importante prévue par les articles 3 et 5 de la loi 112-13 relative au nantissement. Ceci implique qu'afin que le comptable puisse assumer ses responsabilités et que le cessionnaire, c'est-à-dire le bénéficiaire du nantissement, jouisse de tous ses droits, il faut que ce dernier notifie l'acte de nantissement entre les mains du comptable assignataire. À cet effet, et à partir de la réception et de la prise en charge du nantissement par le comptable, deux conséquences se produisent : d'une part, le comptable, en vertu de l'article 5§2 de la loi 112-13 relative au nantissement, est « considéré comme **tiers détenteur du gage** au sens de l'article 1188 du D.O.C. du 12/08/1913 ».

D'autre part, le bénéficiaire du nantissement est, conformément à l'article 10§1 de la même loi, « encaissera tout seul le montant de la créance affectée en garantie ». Il s'agit d'un mécanisme financier qui permet d'assurer la sécurité juridique du contrat et de garantir pour le titulaire du marché l'exécution du marché.

L'article 46-d de l'arrêté n° 1692-23 23 juin 2023 indique que le comptable procède aux formalités suivantes :

- ✓ D'accuser réception de l'exemplaire unique du marché et de l'original de l'acte de nantissement ;
- ✓ De prendre en charge le nantissement du marché ;
- ✓ De formuler ses réserves ou indiquer ses motifs de rejet de l'acte de nantissement ;
- ✓ De communiquer au titulaire du marché et au bénéficiaire du nantissement, le cas échéant, un état indiquant toutes oppositions qui lui auront été notifiées au titre du marché ;
- ✓ De notifier au maître d'ouvrage et au bénéficiaire du nantissement, toute modification dans la désignation du comptable assignataire ou de la personne chargée du paiement ;
- ✓ D'informer le bénéficiaire du nantissement que le marché objet du nantissement est définitivement soldé ou qu'il a fait l'objet de résiliation.

Concrètement, le comptable prend en considération la date d'effet du bordereau indiqué dans la notification. Tous les règlements de prestations et autres oppositions de droit commun antérieurs à la notification sont valables à partir du moment où il n'a pas eu connaissance de l'acte de nantissement des créances et que ces créances ne sont pas privilégiées. Cependant, si ces

créances (prestations ou oppositions) n'ont pas encore été exécutées par lui, elles sont primées par le nantissement de créances à effet antérieur, même si la notification a été effectuée postérieurement à la signification de l'opposition ou à la remise de l'ordre de paiement, sauf si le titre de paiement est revêtu de la mention datée « vu, bon à payer », et ce en vertu de l'article 42 du décret royal du 21/04/1967, qui dispose que les notifications des oppositions ou autres significations « ne peuvent avoir d'effet que si elles interviennent avant que le titre de paiement ait été revêtu par le comptable de la mention datée « vu bon à payer ».

Le comptable doit examiner l'acte de nantissement et procède aux contrôles d'usage prévus par l'article 42 du décret royal du 21/04/1967, notamment la régularité de l'acte de nantissement ; le cas échéant, il formule ses observations et rejette l'acte de nantissement dans les deux (02) jours qui suivent la réception de la notification. En cas d'acceptation de la notification du nantissement, le comptable mentionne si des prestations ont été déjà réglées, si le marché a été soldé ou si aucun paiement n'a été effectué, et transmet l'acte au bénéficiaire selon la procédure décrite ci-dessous.

Le bénéficiaire du nantissement peut requérir du comptable un état détaillé des significations reçues selon les termes de l'article 43 du décret du 21/04/1967 susmentionné et de l'article 6§3 de la loi 112-13 : « Le comptable assignataire est tenu de remettre aux parties intéressées, sur leur demande, un extrait ou un état des dites oppositions ou significations. »

Cependant, le comptable, en tant que tiers détenteur, doit s'abstenir de verser les sommes dues au bénéficiaire si ses créances sont primées par les privilèges prévus par l'article 13 de la loi 112-13 relative au nantissement, ou si le solde du décompte général est négatif. Le comptable, dans ce cas, n'a pas cette obligation de payer le montant résultant de la cession de créance, dans la mesure où le cédant, le titulaire du marché en l'occurrence, ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en détient. Dans ce cas, la banque n'a d'autre recours que se retourner contre le titulaire du marché devant le juge. المتعة

Cette responsabilité du tiers détenteur a pour effet l'obligation pour le comptable de verser le montant du décompte ou de la facture au cessionnaire ; en conséquence, il y a un engagement de sa responsabilité personnelle et pécuniaire, d'où la nécessité d'éviter les risques d'erreur. Dans l'éventualité d'une pluralité d'oppositions, le comptable devrait en principe sursoir le paiement et attendre soit une solution amiable, soit un jugement rendu par le juge. En effet, le principe du privilège du Trésor est un dispositif qui doit être clarifié face à certaines dispositions législatives. L'article 365 de la loi n° 15-95 formant Code du Commerce accorde au profit du créancier nanti un privilège qui « s'exerce à l'encontre de tout créancier hypothécaire, et par préférence au privilège du Trésor, au privilège de la Caisse nationale de Sécurité sociale et des Caisses de Crédit agricole, au privilège du vendeur du fonds de commerce à l'exploitation duquel est affecté le bien grevé, ainsi qu'au privilège du créancier nanti sur l'ensemble dudit fonds. »

Cette disposition a été reprise dans le cadre de l'article 107 de la loi n° 19-97 formant Code de Recouvrement des Créances publiques, qui prévoit que le privilège du Trésor s'exerce avant tous autres privilèges, à l'exception, entre autres, « du privilège du créancier nanti en application de l'article 365 de la loi n° 15-95. » A contrario, dans le cadre du nantissement des marchés publics, la loi 112-13 relative au nantissement a exclu les marchés publics du régime du droit

commun en prévoyant dans son article 10, dernier alinéa, que « les privilèges conférés au Trésor pour le recouvrement des impôts directs et taxes assimilées » priment sur les droits des bénéficiaires des nantissements ou des subrogations.

En fait, le Trésor public dispose d'un privilège spécial qui découle des dispositions de l'article 106 du Code de Recouvrement des Créances publiques, qui lui permet d'exercer ce privilège sur les revenus ayant fait l'objet d'un transport ou d'une cession. C'est donc « un privilège assorti d'un véritable droit de suite qui permet au comptable d'appréhender les revenus en quelques mains qu'ils passent ». En outre, l'article 107 du Code de Recouvrement des Créances publiques prévoit que « les privilèges des impôts et taxes s'exercent avant tous autres privilèges », selon les termes de l'Instruction relative au recouvrement des créances publiques du mois de mai 2001.

L'avis de la commission des marchés n° 87-IGSA du 28/07/2004 confirme cette position : « Il en découle qu'à défaut d'abrogation expresse, ni par les dispositions de la loi n° 15.95 formant Code du Commerce, ni par celles de la loi n° 15-97 formant Code de Recouvrement des Créances publiques, le dahir du 28/08/1948 (remplacé par la loi 112-13) est toujours en vigueur, et de ce fait les privilèges conférés au Trésor pour les impôts directs et taxes assimilées priment sur les droits des bénéficiaires des nantissements des marchés publics, et ce conformément à l'article 8 dudit dahir. »

4. Les effets

Le nantissement est une sûreté qui permettra au créancier le paiement de sa créance. En effet, et sauf stipulation contraire, le nantissement né d'un marché public a pour effet de transmettre à l'établissement bancaire, à la date de remise des bordereaux, les créances en principal comme les droits qui y sont attachés, y compris les intérêts moratoires, ce qui implique que l'organisme de crédit bénéficiaire d'un nantissement encaissera seul le montant total de la créance ou la part de la créance qui lui a été cédée.

Un autre problème essentiel reste sans réponse : le titulaire du marché peut-il céder les créances d'une partie du marché sous-traitée ? Le sous-traitant peut-il exiger du comptable le paiement des sommes correspondant au travail qu'il a exécuté à une banque, s'il souhaite lui aussi céder ses créances ? L'articulation de la cession de créance et d'une sous-traitance mise en place en cours d'exécution du marché révèle qu'aucune précaution prise par le Code des Marchés publics n'a été prévue pour sauvegarder les droits des sous-traitants.

En effet, la combinaison de l'article 151§9 du décret du 08/03/2023 et de l'article 10 de la loi 112-13 relative au nantissement montre qu'il n'existe aucun lien juridique entre le maître d'ouvrage, le comptable et le sous-traitant ; en conséquence, aucun paiement ne peut être effectué, ni au sous-traitant, ni à une banque cessionnaire. Ainsi, dans le cas où l'entrepreneur a nanti l'intégralité de son marché, et en cas d'insolvabilité, le banquier cessionnaire des créances du titulaire du marché jouit d'une primauté sur le sous-traitant.

Nous pensons qu'il est nécessaire de combler ce vide juridique afin que l'entrepreneur ne puisse nantir qu'à hauteur des travaux qu'il effectue personnellement, et qu'en cas de nan-

tissement avant la sous-traitance, l'entrepreneur soit tenu d'avertir son banquier, le maître d'ouvrage ainsi que le sous-traitant, car tous les partenaires de l'entrepreneur doivent disposer d'un droit à l'information sur les conditions d'exécution du marché.

On s'interroge cependant sur la possibilité pour le sous-traitant, qui a été par ailleurs accepté par le maître d'ouvrage, de nantir à concurrence de la part sous-traitée et qu'il exécute personnellement. L'absence de liens juridiques entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant, mais aussi l'impossibilité d'effectuer le paiement direct par le comptable au sous-traitant, empêche toute possibilité d'appliquer la procédure de nantissement suivie par le titulaire du marché.

La banque, en tant que créancier, bénéficie d'un droit de préférence dans la mesure où, comme il a été mentionné plus haut, elle peut obtenir sa créance par priorité par rapport aux autres créanciers dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire tout en respectant les priorités prévues par la réglementation. C'est une démarche qui permet à la banque, ou à tout créancier, de saisir ses droits, quelles que soient les mains entre lesquelles se trouve sa créance, notamment auprès d'un comptable s'il gère des marchés au nom du titulaire du contrat. Pour que la banque puisse arriver à recouvrer les fonds avancés, il faut qu'une décision de la justice le permette.

En cas de dépôt de bilan, le cessionnaire est un créancier privilégié de l'entrepreneur et ses droits, selon l'article 13 de la loi 112-13 relatif au nantissement, ne sont primés que par certaines catégories de privilèges prévus par l'article 1248 du D.O.C. :

- les frais funéraires ;
- les frais de dernière maladie du redevable ;
- les créances résultant de la dot de l'épouse et du don de consolation (Mout'â) ,ainsi que celles résultant de la pension alimentaire due à l'épouse, aux enfants et aux parents ; le privilège des frais de justice ;
- le privilège résultant au profit des ouvriers, prévu par l'article 1248§4 du D.O.C, et en faveur des fournisseurs des entrepreneurs de travaux publics, prévu par l'article 490 du Code de Procédure civile, à condition que ce privilège ait fait l'objet préalablement de la signification du nantissement, par une inscription au greffe du tribunal de première instance du domicile de l'entrepreneur ;
- le privilège accordé au porteur de warrant prévu par l'article 349 de la loi 15-95 formant code de commerce ;
- les privilèges conférés au Trésor pour les impôts directs et taxes assimilées.

Outre la créance affectée en tant que garantie, le nantissement couvre deux intérêts : d'une part la responsabilité du comptable est dégagée si le décompte est négatif ; d'autre part, si la banque ne reçoit plus de virement de la part du comptable, ce qui entraîne que le titulaire cédant ne paie pas une fraction de sa dette, la banque lui envoie une sommation pour payer, et le cas échéant la banque peut saisir le juge.

§2 – La subrogation

La **subrogation est un mécanisme juridique ayant pour effet de substituer une personne à une autre dans un droit ou une obligation**. Elle peut être d'origine conventionnelle ou légale. L'article 46-b, de l'arrêté n° 1692-23 23 juin 2023 indique que la nécessité d'informer et de communiquer au comptable assignataire l'acte de subrogation par la banque qui doit « notifier au comptable assignataire ou à la personne chargée du paiement et au maître d'ouvrage une copie de la convention de subrogation. » Ce thème sera développé ci-après.

III- Cession des créances et cession du marché

Les ressources que le titulaire du marché entend mobiliser pour financer l'opération faisant l'objet d'un marché public peuvent être de différentes natures : ce sont soit des fonds propres, soit des ressources extérieures, qu'elles soient publiques ou privées.

Lorsque les entreprises répondent à des marchés publics, les retards de paiement restent un souci puisqu'elles doivent trouver rapidement l'argent nécessaire pour faire face à des dépenses urgentes (par exemple, pour l'achat de matériaux de construction ou le paiement des salaires).

Le titulaire d'un marché public approuvé et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder la créance qu'il détient sur un maître d'ouvrage à un établissement de crédit ou à un fournisseur pour obtenir des liquidités ou des fournitures.

À cet effet, pour répondre à ces urgences, la réglementation prévoit la possibilité pour **le titulaire du marché de céder ces créances et non son marché**. Une telle mesure permet au titulaire du marché public de céder ses créances à un établissement de crédit : il s'agit soit du nantissement, soit de la cession de créance au profit d'un établissement de factorage. Le titulaire peut céder ses créances, mais nullement le marché. La cession des créances dans le droit marocain est une théorie autonome, indépendante et distincte, portant sur transport ou sur la cession de créance au titre du transport des obligations, en considérant que la créance est un bien. Ceci étant, le plus important, c'est l'aspect pratique de cette théorie ou de ce contrat. L'enjeu est d'analyser ce contrat de cession de créance, en tant que moyen utilisé dans les relations contractuelles quotidiennes, plus qu'une théorie qui s'appuie sur des principes inspirés de l'aspect matériel d'un système fondé sur le **patrimoine financier** des personnes appelées à entretenir des relations contractuelles, plutôt que sur **l'aspect personnel de l'engagement**.

C'est un mécanisme qui opère une transmission du lien de droit existant entre deux personnes (débiteur et créancier) par un changement de créancier.

Mais s'il est admis que la créance puisse se transmettre à titre particulier, sa cession suppose le respect de certaines formalités. Cette exigence légale a pour double but de prévenir le débiteur cédé et toute autre personne intéressée à connaître l'actuel créancier atteint. Quelles sont les caractéristiques de la cession de créance en droit marocain, et peut-on, dès lors, se satisfaire d'un système qui ne rend qu'un service limité par rapport au formalisme excessif qu'il suppose ?

§1 – Un financement des marchés publics à géométrie variable

Le dispositif qui permet de financer l'exécution du marché dans de bonnes conditions porte sur deux solutions : le nantissement et la cession de créance : deux modes de financement qui se ressemblent, mais avec deux supports juridiques différents. La première solution concerne le nantissement de créance prévu par la loi n° 112-13 du 19 février 2015. Le nantissement est un contrat qui permet à une entreprise titulaire d'un marché public de donner en gage la créance qui résultera de l'exécution de ce marché public à un établissement bancaire qui le financera. La deuxième solution porte sur la cession de créance, encadrée par le Code des Obligations et des Contrats (DOC) du 12 août 1913, notamment les articles 189 à 208, ainsi que la loi n° 15-95 du 1^{er} août 1996 formant Code de Commerce, notamment les articles 529-536.

La cession de créance est une **convention** par laquelle le titulaire du marché public transmet sa créance résultant de l'exécution du marché à un tiers, ce qui permet à l'entreprise de céder cette créance à un établissement de crédit ou à un fournisseur pour obtenir des liquidités ou des fournitures. L'article 529 du Code de Commerce prévoit que seules peuvent être cédées les créances détenues par le client sur une personne morale de droit public ou de droit privé. **Le nantissement** et la **cession de créance** sont tous deux des emprunts garantis. Cependant, une mince ligne de **différence** existe entre les deux termes. En effet, **céder des créances** signifie fournir des **créances** comme garantie pour le prêt, ce qui indique que les montants reçus doivent être utilisés pour rembourser la dette.

Quand l'entreprise décide de s'adresser à une banque pour céder ses créances, elle a le choix entre le recours à un **nantissement** et une **cession de créance**. La banque, en contrepartie de cette créance, lui verse le montant des sommes cédées sous déduction de la rémunération du service rendu et des intérêts à courir jusqu'à la date d'échéance des créances transmises. **C'est là une procédure plus longue**, puisqu'il faut faire mandater lesdites créances par l'ordonnateur, puis en transmettre le montant au comptable qui le vire à la banque cessionnaire.

En revanche, l'opération **de cession des créances** professionnelles correspond à un **escompte des créances** cédées sous une forme simplifiée. C'est donc un type de **crédit professionnel** dont l'objectif est de permettre à l'entreprise bénéficiaire de **percevoir immédiatement** le montant proposé. Cette opération est également appelée l'affacturage. En effet, les entreprises qui travaillent pour des marchés publics peuvent trouver du financement par l'**affacturage** pratiqué au Maroc, le **reverse factoring** ou la **titrisation**. Une mention succincte pour évoquer la loi Dailly n° 84-46 du 24 janvier 1984 appliquée en France.

A - L'affacturage : dans le schéma d'affacturage simplifié, le cédant indique le montant du financement, qui est de 80 % de la facture ou du décompte. Ce dispositif fonctionne pour les entreprises de toute taille. Le but de l'affacturage des marchés publics est de régler une facture, par le biais d'un décompte par avance sous deux jours. La facture ou le décompte doit être validé par le donneur d'ordre ou l'architecte chargé de la maîtrise d'œuvre des travaux. Une fois que la facture validée est reçue, le financement est déclenché, en vue d'un virement sur le compte bancaire du titulaire du marché dans un laps de temps raisonnable. Le paiement des factures de marché public est parfaitement maîtrisé par les sociétés d'affacturage.

Avec l'affacturage pour les marchés publics, le **reverse factoring** est vraiment un moyen efficace pour financer les besoins de fonds de roulement. Cette opération est réalisée en ré-

duisant les conditions de paiement des titulaires du marché. Lorsque l'entreprise réalise des prestations pour l'administration, les délais de paiement sont souvent longs, mais l'affacturage permet de bénéficier de paiements des factures immédiats ; c'est donc un outil de gestion qui fait gagner du temps.

Comme prévu, l'établissement d'un contrat d'affacturage nécessite certaines formalités administratives. Une société d'affacturage peut demander à son client de fournir plusieurs documents pour établir un contrat de factoring pour un marché public et pour un financement. Comme on peut s'y attendre, il faut certains documents administratifs pour mettre en place un contrat d'affacturage :

- **les bilans comptables** (dont le bilan prévisionnel d'activité, éventuellement) ;
- **le Registre de Commerce (RC)**, un document attestant de l'immatriculation d'une société commerciale au registre du commerce et des sociétés (RCS) ;
- **l'exemplaire unique du marché** : ce document est une copie de l'original du marché approuvé par l'autorité compétente, ce qui permet au titulaire du marché de céder ses créances ;
- le **décompte** et l'attestation des droits constatés : ce document atteste de la bonne réalisation des travaux, permettant à la société d'affacturage de procéder au financement.

B - Le reverse factoring

Il existe aussi une autre solution encore plus avantageuse que l'affacturage qui est le reverse factoring, encadré par l'article 106 de la loi PACTE, en France (Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises). Il s'agit d'une **alternative de paiement qui permet aux entreprises de solder un compte fournisseur par anticipation, sans recourir à leur trésorerie**. Cette solution a pour but de pallier le problème des délais de paiement, qui sont de plus en plus longs.

C'est un mode de cession de créance diligenté par le client et non par le fournisseur, contrairement à l'affacturage classique. Il offre l'avantage à l'entreprise titulaire du marché **d'être payé plus rapidement et sans risque de retards**. Un contrat d'affacturage inversé passe généralement **par l'ouverture d'un compte bancaire partagé entre le client et le factor**. L'adoption du reverse factoring implique également la dématérialisation des factures.

Le reverse factoring apparaît comme une solution de financement gagnant-gagnant qui facilite la gestion de trésorerie des entreprises et agit positivement sur le besoin en fonds de roulement (BFR) des fournisseurs. La mise en place du reverse factoring nécessite **la création d'une plateforme dématérialisée** par laquelle transite le dispositif d'affacturage et qui permet l'automatisation des échanges de documents.

Le reverse factoring est ouvert aussi pour les administrations. Il s'agit d'une alternative aux autres systèmes de paiement classiques des administrations, qui permet à une structure étatique ou non de simplifier les procédures administratives et financières et d'offrir un **financement sur le fournisseur** (financement de la commande).

Contrairement à l'affacturage, nous sommes dans le schéma inverse : prenons l'exemple d'un ministère qui a besoin de financer très rapidement la commande de stocks de masques auprès de fournisseurs très divers. L'administration paiera, mais le temps d'obtenir le déblocage des crédits sera parfois « long ». Pour une question d'image, de réactivité et d'efficacité, le reverse sera donc la solution idéale.

Le factor ayant l'assurance d'être payée, il va se substituer à l'État pour financer, en lieu et place, le fournisseur. L'affacturage inversé permet à l'acheteur de faire bénéficier ses fournisseurs d'un taux très avantageux, proche de ses propres conditions bancaires. Le **fournisseur est libre de financer au cas par cas ses factures clients**. Ce programme de reverse factoring est de type collaboratif, car il repose sur le libre choix, pour le fournisseur, de l'utiliser et de choisir les factures qu'il souhaite céder en fonction de ses besoins de trésorerie.

Pour le fournisseur, c'est l'avantage de proposer à ses partenaires un financement à taux réduit avec une garantie de paiement. Le recours au reverse factoring pour les marchés publics, en vue d'obtenir le paiement anticipé des factures.

La mise en place du reverse factoring nécessite doit prendre en compte les éléments suivants :

Le coût de reverse factoring

La société d'affacturage, appelée également factor, se rémunère par le biais *d'une commission de financement et d'une commission de services*, à hauteur de :

- 0,1 % à 0,7 % pour la commission de services ;
- 0,5 % à 3 % pour la commission de financement.

La gestion d'un contrat de reverse factoring

La gestion financière des PME est souvent complexifiée par des délais de paiement longs de la part des clients professionnels.

Le reverse factoring apparaît comme une solution de financement gagnant-gagnant qui facilite la gestion de trésorerie des entreprises et agit positivement sur le besoin en fonds de roulement (BFR) des fournisseurs.

C- La titrisation des créances commerciales

Liquider ses créances pour renflouer sa trésorerie : voici comment la titrisation des créances commerciales peut aider une entreprise à se refinancer.

Effectuer une **titrisation de créances commerciales** consiste à vendre une partie de son **portefeuille d'actifs** à des investisseurs. Il s'agit généralement des factures sur des services, des prestations ou des biens qui sont en attente de règlement. Ce **montage financier** est courant en matière de **financement des entreprises**.

1-Les principes de la titrisation

La **titrisation de créances commerciales** est un moyen pour un vendeur de lever des capitaux en vendant certains de ses actifs de créances commerciales - **titres financiers liquides** - à un Fonds commun de créances (FCC). Le produit du prêt ou du billet revient ensuite au vendeur en tant que produit de l'achat des créances clients. Cette titrisation est applicable à n'importe quel type de créances :

- créances commerciales ;
- créances financières ;
- créances hypothécaires.

2-La procédure de la titrisation de créances commerciales

Comme mentionné précédemment, la titrisation de créances commerciales consiste à effectuer un transfert de **portefeuille d'actifs** vers un Fonds commun de créances (FCC) ou une entité ad hoc qui fait alors office d'intermédiaire. Les actifs correspondent aux créances de l'entreprise. Pour effectuer une titrisation de créances commerciales, les actifs sont préalablement sélectionnés en fonction des garanties avec des niveaux de risque et de rendement variables. Ils sont ensuite réévalués à une certaine valeur pour que la société qui rachète les actifs en tire un intérêt sur les marchés financiers.

Ces acheteurs d'actifs récupèrent en effet, après le **recouvrement** des **créances commerciales**, un bénéfice plus ou moins élevé en plus du capital investi.

3 - Les avantages de la titrisation des créances commerciales

Le plus grand **avantage de la titrisation des créances commerciales** est qu'elle crée de la liquidité sur le marché pour les actifs titrisés. Cela aide l'entreprise ayant une dette dans ses livres à la retirer de son bilan. En même temps, elle obtient un nouveau financement à la place de sa créance. Effectuer une titrisation des créances commerciales permet donc à l'entreprise cédante de bénéficier d'un refinancement de crédit. Cette opération l'aide à recevoir immédiatement les liquidités dues sur ses créances commerciales, même si les délais de paiement peuvent être de 30 jours ou plus. En outre, la titrisation peut créer des opportunités pour une gestion plus efficace.

L'utilisation stratégique de la titrisation permet ainsi à une entreprise de développer son activité et d'augmenter ses bénéfices sans capitaux propres supplémentaires, voire d'améliorer le rendement de ses capitaux propres. Ces avantages découlent principalement de l'efficacité du capital de la titrisation et des **conditions du financement**.

Pour les investisseurs, les titrisations offrent des opportunités d'investissement uniques et des profils risque-rendement attrayants par rapport à d'autres classes d'actifs telles que les obligations d'État et d'entreprise. La titrisation permet également de structurer des titres

présentant des échéances et des profils de risque de crédit différents à partir d'un même pool d'actifs.

Alors que la nouvelle réglementation appelle à un examen plus minutieux des transactions, elle reconnaît l'importance de la titrisation pour l'économie mondiale. De nouvelles mesures telles qu'une meilleure documentation et la rétention des risques sont désormais en place.

4 - Les inconvénients de la titrisation des créances commerciales

Toutefois, dans le sillage de la crise, la titrisation de créances a été examinée de près, accusée d'avoir été l'une des principales causes de la prise de risque excessive et de l'instabilité financière. Bien que n'étant pas au cœur de la tourmente financière, la titrisation de créances de PME, dont l'essor avait commencé juste avant la crise, s'est interrompue ou a sensiblement reculé, affectée par contagion sur les marchés financiers et dans la perception du public.

D - La subrogation est une cession de créance

Les liens entre subrogation et cession de créance sont étroit. Dans les deux constats, est celui de transmission à un tiers de la créance principale et de la créance accessoire. La « subrogation » est un mode de **transmission de créance**. C'est une opération juridique triangulaire. Le titulaire d'un droit de créance, appelé le subrogeant, transmet au bénéficiaire de la subrogation, appelé le subrogataire, la créance que le premier détient sur un tiers qui est son propre débiteur, dit le subrogé.

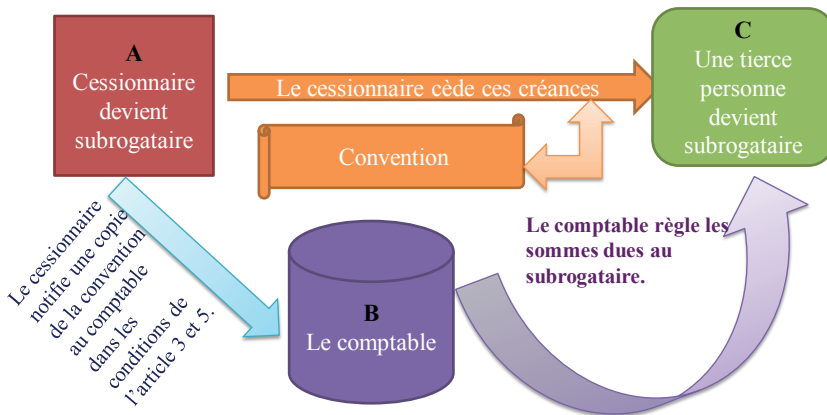
Aux termes de l'article 212 du Code des Obligations et des Contrats, « La subrogation **conventionnelle** a lieu lorsque le créancier, recevant le paiement d'un tiers, le subroge aux droits, actions, privilèges ou hypothèques qu'il a contre le débiteur ; cette subrogation doit être expresse et opérée en même temps que le paiement. » Cela signifie qu'une tierce personne peut prendre l'initiative de régler un créancier en lieu et place du débiteur. Alors, cette tierce personne deviendra sous certaines conditions subrogée dans les droits du premier créancier à l'encontre du débiteur. Le subrogatoire devient créancier du subrogé en lieu et place du créancier initial, le subrogeant.

Le bénéficiaire de la subrogation ne peut exercer des droits et des actions que par ce moyen, qu'il a reçu du subrogeant et qu'il va exercer contre le débiteur de ce dernier. La subrogation se rapproche ainsi de la cession de créance, puisqu'il s'agit de la transmission d'un droit sur un débiteur. Il s'agit donc d'une subrogation conventionnelle, qui s'opère lorsque le créancier, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits sans le concours de la volonté du créancier. La subrogation est un mécanisme juridique qui permet au créancier (A), qui est payé par une autre personne (B) que son débiteur (C), de transmettre ses droits à la personne qui l'a payé afin qu'elle puisse récupérer le paiement auprès de ce débiteur.

1 - Le principe de la liberté de la subrogation

La conclusion que l'on peut en déduire, c'est le principe de la liberté, pour le bénéficiaire d'un nantissement, de céder ses créances, qui sont en principe librement cessibles, puisque l'article 11 de la loi n° 112-13 indique clairement que « Le bénéficiaire d'un nantissement peut céder tout ou partie de sa créance ». En conséquence, toute clause qui serait introduite dans le marché pour prévoir la possibilité d'interdire au cocontractant la cession ou la subrogation à un tiers des créances qu'il détient sur un tiers, serait nulle et non avenue.

Les acteurs de la subrogation.



2- Les effets de la subrogation

Quant aux effets de la subrogation, ils sont organisés par les articles 190 à 193 et 203 du DOC. Toutefois, l'article 11, paragraphe 4 de la loi n° 112-13 fait **obligation** au **bénéficiaire du nantissement**, qui doit **notifier** une copie de **la convention de subrogation au comptable assisgnataire**, dans des conditions analogues à celles qui portent sur les formes du nantissement, telles que prévues par l'article 3 de la loi sur les nantissements, et selon la même procédure préconisée par l'article 5 de la loi n° 112-13.

E - La loi Dailly : La loi Dailly du 2 janvier 1981, est une technique de crédit qui donne à des sociétés, à des entreprises personnelles, la possibilité de bénéficier auprès d'un établissement bancaire d'un crédit par **voie de bordereau**. Le crédit accordé peut être effectué de deux manières :

Sous forme d'escompte : le compte de l'emprunteur est crédité du montant des factures ou des créances déduction faite des agios.

Sous forme d'avance en compte : l'emprunteur bénéficie d'une autorisation de découvert garantie par les créances cédées. L'avance est souvent matérialisée par l'ouverture d'un deuxième compte pour faciliter le suivi. Certes la mobilisation financière des créances des clients dès facturation, la simplicité, la rapidité, notamment une avance de trésorerie immédiate, **constituent des avantages indéniables.**

Toutefois, la loi Dailly présente un certains nombre de différences avec les autres formes de cessions ainsi que des inconvénients.

Les différences : En effet la cession Dailly et l'affacturage présentent certaines différences. Ces deux cessions sont toutes les deux des cessions de créance. Cependant, elles se distinguent sur quelques points clés :

- Tout d'abord, il faut noter que la **cession Dailly** se déroule entre une **entreprise et un établissement bancaire**, tandis que le contrat d'affacturage est établi entre **une entreprise et un factor**, c'est-à-dire un établissement de crédit spécialisé (certaines banques proposent ces contrats).
- Dans le cadre d'un contrat d'affacturage, le factor ne plafonne pas la cession. Ce n'est pas le cas avec la **cession Dailly**, où un renouvellement de l'autorisation est nécessaire **tous les ans**.
- Ensuite, dans le cadre du contrat d'affacturage, le cédant ne s'occupe pas du **post client** : il ne gère pas du tout le paiement des factures par les clients. Ce n'est pas le cas dans le cadre d'une **cession Dailly** puisque l'entreprise reste **garante des factures de ses clients**.

Les inconvénients : Les contraintes qui entourent ce système imposent de suivre avec précision la santé financière de votre entreprise, que ce soit pour négocier le taux de la Dailly ou pour envisager des alternatives plus profitables.

La cession Dailly ne peut être proposée que par des établissements de crédit, **ce qui n'est pas le cas de l'affacturage**.

Dans une cession Dailly, l'entreprise cédante reste garante des factures cédées et doit effectuer des démarches en cas d'impayés. Pour cette raison, la souscription d'un contrat d'assurance-crédit est conseillée pour couvrir les créances financées dans une cession Dailly. A l'inverse, ces factures sont transférées par subrogation au factor dans le cas de l'affacturage, qui intègre souvent un service professionnel de recouvrement.

La loi Dailly est un mode de financement plafonné, au contraire de l'affacturage :

La loi Dailly nécessite de demander une nouvelle autorisation à la banque chaque année.

La loi Dailly permet un financement à 100% des encours, alors qu'en affacturage, le fonds de garantie entre 5% et 20% réduit le montant financier.

La cession Dailly ne concerne que des créances sur des clients situés en France, ce qui n'est pas le cas de l'affacturage.

§2 -Les conditions de forme de la cession de la créance

C'est un acte par lequel le titulaire du marché affecte ses « droits acquis » comme garantie auprès de l'établissement de crédit. Cela veut dire que la mise en gage, ou la cession, de créances signifie que l'entreprise utilise essentiellement ses créances comme collatéral pour obtenir des liquidités.

La créance doit être une sûreté réelle

Or, juridiquement parlant, on ne peut donner en gage que des droits qui constituent **une sûreté réelle**, puisqu'en vertu de l'article 190 du DOC, « 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.** » En effet, les marchés constituent des titres de créances futures et peuvent être donnés comme gage pour obtenir des crédits bancaires. Cela signifie qu'un **marché qui n'est pas encore approuvé** ne peut pas faire l'objet d'un nantissement ou d'une cession de créance. Le gage et la cession de créance 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. Or, l'article 62 du CCAG-T du 02 juin 2016 comporte des nuances à ce sujet : « **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.** » Même dans ce cas la créance est donc une sûreté réelle, puisque les trois principales conditions sont réunies : **la créance est certaine, liquidée et exigible.**

Un processus triangulaire

La procédure d'exécution de cession de créance fait intervenir le cédant, son débiteur cédé et la banque, qui est le cessionnaire. La cession entre le titulaire du marché et le cessionnaire produit tous ses effets juridiques entre les parties à partir du moment où elles sont d'accord sur l'objet de la cession et son montant. Cela indique que l'acte de cession doit faire l'objet **d'un écrit**, sous peine de nullité ; par voie de conséquence, l'acte de cession repose sur un **accord exprès des parties sur la chose et le prix.**

Le titulaire remet au cessionnaire l'exemplaire unique du marché ou un certificat de cessibilité. L'exemplaire unique est remis par le maître d'ouvrage au titulaire, à la demande de ce dernier. Cette obligation de remise de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité concerne tous les marchés, abstraction faite de leur mode de passation, dès lors que l'entreprise en fait la demande.

L'acte de cession, qui prend la forme d'un **bordereau**, regroupe l'ensemble des créances cédées au cessionnaire, et contenant plusieurs éléments dont les principaux sont les suivants :

- ✓ la dénomination, acte de cession de créances professionnelles » ;
- ✓ le nom ou la dénomination sociale de l'établissement de crédit bénéficiaire ;
- ✓ la désignation ou l'individualisation des créances cédées, avec des indications telles que le nom du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances en question, leur échéance... ;

- ✓ la mention selon laquelle l'acte est soumise aux dispositions du Code de Commerce relative à la Cession de Créance professionnelles.

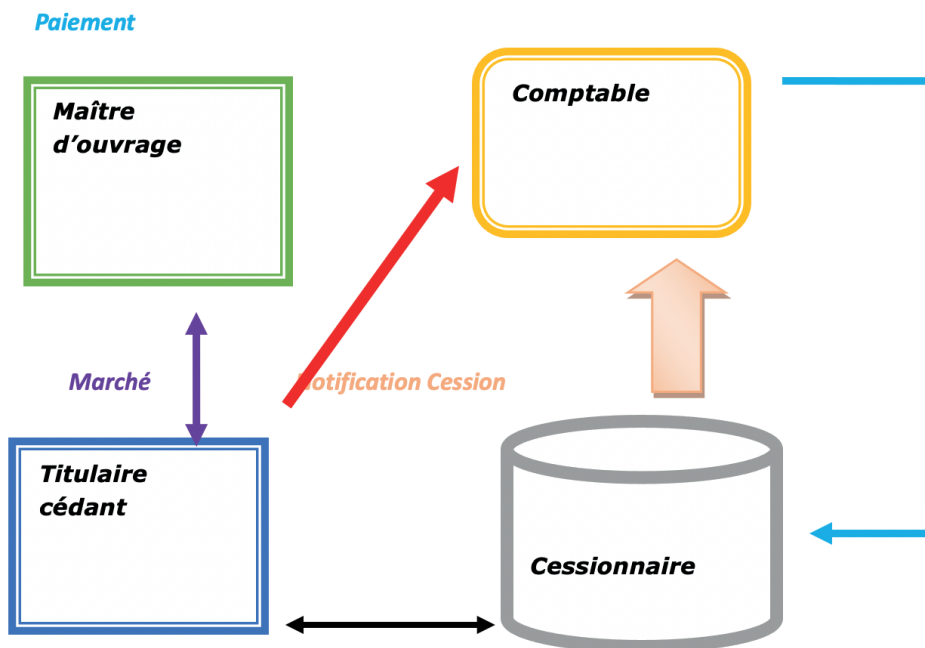
Le cessionnaire notifie ensuite la cession au comptable assignataire désigné dans le marché, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout autre moyen donnant date certaine. La preuve de la notification incombe au cessionnaire.

Le comptable doit disposer de :

- ✓ la notification de la cession ;
- ✓ l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité. Le comptable n'a pas à être destinataire du bordereau de cession, qui n'est pas une pièce justificative du paiement. Il peut cependant demander cette pièce en cas de pluralité d'oppositions sur une même créance, afin de déterminer les droits des créanciers-cessionnaires potentiels ;
- ✓ le cas échéant, l'attestation de l'établissement de crédit, selon laquelle la cession ne fait pas obstacle au paiement direct de la partie sous-traitée ou a été réduite de manière à réaliser cette condition ;
- ✓ le cas échéant, la copie de l'acte d'acceptation de la cession signée du représentant du pouvoir adjudicateur.

Comme pour la cession de droit commun, aucune disposition ne permet au débiteur cédé d'exercer un contrôle sur les motifs de la cession de créance qui lui est signifiée ou de son éventuelle mainlevée.

La cession de créance ordinaire



§3- Les conditions de fond de la cession de créance

Elle se définit comme l'acte juridique par lequel le créancier d'une obligation (cédant) transmet le lien de droit qu'il détenait contre son débiteur (débiteur cédé) à un tiers acquéreur (cessionnaire). C'est un mécanisme qui opère une transmission du lien de droit existant entre deux personnes (débiteur et créancier) par un changement de créancier.

La cession de créance est assujettie à l'accomplissement de formalités qui sont soit des conditions de validité de l'opération, soit des conditions d'opposabilité de la cession de créance au cessionnaire.

A - Les conditions de validité de la cession de créance

Les conditions de validité sont requises à peine de nullité. Ainsi, lorsqu'elles ne sont pas remplies, la cession est privée d'effets pour le passé et l'avenir.

C'est un acte consensuel comme le contrat de vente, conformément aux dispositions du Code des Obligations et des Contrats (DOC), notamment l'article 19 qui indique que « La convention n'est parfaite que par l'accord des parties » et l'article 194 qui dispose que « La cession contractuelle d'une créance, ou d'un droit, ou d'une action est parfaite par le consentement des parties. » Ainsi, l'acte de cession repose sur un **accord exprès des parties sur la chose et le prix**.

B - Les conditions d'opposabilité à cette créance

La combinaison des articles 195 et 199 du DOC implique que les parties doivent accomplir certaines formalités qui portent sur l'information du cessionnaire de la cession de créance, qui permettent qu'elle produise des effets juridiques à l'égard des tiers et du débiteur cédé, et qui exigent que la cession de créance soit signifiée au débiteur cédé. Mais aussi, ces formalités doivent permettre de s'assurer de l'acceptation non équivoque de la cession par le débiteur cédé. « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard du débiteur et des tiers que par **la signification** du transport faite au débiteur, ou par **l'acceptation** du transport faite par ce dernier. » À cet égard, nous attirons l'attention sur le fait que l'intégralité des opérations financières découlant de l'exécution de tout marché public, quels qu'en soient le montant et la forme, ressort de la compétence exclusive du comptable public concerné. En conséquence, l'acte de cession de créance doit être signifié au comptable assignataire sous peine de nullité.

Cependant, certains exigent que le contrat de cession parvienne au comptable de la part du tribunal ayant enregistré l'acte de cession entre les deux personnes contractantes. Or force est de constater que **cet enregistrement au tribunal ne confère pas à l'acte de cession de créance les mêmes privilèges qu'un jugement qui a l'autorité de la chose jugée, prévue par les articles 428 du C.P.C et 451 du D.O.C.**

Dans le même sens il faut noter que le titulaire du marché reste responsable des montants qui pourraient être précomptés à la source du fait des manquements à ses obligations ou des pénalités qui ont pu lui être infligées ou du fait des jugements rendu à son encontre. Une opposition

du titulaire du marché à l'état exécutoire émis par la personne publique n'a pas d'effet suspensif dans la limite du montant ayant fait l'objet de la garantie au profit du cessionnaire. C'est une situation qui implique que la personne publique doit refuser tout acte d'une cession de créance assortie des réserves qui empêchent l'application des règles de la comptabilité publique ou l'application des jugements rendus par les tribunaux.

C - Effets de la cession de créance

La cession de créance entraîne une **substitution de créancier**, c'est-à-dire que le cessionnaire remplace le cédant dans le rapport de droit existant à l'origine entre le cessionnaire et le cédant. L'article 194 du DOC prévoit que « La cession contractuelle d'une créance, ou d'un droit, ou d'une action est parfaite par le consentement des parties, et le cessionnaire **est substitué de droit** au cédant, à partir de ce moment. »

Aussi, et en vertu de l'article 200 du DOC, la transmission de la créance doit être effectuée avec tous ses accessoires et ses vices : « La cession d'une créance comprend les accessoires qui font partie intégrante de la créance. » Il en résulte que le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions dont bénéficiait le débiteur cédé contre le cédant, telles les exceptions d'inexécution ou les nullités.

Par ailleurs, le cédant doit garantir au cessionnaire l'existence de la créance et de ses accessoires. C'est une obligation légale. Ceci étant, l'article 204 avertit que le cédant n'est pas garant de la solvabilité du cessionnaire : «Le cédant ne garantit la solvabilité du débiteur que lorsqu'il a cédé une créance contre un débiteur qui n'était déjà plus solvable au moment de la cession. »

D'un autre côté, les parties peuvent étendre ou restreindre conventionnellement cette garantie légale. En effet, elle n'est pas d'ordre public.

§4- Les juridictions compétentes pour connaître les conditions de la cession de créance

La cession de créance peut être définie comme l'acte juridique en vertu duquel une personne qui détient une obligation sur une autre transmet ses droits à une tierce personne, cette dernière devenant alors le nouveau titulaire de l'obligation. Elle est encadrée dans le Code civil, comme on l'a montré ci-dessus. La cession de créance étant d'abord, comme toutes les autres conventions, un contrat, elle est soumise aux conditions de fond généralement admises pour les contrats en droit des obligations. À celles-ci s'ajoutent des conditions de fond spécifiques à la cession de créance elle-même.

La condition de forme essentielle est que la cession de créance doit se conclure par le biais d'un écrit, sinon elle encourt la peine de nullité. La même règle s'applique pour le nantissement de créance. On en déduit alors que la validité de la cession passe par l'existence d'un contrat formellement écrit. S'il est ainsi des principes de droit public qui « adaptent » le régime d'une cession de créances « publiques », se pose fatalement la question de savoir si la validité et/ou l'application de l'acte de cession de créance relève des juridictions administratives ou des juridictions judiciaires.

La jurisprudence, que ce soit au Maroc ou en France, a jugé qu'une délégation de créances « publiques » **relevait des juridictions judiciaires**, et ce au motif que l'acte par lequel une société titulaire « d'un marché public délègue le pouvoir adjudicateur pour le paiement de la créance due à son fournisseur est, eu égard à son objet purement financier, l'accessoire du contrat de fourniture et revêt, par suite, un caractère de droit privé. » Ce raisonnement – qui serait sans doute applicable par analogie à la cession de créance – suscite apparemment la réserve, à tout le moins lorsque la cession ou la délégation de créances apparaît comme un outil indispensable à la signature d'un contrat public et donc à la satisfaction de l'utilité publique qu'il porte.

Une telle décision s'inscrit probablement dans la continuité des arrêts qui ont pu être rendus sur les conventions tripartites couplées à des contrats de crédit-bail conclus par des délégataires de service public pour financer les investissements concernés : « La convention tripartite constitue, eu égard à son objet, l'accessoire du contrat de crédit-bail dont elle est indissociable ; elle a, dès lors, également la nature d'un contrat de droit privé. » Bien que la cession ait pour objet une créance qui est étroitement liée à l'exécution d'un contrat de droit public et qui est la contrepartie de la réalisation d'un ouvrage public, il faudrait donc comprendre qu'elle demeure un acte de droit privé, parce qu'elle est surtout, non pas l'accessoire du contrat public, mais l'accessoire du contrat de crédit qu'elle suscite, contrat de droit privé dont elle doit logiquement suivre le sort. L'explication peut se comprendre dans la mesure où, on le disait, la cession de créance n'a pas pour effet de modifier la nature de la créance, mais uniquement de modifier l'identité du créancier auprès duquel la personne publique devra acquitter sa dette.

§5- Cession du contrat et cession de créance

Nous avons déjà évoqué plus haut que la cession de créance n'est pas un mécanisme juridique qui permet de céder le marché, mais plutôt un mécanisme financier qui facilite l'exécution du marché ; par voie de conséquence, la banque ne devient jamais titulaire du marché. Cependant il existe un moyen qui permet la cession du contrat.

L'article 27 du CCAG du 13 mai 2016 évoque la procédure de la cession du marché, qui doit être distinguée de la cession de créance. À cet égard, cet article prévoit que « **La cession du marché est interdite, sauf dans les cas de cession de la totalité ou d'une partie du patrimoine** de l'entreprise titulaire 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**. Sur la base de cette autorisation, un avenant doit être conclu. » La cession du marché, au sens de cet article, est l'acte par lequel un des contractant se substitue à un tiers qui prendra en charge, au lieu et à la place du titulaire initial, la poursuite de l'exécution du marché.

Autrement dit, le cessionnaire devient le nouveau titulaire du marché, ce qui implique la reprise de l'ensemble des droits et des obligations résultant du précédent contrat par une personne morale distincte du titulaire du marché initial. Il ne s'agit pas d'une cession du contrat, mais des droits et des obligations ; c'est donc un transfert de l'ensemble du service objet du contrat.

En revanche, ce qui est interdit par cet article, c'est la cession entre deux personnes distinctes sans cession d'actif, chaque entreprise gardant sa forme juridique. Le changement de cocontractant peut être considéré dans ce cas comme une modification substantielle du contrat. C'est une opération de réattribution du marché et non une cession du marché, ce qui

constitue une négation du principe de l'obligation de l'exécution personnelle des prestations dans un marché public. Dans ce cas, l'autorisation de l'administration est nulle et non avenue. La cession du contrat correspond à la situation dans laquelle un contractant « cessionnaire » se substitue au titulaire du marché, « le cédant », qui perd la direction générale et la responsabilité de l'entreprise. En conséquence, cette cession ne peut être réalisée qu'avec l'accord explicite de l'organisme public sans qu'un nouveau contrat soit conclu. La modification affectant la personne du titulaire du marché s'effectue sur la base d'un « **avenant de transfert** », avec toutes les formalités qui s'imposent. Ceci implique que la cession du contrat obéit à trois critères cumulatifs :

- le contractant est remplacé par une tierce personne ;
- aucune modification des éléments essentiels ne peut être apportée au contrat essentiel ;
- l'autorisation préalable de l'organisme public est requise.

C'est grâce à ces critères que l'opération de cession du marché se distingue de la sous-traitance. Mais cette distinction pose en même temps la question de la possibilité de céder la totalité d'un marché sur la base d'un avenant, tandis que la sous-traitance ne peut concerner qu'une partie des prestations, sur la base d'un contrat.

A. Les conditions de cession du marché

L'organisme public, avant de se prononcer en faveur d'une cession du marché, évalue l'opportunité de ce transfert au regard de la réglementation prévue, notamment le décret du 20 mars 2013 relatif aux marchés publics. En effet, le principe de la bonne gestion des deniers publics impose à la personne publique de s'assurer que le nouveau titulaire présente toutes les garanties nécessaires pour achever le marché. À cet égard, sur le fond, la cession du contrat ne doit en aucun cas remettre en cause les éléments obligatoires et essentiels du contrat initial (objet du marché, durée, prix, nature des prestations) ni modifier substantiellement l'économie du contrat. Le cas échéant, l'organisme public doit rejeter cette cession.

Sur la forme, le cessionnaire doit répondre aux critères exigés par le Code des Marchés publics, notamment les garanties professionnelles et financières prévues par les articles 24 et 25, afin de garantir la bonne exécution du contrat. La personne publique contractante ne peut, dans ces conditions, refuser la cession d'un marché. Cependant, si la cession du marché est refusée par l'organisme public, deux solutions sont envisageables : soit le titulaire initial continue sa mission d'exécution du marché, soit la personne publique prononce la résiliation du contrat initial.

B. Causes et effets de la cession du marché

Parmi les causes qui peuvent entraîner la cession du contrat figurent le décès ou la défaillance du cocontractant, ainsi que la modification du statut de l'entreprise. Il y a aussi les raisons économiques qui résultent d'une opération financière telle que la disparition de l'entre-

prise titulaire du marché par fusion, scission ou absorption engendrant la création d'une société nouvelle, cession d'actifs ou transmission de patrimoine à un tiers. Cependant la jurisprudence en France a estimé que la cession de la quasi-totalité des parts sociales d'une société au profit d'une autre ne peut être interprétée comme entraînant une cession du contrat détenu par la première société, dès lors que cette opération financière n'a pas fait disparaître la société titulaire du marché (Conseil d'État, affaire Société Le Doyen vs La Ville de Paris - Req. N° 137065 du 4 avril 1997.) Dans le même sens, la transformation de la forme sociale ou la filialisation de l'entreprise titulaire du marché ne relève pas de la procédure de cession du marché, puisqu'elle préserve la continuité de l'entreprise. Il s'agit d'un événement de la vie interne de l'entreprise et l'administration n'a pas à s'en mêler. En conclusion, il y a cession du marché quand la personnalité juridique du tiers cessionnaire diffère de celle du titulaire du marché cédant.

En outre, la reprise pure et simple d'un contrat de marché par une nouvelle personne morale n'est subordonnée qu'à une autorisation préalable que l'autorité compétente. Celle-ci n'est en droit de refuser cette procédure que si cette cession est de nature, soit à remettre en cause les éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial, soit à modifier substantiellement l'économie du contrat. Une autre conséquence qui résulte de la cession du marché, c'est que ce transfert ne porte pas un effet novatoire, dans la mesure où il ne donne pas naissance à un nouveau contrat, puisque c'est le même contrat qui se poursuit. C'est seulement le titulaire qui change et remplace intégralement le cédant.

Aussi, la lecture du contenu de l'article 27 du CCAG-T permet de conclure que la cession du marché porte sur l'ensemble des droits et obligations puisqu'il est question de la cession du marché. Selon ses termes, le contrat serait un tout indivisible. Une cession partielle, même infime, du contrat, serait donc considérée comme une modification du contrat et non comme une cession. Bien entendu, ce transfert du marché s'effectue sur la base de l'article 50, paragraphe 3, alinéa 3 du CCAG, qui prévoit la conclusion d'un avenant. Cet avenant entraîne de facto le transfert des responsabilités et des obligations qui naissent dès l'accomplissement des démarches de la procédure de cession du marché, c'est-à-dire au jour de la cession.

Toutefois, le cessionnaire n'est pas responsable des faits antérieurs, sauf s'il a agréé les prestations du titulaire initial ou s'il est fait mention d'une clause insérée dans la convention de la cession, clause qui prévoit que le cessionnaire assume la responsabilité des prestations exécutées par le passé et de celles qui seront exécutées dans l'avenir. Dans ce cas, le cessionnaire se voit attribuer l'ensemble des droits et des obligations découlant du contrat depuis sa passation et reprend à son compte l'intégralité des obligations résultant de ce contrat. Le cédant est ainsi dégagé de toute responsabilité.

Conclusion :

La cession de créance présente des utilités qui ne sont pas à négliger. D'abord, elle autorise un paiement rapide et direct au titulaire du marché ce qui constitue une bouffé d'oxygène pour sa trésorerie ;

La cession de créance est caractérisée par l'absence de formalisme entre les parties, et la cession est réalisée par leur seul accord selon les dispositions de l'article 194 du Code des obligations et contrats ;

La loi du 2 Janvier 1981 dite « loi DAILLY » et son décret d'application dorénavant codifié aux dispositions des articles L 313-23 et suivants du Code Monétaire et Financier, ont : d'une part sensiblement simplifié la procédure de cession et de nantissement des créances lorsqu'il s'agit de réaliser ces opérations au profit d'un établissement de crédit qui mobilise les créances de ses clients, et d'autre part ouvert la voie de la cession de créance pour couvrir plusieurs, modes de cession.

§2- Le crédit documentaire

L'administration est amenée à effectuer des achats hors du Maroc. À cet effet, la procédure préconisée pour le règlement de ces achats est le recours à la procédure du crédit documentaire. Cette procédure est organisée par l'article 41§3 du décret 21 avril 1967 portant règlement général de comptabilité publique et l'article 90 du décret du 23 novembre 2017 relatif à la comptabilité des collectivités territoriales.

Le crédit documentaire s'insère dans le cadre des rapports que nouent l'administration et un fournisseur de part et d'autre d'une frontière. C'est une relation commerciale qui s'exécute par le biais de deux banques : l'une au Maroc - c'est la banque émettrice - et l'autre dans le pays du fournisseur - c'est la banque notifiative - ceci afin de faciliter le règlement des achats à l'étranger. C'est l'opération par laquelle une banque (la banque émettrice) s'engage d'ordre et pour compte de son client importateur (le donneur d'ordre) à régler à un tiers exportateur (le bénéficiaire) dans un délai déterminé, via une banque intermédiaire (la banque notifiative), un montant déterminé contre la remise de documents strictement conformes justifiant la valeur et l'expédition des marchandises. Pour comprendre tout l'intérêt du crédit documentaire, il est nécessaire de rappeler que les achats hors Maroc effectués par l'administration sont payés souvent par le biais d'une banque marocaine en faveur du fournisseur. Le financement d'un marché contracté avec un fournisseur étranger suppose que la banque émettrice se substitue à l'administration pour garantir le règlement du montant de l'achat, ce qui permet à l'administration de différer éventuellement le décaissement des fonds.

En effet les banques maîtrisent bien les mécanismes des relations commerciales internationales, du simple virement jusqu'à la lettre de garantie stand-by en passant par la traite avalisée ou le crédit documentaire. Elles appréhendent mieux les risques économiques, financiers, commerciaux et politiques, mais sont aussi en mesure de négocier le moyen de paiement approprié. Il s'agit donc d'un écrit par lequel une banque accrédite un tiers jusqu'à concurrence d'une somme déterminée et pour une certaine durée auprès d'une de ses agences ou d'un de ses correspondants.

Ainsi, le crédit documentaire permet de faciliter et d'assurer la bonne exécution de l'opération et le règlement du contrat d'un marché public entre l'administration et un exportateur étranger de nationalités différentes. Les banques des deux partenaires, maître d'ouvrage et fournisseur, cautionnent leur client respectif, ce qui limite le risque de livraison non payée, ou de marchandise payée mais non livrée. Après la signature du contrat commercial entre un acheteur importateur et un vendeur exportateur, c'est à l'acheteur qu'il revient d'initier la signature du crédit documentaire en prenant contact avec sa banque, qui répercute à une banque correspondante l'ouverture d'un crédit documentaire payable sur ses caisses. Le vendeur pourra retirer les fonds lorsque la banque aura réceptionné et reconnu en ordre les

documents exigés. Le mécanisme du crédit documentaire est réglementé par un ensemble de normes mises au point par la Chambre de Commerce internationale en 1933 par l'adoption d'un code des règles et usances uniformes de la Chambre de Commerce internationale relatives aux crédits documentaires. Ces règles sont revues régulièrement, à peu près tous les dix (10) ans, pour tenir compte des évolutions du commerce international.

Ainsi le Code a été révisé en 1951, 1962, 1974, 1983... La précédente révision a eu lieu en 1994 (brochure 500). La commission bancaire de la Chambre de Commerce internationale a révisé ces Règles et Usances par décision du 25/10/2006 avec entrée en vigueur le 01/07/2007. Il s'agit de la publication n° 600 de la C.C.I. (R.U.U. 500 auparavant). Les principales modifications de cette nouvelle version des R.U.U. consistent en une simplification des principes applicables, le nombre d'articles des R.U.U. ayant d'ailleurs été réduit de 49 à 39. Il est toujours possible d'émettre une lettre de crédit soumise aux R.U.U. 600 de la C.C.I. C'est là un trait original de cette institution et un instrument de travail qui sécurise les relations commerciales internationales entre les différents partenaires.

Le déroulement des opérations s'effectue en plusieurs étapes et entraîne l'implication de plusieurs acteurs, l'administration et son banquier, le fournisseur et sa banque. Cependant le nombre d'acteurs peut varier de trois à quatre acteurs, voire plus, selon l'opération et son envergure.

A. Le mécanisme du crédit documentaire

L'administration demande à sa banque de lui ouvrir un crédit au bénéfice du fournisseur selon les stipulations contractuelles. Elle convient avec sa banque du montant du crédit consenti, de sa durée et de l'opération que doit financer le crédit. La banque émettrice ouvre un crédit documentaire au bénéfice du fournisseur et transmet la lettre d'émission à une banque indiquée par le donneur d'ordre ou, en l'absence d'indication, à son correspondant afin de le notifier au fournisseur.

La deuxième phase consiste à envoyer la marchandise par le fournisseur à l'administration et les documents à sa banque notificative. C'est à partir de ce moment que la procédure de paiement commence. La banque notificative effectue le paiement au profit du fournisseur et la banque émettrice au Maroc règle la contrevaletur à cette banque. Les paiements bancaires internationaux s'opèrent par un jeu d'écritures entre les comptes des correspondants bancaires, connu sous le nom de jeu d'écritures « NOSTRO et LORO » ou « NOSTRO et VOTRO.»

Le paiement des sommes dues est effectué par l'administration à sa banque par l'intermédiaire de la Trésorerie générale du Royaume. Enfin il est procédé à l'envoi des documents par la banque étrangère à la banque marocaine. Cette dernière expédie à l'administration les documents relatifs à l'achat. Cette formalité constitue l'ultime étape de cette relation à l'échelle internationale et commence les relations entre l'administration et la banque émettrice.

B. La forme juridique du crédit documentaire

Selon les dispositions des articles 9 et 10 des Règles et Usances, trois types de crédit sont prévus : le crédit révoquant, le crédit irrévocable et le crédit irrévocable et confirmé.

En effet **la lettre révoquant** ne lie pas la banque au fournisseur étranger ou à la banque étrangère. Elle l'informe seulement qu'elle est chargée par l'administration de payer les traites, mais elle demeure libre de les payer ou non. Elle n'est aucunement liée à l'exportateur. Les avantages en termes de sécurité sont bien moindres que dans l'hypothèse d'une lettre de crédit irrévocable. La **lettre de crédit irrévocable** contient un engagement ferme de la banque à payer les traites dites « traites documentaires » qu'émettra le fournisseur étranger. Il s'agit en conséquence d'un engagement de la banque à l'égard de l'importateur. L'obligation de la banque ne peut pas être abolie par la volonté de l'administration qui prétendrait que la marchandise livrée ne serait pas conforme.

La lettre de **crédit irrévocable et confirmée** se distingue par une confirmation de la part de la banque émettrice. C'est une procédure utilisée quand la banque étrangère a des doutes sur la situation financière de la banque émettrice et la solvabilité de l'importateur.

Il y a d'autres formes juridiques pratiquées au niveau du secteur privé :

- **Irrévocable et notifié** : la banque émettrice est engagée. L'exportateur est protégé contre le risque de non-paiement seulement. Mais le vendeur ne bénéficie pas de garantie en cas de risque politique, catastrophique ou de non-transfert.
- **Revolving** : le montant et la durée de ce crédoc sont renouvelés de manière automatique.
- **Transférable** : permet de transférer le crédit en faveur d'un ou de plusieurs bénéficiaires.
- **Red Clause** : permet d'autoriser la banque de faire une avance au bénéficiaire.

C. Les liens entre l'administration et la banque

L'ouverture d'un crédit documentaire peut s'accompagner du dépôt d'un accreditif ou pas. En tout état de cause, l'administration doit engager la concurrence entre les différentes banques qui ont une surface financière et des correspondants à l'étranger afin de tirer avantage des frais financiers prévus.

C'est sur la base d'une convention entre l'administration et la banque que le crédit doit être réalisé. Trois points essentiels sont à respecter dans ce cas :

- la durée du financement doit correspondre à la durée d'amortissement du bien objet du crédit ;

- dans le mode de remboursement il faut prévoir une période de carence de remboursement ; en outre les remboursements doivent être conformes à la réalité économique constante en principal et en intérêts ;
- le montant des différentes commissions doit être négocié à l'avance : par exemple, le crédit est irrévocable et ferme il est utile d'éviter la commission de la confirmation.

La convention doit expliciter la nature du crédit, la date et le lieu de validité, le montant, les frais qui résultent de l'ouverture du crédit et de sa notification, et surtout une clause relative au paiement qui prévoit une période de carence (période de non paiement) au début du règlement des échéances par l'administration, selon que le crédit est réalisable par paiement différé ou utilisable par acceptation.

§3-Financement concessionnel

Le financement concessionnel **est un mode de financement externe**, indirect, c'est à dire qu'il **fait appel à des personnes physiques ou morales extérieures**. Cette méthode de financement est efficace, notamment pour les prêts, en ce qu'elle permet l'amortissement comptable des sommes avancées : cela signifie que le remboursement sera échelonné sur plusieurs mois. Un tel mode de financement peut être qualifié de financement participatif, puisqu'il met en relation des particuliers et des maîtres d'ouvrages. Ces derniers présentent leur projet sur des plateformes spécialisées, en détaillant leurs objectifs sur le court ou long terme.

Le décret n°2-22-431 du 8/03/2023 maintient, dans son article 168, le mécanisme des offres de financement concessionnels, consenties par le donneur d'ordre au maître d'ouvrage. À titre de rappel, il s'agit des offres de financement du marché à des conditions avantageuses par des financements concessionnels. De telles offres de financement peuvent être proposées par le concurrent dans le cadre d'un prêt à des conditions avantageuses ou d'un don. L'article 2 de l'arrêté du ministre délégué auprès de la ministre de l'Économie et des Finances, chargé du budget n° 1501-23 du 9 juin 2023, complète ce faisceau d'indices : « On entend par **l'offre de financement à des conditions avantageuses**, l'offre de **financement d'une partie ou de la totalité du marché public concerné que le concurrent présente.** » Il s'agit du versement d'une partie ou de la totalité du montant d'un **marché public** avant tout commencement de son exécution, puisqu'il s'agit d'une « offre de financement d'une partie ou de la totalité du marché public concerné que le concurrent présente. Ce financement « peut être présenté sous forme **d'un prêt** à des conditions avantageuses ou **d'un don.** »

Le recours à ce mode de financement est tributaire de deux conditions prévues par les articles 3 et 7 de l'arrêté susmentionné :

- L'offre de financement à des conditions avantageuses **concerne les marchés de travaux et de fournitures qui nécessitent la mobilisation de ressources financières importantes pour leur réalisation.**
- Le maître d'ouvrage est tenu, avant le lancement de l'appel à la concurrence, d'obtenir **l'autorisation préalable de l'autorité gouvernementale chargée des finances.**

À cela s'ajoutent les impératifs prévus par l'arrêté, notamment l'article 4, qui indique que « Lorsque le maître d'ouvrage décide de recourir au financement concessionnel, il est tenu de préciser, **dans le règlement de consultation**, parmi les critères d'évaluation des offres, les critères propres aux offres de financement à des conditions avantageuses présentées par les concurrents dans le cadre du **pourcentage minimum** fixé par le maître d'ouvrage. » L'offre de financement doit donc porter sur un pourcentage du montant total du marché hors taxes à indiquer par le maître d'ouvrage dans le règlement de consultation, tout en précisant la part à financer en monnaie nationale et la part à financer en devises étrangères, le cas échéant, étant donné que l'article 2 de l'arrêté implique que « L'offre de financement **d'une partie ou de la totalité du marché public** concerné que le concurrent présente. »

En outre, l'article 7 de l'arrêté prévoit que « Tout concurrent qui présente, dans son offre financière, une offre de financement à des conditions avantageuses dans le cadre du financement concessionnel est tenu de joindre à l'acte d'engagement prévu à l'article 30 du décret susvisé n° 2-22-431 **un engagement annexé audit acte d'engagement, qui précise les éléments permettant d'apprécier l'offre de financement à des conditions avantageuses qu'il a présentée**. L'engagement annexé doit être signé par l'organisme de financement. » L'article 30 du CMP prévoit que « **L'acte d'engagement par lequel le concurrent s'engage à réaliser les prestations** objet du marché, conformément aux conditions prévues aux cahiers des charges et moyennant un prix qu'il propose.

Cet acte d'engagement, **signé par le concurrent** ou son représentant dûment habilité, doit comporter l'ensemble des indications requises, y compris le relevé d'identité bancaire. » Or, l'article 5§2 indique que « L'engagement annexé doit être signé par **l'organisme de financement**. » Faut-il en déduire que le prêteur est un organisme financier, ce qui exclut de facto l'offre en guise de prêt par une personne physique ? Le prêt, dans ce cas, est-il un prêt à taux zéro, ou bien il y a un taux d'intérêt proposé ?

La réponse de l'article 2§2 est claire, qui indique que « L'offre de financement à des conditions avantageuses peut être présentée sous forme d'un **prêt** à des conditions avantageuses ou d'un **don**. »

Le financement concessionnel par un prêt

L'emprunt est le mode de financement le plus courant. Par ce biais, l'organisme de financement va mettre une certaine somme d'argent à disposition du maître d'ouvrage pour lui permettre de se lancer dans la réalisation de son projet. L'emprunt doit être remboursé au bout d'un certain temps, avec les intérêts qui l'accompagnent. Dans le cas d'un emprunt à taux zéro, c'est une option particulièrement avantageuse, car l'emprunteur n'a pas besoin de se porter caution personnelle. De ce fait, on parle d'un engagement de « **gentleman agreement** ». Dans le second cas, le taux est pris en considération. L'article 6 de l'arrêté prévoit qu'« En vue d'évaluer les offres des concurrents et d'attribuer le marché, la commission d'appel à la concurrence procède à l'évaluation des offres de financement à des conditions avantageuses présentées par les concurrents sous forme de prêts, au regard notamment des éléments suivants :

- **le taux d'intérêt proposé ;**
- le délai de grâce ;

- la durée et les modalités de remboursement ;
- les commissions et les autres frais financiers, le cas échéant ;
- les modalités de décaissement.

Ainsi, il s'agit d'un prêt en bonne et due forme, et il est assujéti aux mêmes règles comptables quant à sa budgétisation.

Le financement concessionnel par un don (Hiba)

Lorsque l'offre de financement concessionnel du concurrent comporte une partie sous forme de don, celle-ci sera prise en compte dans l'appréciation de ladite offre. À cet égard, il est rappelé qu'il appartient à l'organisme public, destinataire du versement, d'isoler ces dons au sein de sa comptabilité et de s'assurer qu'ils sont utilisés conformément à leur objet.

Au niveau de l'État, l'article 34 de la loi organique n°130-13 relative à la loi de finances dispose que « Les fonds de concours versés par des personnes morales autres que l'État ou physiques pour concourir avec ceux de l'État à des dépenses d'intérêt public, ainsi que le produit des dons et legs, sont directement portés en recettes, selon le cas, au budget général, aux budgets des services de l'État gérés de manière autonome ou aux comptes spéciaux du Trésor. Un crédit d'égal montant peut être ouvert en addition aux crédits accordés par la loi de finances. »

Au niveau des collectivités territoriales, l'article 273 de la loi n° 39-08 relative au code des droits réels du 22/11/2011 indique que « La donation est l'aliénation, sans contrepartie, d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier au profit du donataire du vivant du donateur. » L'article 274 dispose que « La donation est conclue par l'offre et l'acceptation » Comme tout contrat, la donation suppose la volonté de deux parties, la volonté du donateur et l'acceptation du donataire.

La procédure d'acceptation est formalisée par les lois organiques des collectivités territoriales du 15/07/2015. En effet, en vertu des lois organiques des collectivités territoriales, l'organe délibérant est seul compétent pour accepter ou refuser les dons. À cet égard, ces articles disposent en termes identiques que « Le conseil de la (commune, préfecture et région) **délibère sur les dons octroyés** à la collectivité territoriale concernée (articles 92 : commune- 93 : province/préfecture-98 : région), les legs qui leur sont consentis, tandis que le président de l'assemblée délibérante **exécute les délibérations** du conseil et à cet effet, il **procède à la prise de possession des dons** conformément aux articles (94 : commune- 95 province/préfecture- 101 région). En ce qui concerne les établissements publics, l'article 7 de la loi n° 69-00 relative au contrôle financier de l'État sur les entreprises publiques et autres organismes implique que les décisions du conseil d'administration ou de l'organe délibérant, portant sur les actes tels que le budget ou les conditions d'émission des emprunts et de recours aux autres formes de crédit bancaires, « ne sont valables et définitives qu'après leur approbation par le ministre chargé des finances. »

La budgétisation des prêts et des dons

La budgétisation permet de recenser, d'identifier et de classer les recettes acquises ou en cours d'acquisition. L'article 33 de la LOLF dispose que « La comptabilité générale de l'État est fondée sur le principe de la constatation des droits et obligations. Les opérations sont prises

en compte au titre de l'exercice auquel elles se rattachent, indépendamment de leur date d'encaissement ou de paiement. »

Cette disposition est complétée par l'article 34§3 qui prévoit :« Toutefois, **lorsque le produit du don octroyé** ne peut être versé préalablement au budget général, aux budgets des services de l'État gérés de manière autonome ou aux comptes spéciaux du Trésor pour permettre l'engagement de la dépense à laquelle il se rapporte, il peut être ouvert les crédits nécessaires à l'engagement et au paiement de cette dépense en addition aux crédits accordés par la loi de finances. »

Cela signifie que la budgétisation permet également de s'assurer que l'organisme public dispose de fonds pour mener le projet à terme. Elle permettra de réaliser des ajustements tout au long de celui-ci et de viser l'équilibre ou la marge espérée.

Evaluation des offres :

L'article 6 de l'arrêté dispose que « En vue d'évaluer les offres des concurrents et d'attribuer le marché, la commission d'appel à la concurrence procède à l'évaluation des offres de financement à des conditions avantageuses présentées par les concurrents sous forme de prêts au regard notamment des éléments suivants :

1 - Le taux d'intérêt proposé

L'intérêt est un revenu qui rémunère le service du prêteur en mettant un capital à disposition de l'emprunteur. Le taux d'intérêt est le rapport entre l'intérêt et le capital prêté. Il existe de très nombreux taux. Parmi les plus fréquemment utilisés figurent le taux nominal (taux affiché de rémunération) et le taux réel (il prend en compte l'effet de l'inflation).

Le taux d'intérêt exerce un rôle fondamental en économie car il transmet des informations dont dépendent de nombreuses décisions économiques : pour le niveau d'épargne, pour la décision d'investir, pour orienter le volume de crédit au sein d'une économie, pour influencer le taux de change.

Le taux d'intérêt, quant à lui, **est le rapport entre l'intérêt** (la rémunération, souvent annuelle) **et la somme prêtée ou empruntée.**

Parmi ces taux on peut citer :

Le taux nominal est le taux affiché de rémunération lors d'une opération de prêt. Il ne tient pas compte de l'inflation, c'est-à-dire de la dépréciation de la valeur de l'argent.

Le taux d'intérêt réel, quant à lui, **est la rémunération réelle d'un placement qui élimine l'effet de l'inflation.** Ce taux d'intérêt réel peut devenir négatif, si le taux d'inflation est supérieur au taux nominal.

Il existe de nombreux autres taux, dont notamment :

- ✓ **Taux effectif global (TEG)** : le taux nominal ne prend pas en compte certains frais annexes d'un prêt, comme le coût d'assurance ou les frais de dossier. Le TEG intègre l'ensemble de ces frais et permet ainsi de connaître le coût réel d'une opération de prêt ;
- ✓ **Taux d'usure** : ce taux est défini légalement et représente le taux maximum au-delà duquel il est interdit de prêter une somme d'argent ;
- ✓ **Taux de l'argent au jour le jour** : c'est le taux de l'argent déterminé quotidiennement sur le marché monétaire pour une durée de prêt de 24 heures ;

Taux directeurs : ce sont les taux d'intérêt fixés par une banque centrale pour les prêts qu'elle accorde aux banques commerciales qui en ont besoin ; c'est le principal instrument de sa politique monétaire

2 - Un délai de grâce est un délai de paiement qui peut être accordé lorsque le maître d'ouvrage estime qu'il y a des difficultés pour rembourser.

En pratique, cette possibilité peut concerner:

- Le rééchelonnement ou l'accord de la suspension des paiements pendant une durée déterminée ;
- L'absence de majoration et d'intérêts de retard dans l'éventualité de la suspension des paiements,
- Fixation des modalités de report des paiements.

2 - La durée et les modalités de remboursement d'emprunt

Il est déterminée en fonction de trois critères : d'abord, le montant de l'emprunt ; ensuite, la capacité de remboursement de l'emprunt ; enfin, les intérêts demandés par le prêteur. Pour procéder au remboursement, Il existe différentes modalités: par échéances constantes, par échéances modulables, par différé d'amortissement, par remboursement « in fine » ou par anticipation.

3 - Les commissions et les autres frais financiers

Il s'agit des rémunérations que s'octroient les organismes prêteurs sur la prestation de certains services. Des frais bancaires vient s'ajouter dans l'éventualité d'un retard de paiement, dans ce cas l'organisme facture des frais (agios) : Ils sont calculés sur la base d'un montant, une durée exprimée en jours.

4 - Les modalités de décaissement

L'emprunteur est responsable de l'exécution du projet conformément aux conditions générales et aux accords de prêt. L'organisme financier, suit et supervise l'exécution du projet pour s'assurer de sa conformité à l'accord. Un prêt est assorti de conditions de premier décaissement et d'autres conditions que l'emprunteur doit satisfaire pour les décaissements ultérieurs. C'est, ces conditions préalables au premier décaissement et le rythme des autres décaissements qui doivent être analysés et comparés. Afin de permettre aux concurrents de répondre à l'offre de financement à des conditions avantageuse, le maître d'ouvrage doit préciser, dans le règlement de consultation, la part du montant global du marché hors taxes qui doit au moins être couverte par l'offre de financement à des conditions avantageuses, en **indiquant le pourcentage** minimum de ce financement, ainsi que, les critères propres aux offres de financement à des conditions avantageuses présentées par les concurrents **dans le cadre du pourcentage** minimum fixé par le maître d'ouvrage.

§4- Les marchés financés

Il s'agit des marchés financés par les organismes internationaux tels que la Banque mondiale ou l'Union européenne.

1. Le champ d'application

La passation des marchés financés par la Banque mondiale est menée en application des directives de la Banque, en particulier pour les marchés soumis à un appel d'offres international. Les procédures nationales sont d'une façon générale en accord avec les directives de la Banque et il n'y a pas eu de cas de marchés publics importants qui n'aient pas été passés conformément aux procédures fixées dans les accords de prêt. La Banque joue également son rôle de contrôle financier qui exige un examen a priori ou a posteriori des dossiers de marchés et des audits des décisions de l'emprunteur en matière d'attribution des marchés, dépendant des seuils spécifiés dans l'accord de prêt.

De façon générale, il existe un nombre suffisant d'entreprises nationales, y compris de fournisseurs et de bureaux d'études, qui ont les compétences requises et sont parfaitement en mesure de fournir des prestations dont le montant peut atteindre 50 millions de dirhams pour les travaux, 5 millions de dirhams pour les fournitures, et 2 millions de dirhams pour les études. Pour la passation des marchés de ces montants, les procédures nationales sont normalement admises. Pour les prestations d'un montant supérieur à ces seuils, il est requis dans les accords de prêt entre le Gouvernement marocain et la Banque mondiale que ces marchés soient lancés à l'échelle internationale. Toutefois, l'examen préalable des dossiers de passation des marchés par la Banque s'applique à des seuils qui peuvent être inférieurs aux montants précités, soit : 5 à 10 millions de dirhams pour les travaux, 5 millions de dirhams pour les fournitures, et 1 million de dirhams pour les bureaux d'études.

2. Gestion, suivi et audit des marchés financés

Pour les nouveaux projets à financer, la Banque mondiale a mis en place un nouveau système d'administration des prêts : « Initiative pour l'aménagement de l'administration des prêts » (L.A.C.I.). Le nouveau système requiert la présentation de rapports trimestriels de gestion de projets (R.G.P.) qui intègrent la gestion des contrats, les décaissements et les audits, aussi bien que l'avancement physique des projets. Le nouveau R.G.P. implique que la supervision des projets financés au Maroc s'orientera de plus en plus vers des contrôles a posteriori et des audits des différentes phases de l'exécution d'un projet. La nouvelle procédure de supervision permettra de relever les seuils pour lesquels l'examen préalable des dossiers d'appel d'offres d'attribution des marchés est requis par la Banque mondiale. Les déboursements seront effectués selon des étapes achevées dans la programmation des travaux et fournitures, plutôt que sur la base des justifications des paiements spécifiques. Ceci permettra aussi aux administrations marocaines de prendre les décisions dans le cadre des procédures et des seuils spécifiés dans l'accord de prêt, sans examen préalable par la Banque mondiale.

Ainsi, les risques des projets financés sont jugés minimes, en particulier parce que la réglementation et les pratiques de passation de marchés publics offrent un environnement favorable pour l'exécution des projets de façon satisfaisante. Les conditions principales qui limitent les risques dans la passation des marchés reposent sur les éléments suivants :

La culture des résultats est au cœur de la démarche de la Banque mondiale lorsqu'elle met en œuvre des programmes et fournit des conseils sur les politiques à suivre avec ses partenaires parmi les pays à bas revenu ou à revenu intermédiaire, par résultats des activités de développement. Le groupe de la Banque mondiale et ses pays partenaires collectent des données sur les produits et les résultats du développement, afin d'avoir une meilleure connaissance des facteurs qui pèsent le plus sur les performances. Par exemple, l'accent est mis sur le dénombrement des hôpitaux ou des dispensaires ruraux et sur l'évaluation de l'impact de ces services sur la vie des populations qui les utilisent. L'accès aux services de santé s'est-il amélioré ? Combien d'enfants ont-ils été vaccinés contre les maladies infectieuses ?

Les cadres de résultats sont constamment améliorés afin d'obtenir une meilleure restitution des données et de comprendre ce qui a fonctionné ou non, et pourquoi. La Banque mondiale continue à ajuster ses systèmes chargés de rassembler et de traiter l'information ayant trait au développement. Par exemple :

- toutes les stratégies d'aide aux pays de la Banque mondiale prennent désormais en compte les principales évaluations mesurables, ce qui permet aux gouvernements, aux donateurs et aux parties prenantes de collaborer de manière plus efficace pour déterminer et atteindre les objectifs communs de développement ;
- toutes les nouvelles stratégies sectorielles de la Banque mondiale comprennent des indicateurs de résultats ;

- tous les projets de la Banque mondiale s'appuient sur des cadres de résultats et de surveillance afin de guider la mise en œuvre, d'effectuer des corrections à mi-parcours si nécessaire, de mesurer l'impact et de sélectionner les enseignements à retenir ;
- l'I.D.A. utilise son système de mesure des résultats pour identifier et suivre les résultats des activités de développement dans les pays où les politiques et les opérations bénéficient du soutien de l'I.D.A. et pour évaluer la performance de l'institution dans le processus en cours.

Section 2

Le financement administratif

Les textes qui régissent la matière sont laconiques. L'article 41 du décret du 21/0/1967 portant règlement général de comptabilité publique, ainsi que l'article 63 du décret du 13/05/2016 approuvant le C.C.A.G. offrent une possibilité pour accorder des avances.

Les C.C.A.G. relatifs aux marchés financés par des organismes financiers étrangers prévoient la possibilité d'accorder aux entreprises des avances à concurrence de 15 % du montant du marché. La Caisse marocaine des Marchés, rebaptisée **FINEA**, est un établissement public qui a pour principale mission de faciliter l'accès des entreprises au financement. À cet effet, il accorde aux petites et moyennes entreprises des « avances » sous certaines conditions.

§1- L'avance

Considérée comme une dérogation exceptionnelle à la règle comptable du service fait, l'avance constitue une exception à ce principe comptable. Il s'agit en d'autres termes d'un **paiement anticipé**, avant que le marché ait été exécuté. La réglementation antérieure s'appuyait sur une panoplie juridique qui limitait l'accès à l'avance. Dorénavant les modalités et conditions de financement des marchés publics par le système des avances sont encadrées par le décret n° 2-14- 272 du 14/05/2014, relatif aux avances en matière de marchés publics, et par les différents textes et autres règles de la comptabilité publique.

Pour ce qui concerne **les taux et conditions de versement et de remboursement** de l'avance, ils sont prévus par le Cahier des Prescriptions spéciales afférent au marché considéré. **Ils ne peuvent pas être modifiés par avenant.**

A. Le régime juridique des avances

L'avance n'est pas accordée après les service fait, mais plutôt pour **un service à faire**. Elle constitue, par là-même, une dérogation à la règle comptable du service fait prévue par l'article 41§3 du décret du 21/04/1967 relatif à la comptabilité publique, qui dispose qu'« aucun paiement ne peut intervenir avant l'exécution du service fait » ; toutefois, « des avances peuvent être consenties aux fournisseurs et entrepreneurs dans les conditions qui sont fixées par décret », ce qui signifie qu'aucun versement d'avance, forfaitaire ou facultatif, ne peut

être accordé, sauf si un document contractuel en prévoit les modalités d'octroi et de remboursement.

Cette position a été confirmée par l'avis n° 200/2001 du 19/03/2001 de la commission des marchés, « considérant qu'en ce qui concerne la possibilité de prévoir des avances dans le marché, il y a lieu de préciser que la règle posée par la comptabilité publique qui subordonne le paiement au « service fait » ne s'oppose pas, en principe, à ce que « les marchés publics donnent lieu à des acomptes ou avances » et qu'il est « de pratique courante que, pour la réalisation des grands ouvrages, notamment les barrages, les marchés y afférents contiennent des stipulations permettant à l'entrepreneur de bénéficier d'une avance. Celle-ci est accordée, au cas par cas, par décision du ministre des Finances. »

L'article 38 du C.C.A.G.-E.M.O. du 04/06/2002 dispose qu'« aucune avance ne peut être consentie à l'entrepreneur, sauf si le Cahier des Prescriptions spéciales en prévoit » et que « le remboursement des avances est effectué par déduction sur les acomptes et le solde de l'entrepreneur ». La note n° 0056 du 23/11/1984 du ministre des Finances - relative aux avances sur travaux, fournitures et transports - demande aux différentes administrations, y compris aux comptables, d'accepter de viser les avances qui seront proposées par le maître d'ouvrage en attendant la publication du décret qui réglemente les conditions d'octroi des avances : « Je vous demande d'accepter de viser les avances qui vous seront proposées en attendant la publication du texte en question ».

Ces textes permettaient donc à l'entrepreneur d'obtenir des avances lorsque certaines conditions sont réunies et dans un cadre contractuel. En effet, l'assise juridique pour accorder des avances existait, mais dans un contexte trop étiqué pour qu'elle soit applicable. Il faut que le C.P.S. ou le C.P.C. stipulent expressément la possibilité d'accorder des avances et de prévoir aussi les modalités d'octroi et de remboursement.

L'article 116 du C.C.A.G. des marchés financés par l'Union européenne dispose que des avances facultatives peuvent être accordées « si le C.P.S. le prévoit, et sur une demande expresse de l'attributaire du marché » : donc deux conditions cumulables doivent être réunies, l'annonce du C.P.S. et la demande expresse de l'attributaire. L'idée sous-jacente du régime d'octroi des avances vise en effet à faciliter l'exécution des marchés et à assurer par là-même l'égalité d'accès aux marchés publics pour les entreprises qui n'ont pas les moyens d'exécuter le marché dans des conditions financières acceptables.

Le décret du 14/05/2014 a formalisé l'octroi des avances, outre diverses améliorations. Le but annoncé par le décret est « la consolidation des mécanismes de préfinancement » et par voie de conséquence l'amélioration de la trésorerie des entreprises, notamment des petites et moyennes entreprises (P.M.E.). L'objectif voulu par les pouvoirs publics est d'arriver à une amélioration du financement du marché dans le respect de la réglementation financière : il ne peut en effet y avoir de sur-financement.

L'optimisation des clauses de financement au profit du titulaire du marché doit créer les conditions d'une optimisation des prix, puisque le recours au secteur bancaire peut être ainsi évité et, à partir de là, des frais bancaires qui risquent d'aggraver les charges des entreprises. Il permet en outre de faciliter l'exécution du marché et d'assurer l'égalité d'accès aux marchés entre

les entreprises disposant d'une trésorerie suffisante pour démarrer l'exécution des prestations et celles qui n'en disposent pas, notamment les P.M.E.

À cet effet, l'avance permet aux organismes publics de verser au titulaire d'un marché public une partie du prix du marché et ce, avant tout commencement d'exécution des prestations. Il s'agit en fait d'un « prêt » qui permet aux entreprises titulaires de marchés publics de faire face aux décalages de trésorerie engendrés par l'importance à la fois des dépenses qu'elles effectuent (travaux, fournitures...) et des délais de règlement des acomptes.

L'attribution de l'avance n'est pas **automatique**. Le décret a utilisé deux termes : tout d'abord le verbe « donner lieu » qui signifie « fournir l'occasion » et le verbe « octroyer » qui signifie « attribuer quelque chose à quelqu'un, le lui concéder d'un supérieur à un subordonné ou comme une faveur ». Ensuite le versement de l'avance est tributaire d'un préalable relatif à « **l'engagement des dépenses** » par le titulaire du marché. En effet, conformément à l'article 1 §1 du décret relatif aux avances, « L'avance s'entend des sommes que le maître d'ouvrage verse au profit du titulaire du marché pour assurer le financement des **dépenses engagées** en vue de l'exécution des travaux, fournitures ou services objet dudit marché », ce qui signifie expressément qu'**il faut engager des dépenses avant de demander une avance**, dans la mesure où l'avance est octroyée pour un service à faire. La demande d'avance, dans ces conditions, doit être appuyée par la conclusion d'un contrat d'achat de matériaux ou d'outillage qui justifie « **les dépenses engagées** », accompagnée par la constitution d'**une caution bancaire**.

En conséquence, il s'agit en fait d'une **autorisation** et **non d'une obligation** pour le maître d'ouvrage d'octroyer une avance et le C.P.S. doit prévoir cette éventualité. L'autre point concerne **la possibilité** pour le titulaire du marché, qui peut refuser le bénéfice de l'avance. Il peut également y renoncer même si le C.P.S. la prévoit, même après notification, à condition que l'avance ne lui ait pas encore été payée. Il doit, dans ce cas, saisir par courrier la personne publique. L'octroi de l'avance dans ces conditions devient possible à condition que le C.P.S. le prévoie.

B. Les modalités d'octroi des avances

L'article 2 du décret permet de distinguer trois conditions cumulatives concernant les avances dans les marchés publics : d'une part, en fonction du **montant** de la prestation, d'autre part, de **la durée** d'exécution du marché public et enfin du **type du marché** :

- le montant initial du marché, de la tranche ferme ou du lot doit être égal ou supérieur à **500 000** dirhams TTC, ce qui exclut de facto tout marché dont le montant est inférieur à cette somme ;
- le délai d'exécution du marché doit être supérieur à quatre (04) mois exprimés en mois ;
- **le type du marché** conditionne l'avance.

Dans un certain nombre de cas, l'assiette du versement ne correspond pas au montant total du marché et le montant de l'avance est calculé par référence au type du marché. Ainsi :

- **pour les marchés reconductibles**, l'avance est accordée en une seule fois sur la base du montant total de la première année, supérieur à 500 000 dirhams TTC ;
- **pour les marchés à tranches conditionnelles**, l'avance est accordée en une seule fois et ne s'applique qu'au montant de la tranche ferme, supérieur à 500 000 dirhams TTC. Or rien n'a été prévu pour les autres tranches qui seront affermées une fois la tranche ferme achevée ;
- **pour les marchés allotis**, l'avance est accordée sur la base du montant de chaque lot, si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, la base du montant de chacun des lots est supérieure à 500 000 dirhams TTC ;
- **pour les marchés cadres**, le seuil de 500 000 dirhams TTC s'apprécie par rapport au montant minimum du marché.

La constitution d'une caution

Certes, l'objectif du décret est, d'une part, la réduction en amont des délais de paiement et, d'autre part, l'allègement des charges de trésorerie des entreprises, notamment la petite et moyenne entreprise, mais si le premier objectif, sans nul doute, peut être atteint, le second doit être nuancé, dans la mesure où le décret exige la constitution d'une **caution bancaire**.

L'introduction d'une telle exigence, qui **génère des frais financiers** pour le titulaire du marché, est en fait guidée par une logique de protection des deniers publics. À cet effet, il est nécessaire de savoir que la caution constituée a pour seule finalité de couvrir la défaillance de l'entreprise titulaire du marché, dans la mesure où elle est **destinée à rembourser la totalité du montant des avances consenties** par le maître d'ouvrage et nullement pour couvrir autre chose. L'attestation de la main levée doit être délivrée au titulaire du marché dès le remboursement de la dernière échéance de l'avance.

Les articles du décret ne prévoient pas de mécanisme pour la constitution de la caution par un groupement. Une clause contractuelle doit, en conséquence, être insérée dans le marché pour prévoir les modalités de versement de l'avance au groupement et de constitution de la garantie couvrant son remboursement. À cet égard on peut imaginer que lorsqu'une caution est constituée par un groupement pour l'obtention de l'avance, deux cas de figure se présentent :

- lorsque le titulaire est un groupement solidaire, la garantie est fournie par le mandataire pour la totalité de l'avance ;
- lorsque le titulaire est un groupement conjoint, chaque membre fournit une garantie correspondant à l'avance qui lui est consentie. Si le mandataire du groupement conjoint est solidaire, il peut constituer la caution pour la totalité de l'avance.

L'assiette du calcul de l'avance

Le décret prévoit expressément les règles relatives au pourcentage et au plafond des avances qui varient selon une fourchette de 5 % à 10 % en fonction du montant initial du marché TTC, assorties de deux conditions : il est tout d'abord diminué du montant des éventuelles prestations confiées aux sous-traitants, ensuite ce montant ne peut pas être affecté par la mise en œuvre d'une clause de variation de prix. Conformément à l'article 5 du décret, le dispositif du calcul fixe le pourcentage de 10 % du montant du marché toutes taxes comprises (TTC), pour le montant **inférieur ou égal à dix millions (10 000 000)** de dirhams. Si le montant du même marché est **supérieur à dix millions (10 000 000)** de dirhams toutes taxes comprises (TTC), le taux de l'avance est fixé à 5 % de ce montant, sans pour autant que le montant total de l'avance n'excède le plafond de 20 000 000 dirhams. Le taux et les conditions de versement de l'avance sont fixés par le marché et ils ne peuvent être modifiés par avenant.

Ces mesures doivent en fait **coexister** avec les système des avances prévues par les dispositions du C.C.A.G. des marchés financés par l'Union européenne, qui sont plus généreuses mais confinées dans un cadre juridique plus contraignant. L'alinéa « a » de l'article 116 C.C.A.G.-U.E. susvisé prévoit des avances à titre forfaitaire dans les limites de 10 % et de 20 % du montant initial du marché pour l'ensemble des autres avances, c'est-à-dire les avances complémentaires qui ne doivent pas dépasser ce plafond.

Ces avances prévues par l'article 116 sont accordées selon les cas suivants :

- des avances de **démarrage**, notamment pour faire face aux dépenses de personnel ou au règlement des charges sociales ;
- des avances pour **la commande ou l'achat** de machines ou d'outillage de travaux publics ou de matériel de valeur considérable ;
- des avances à raison d'une **commande des approvisionnements** entrant dans la composition des travaux ou fournitures qui font l'objet du marché.

Le montant de l'avance est ferme et, par voie de conséquence, elle ne doit pas subir l'incidence de la révision ou du changement éventuel du montant du marché. C'est pour cette raison que l'article 95-2 du cahier des charges des marchés de fournitures financés par l'Union européenne prévoit l'octroi d'une avance de 30 % du montant initial du marché lorsque le prix est ferme, et de 35 % lorsqu'il est révisable.

Avance et sous-traitance

L'article 2 dispose expressément que « Toutefois, l'avance ne peut être octroyée au titulaire du marché pour la part du marché qui fait l'objet de sous-traitance », sauf que le titulaire du marché peut sous-traiter une partie du marché postérieurement au versement de l'avance. Faut-il alors rembourser l'avance correspondant au montant des prestations sous-traitées ou non ? Il semble que, eu égard à l'absence de prise de position dans le décret, rien ne laisse présager cette possibilité, ni même autorise à refuser l'agrément d'un sous-traitant, et ce en l'absence d'une assise juridique.

C. Les modalités de règlement des avances

Si le décret fixe les **conditions** du **remboursement** de l'avance, il n'évoque pas les **modalités** de son **règlement**, c'est-à-dire à partir de quelle date l'avance est octroyée. Tout d'abord, dans sa note de présentation, le décret prône l'idée que l'avance a pour objet « la consolidation des mécanismes de préfinancement des marchés publics » ; ensuite, et conformément à l'article premier du décret du 14/05/2014, l'avance vise à « assurer le financement des dépenses engagées en vue de l'exécution des travaux, fournitures ou services objet dudit marché. » Cependant, aucun calendrier ni aucun délai de versement des sommes destinées à cet effet n'a été fixé. Or, pour atteindre ces objectifs, il est nécessaire de réduire les délais de versement de l'avance sur le marché public, en précisant une date à partir de laquelle le délai de versement commence à courir. La date de l'approbation du marché ou sa notification au titulaire semble constituer le point de départ du délai de versement de l'avance au titulaire du marché, dès lors que ce dernier a constitué la caution bancaire et a reçu les justificatifs relatifs aux clauses conditionnelles éventuellement prévues pour les versements de cette avance afin d'alléger le poids qui pèse sur les entreprises, notamment les P.M.E. C'est surtout le cas dans le secteur des travaux publics, car leurs capacités de financement sont souvent en deçà des dépenses induites par le lancement des travaux. Une telle réduction des délais de paiement n'affecterait pas les budgets des organismes publics, puisque les crédits sont disponibles lors de l'attribution des marchés. Une chose est sûre : le paiement de l'avance ne peut être effectué avant l'approbation du marché et la constitution d'une caution personnelle et solidaire prévue par le décret.

Il appartient à l'ordonnateur de procéder au mandatement de la totalité de l'avance à l'attributaire du marché, dès la constitution de la caution bancaire et la présentation du contrat d'achat du matériel, des outils ou des matières premières. C'est pourquoi il faut inclure une clause qui prévoit la restitution de l'avance si les achats n'ont pas été livrés par le fournisseur. Lorsque le titulaire est un groupement d'entreprises, le droit à l'avance s'apprécie par rapport au montant total du marché, de la tranche ou du marché cadre, et non par rapport au montant de la part des prestations devant être exécutées par chacun de ses membres. Lorsque le marché est attribué à un groupement d'opérateurs économiques au sein duquel il est possible d'individualiser les prestations respectives de chaque membre ainsi que leur montant, le maître d'ouvrage verse la part de l'avance revenant à chacune des entreprises. À défaut d'une telle identification, l'avance est versée sur le compte du groupement ou du mandataire commun qui aura la charge de la répartir entre les membres du groupement.

D. Les modalités de remboursement de l'avance

Les avances sont des versements effectués au titulaire avant le début de l'exécution du marché. En vertu de l'article 8 du décret, son bénéficiaire en reste débiteur auprès de l'administration jusqu'à ce que la prestation soit menée à bien, ce qui signifie que les avances doivent être récupérées par prélèvement sur les acomptes au fur et à mesure de l'avancement du marché selon le rythme de l'émission des décomptes, c'est-à-dire au cours de l'exécution du marché.

Si le décret laisse une certaine liberté aux organismes publics pour déclencher le mécanisme du remboursement, il prévoit qu'en tout état de cause, le remboursement doit être achevé

lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire du marché atteint 80 % du montant TTC des prestations qui lui sont confiées au titre :

- du marché pour les marchés ordinaires ;
- de la tranche ferme pour les marchés à tranches conditionnelles ;
- du montant minimum du marché pour les marchés cadres ;
- du lot pour les marchés allotis.

Aux termes de l'article 38-2 du C.C.A.G.-E.M.O., « le remboursement des avances est effectué par déduction sur les acomptes et le solde ». Toutefois, le remboursement ne peut être commencé qu'une fois que les sommes dues au titre des prestations exécutées suffisent à garantir la bonne exécution du marché. En conséquence, on ne peut pas précompter dès le premier acompte, sinon cette avance qui constitue une bouffée d'oxygène pour la trésorerie de l'entreprise serait sans effet : c'est là où réside la latitude des maîtres d'ouvrage pour commencer les précomptes du remboursement du montant de l'avance.

Il reste à attirer l'attention sur le fait que cette dérogation est limitée dans le temps. Elle ne **s'applique qu'aux marchés en cours d'exécution** à la date de l'entrée en vigueur du décret du 14/05/2014, c'est-à-dire trente (30) jours après sa publication au bulletin officiel.

§2- L'acompte

L'acompte est une notion **financière** tandis que le **décompte** est une notion **administrative**.

Le décompte est un document qui retrace les opérations réalisées et matérialisées par les visas réglementaires prévus à cet effet (signatures du maître d'ouvrage, de l'architecte, de l'ingénieur, de l'entrepreneur...).

L'acompte constitue un règlement partiel qui survient après l'accomplissement d'un travail ou d'une prestation. Il rémunère une partie des prestations déjà exécutées et figurant dans le décompte. C'est un versement obligatoire pour un service fait et de droit acquis. Mais on peut mandater un acompte pour la totalité du marché s'il s'agit d'un paiement unique et non subséquent. De ce fait, et comme on l'a annoncé plus haut, le décompte est une notion administrative qui débouche sur l'établissement de l'acompte, tandis que l'acompte est une notion financière qui ouvre droit à un paiement.

L'article 41§3 du décret du 21/04/1967 a assimilé l'avance à l'acompte, d'où une confusion dans la distinction entre les deux notions. Cependant, les articles 64 du C.C.A.G.-T. et 39 du C.C.A.G.-E.M.O. ont clarifié la situation, dans la mesure où le paiement des acomptes est effectué au même rythme que l'établissement des décomptes provisoires. Le critère adopté est donc le service fait, tandis que l'avance est un service à accomplir par la suite. L'article 39 du C.C.A.G.-E.M.O. a prévu le remboursement des avances par déduction sur les acomptes.

Le projet de décompte mensuel établi par le titulaire constitue en fait la demande de paiement ; cette demande, datée, mentionne les références du marché. Le titulaire envoie cette demande de paiement mensuelle au maître d'œuvre par tout moyen permettant de donner

une date certaine. Le maître d'œuvre accepte ou rectifie le projet de décompte mensuel établi par le titulaire. Le projet accepté ou rectifié devient alors le décompte mensuel. Les éléments figurant dans les décomptes mensuels dès qu'ils ont un caractère définitif servent comme base de liquidation des sommes dues et donnent lieu à un ordre de paiement, c'est-à-dire à un acompte.

A. Le système des acomptes

La règle du service fait et des droits acquis implique que le montant de l'acompte ne doit pas dépasser la valeur de ce que l'entrepreneur ou le fournisseur a réalisé et sur la base de l'établissement d'un décompte provisoire, d'une facture, d'un mémoire ou des quatre cinquièmes des achats en cas d'approvisionnement.

Elle implique aussi, pour le titulaire du marché et l'ordonnateur, d'honorer les obligations réciproques :

- pour le maître d'ouvrage, c'est une manifestation ferme d'acquiescer le produit. En cas de rétraction, il est tenu de payer des intérêts moratoires ;
- pour le titulaire du marché, c'est l'obligation de réaliser le travail, de fournir la marchandise objet du marché. En cas de retard il est tenu de payer des pénalités de retard.

1. La procédure de liquidation

Les modalités de liquidation sont prévues par l'article 64-1 du C.C.A.G.-T. Le montant de l'acompte doit inclure une retenue de garantie qui correspond à 10 %. Cette retenue cesse d'être prélevée lorsqu'elle atteint 7 % du **montant initial du marché**, augmenté, le cas échéant, du montant des avenants.

Si l'entrepreneur décide de remplacer cette retenue de garantie par une caution bancaire, le montant de l'acompte correspond à la valeur des prestations auxquelles il se rapporte. Si l'administration a consenti des avances, le remboursement est effectué par déduction sur les acomptes. L'article 23 du C.C.A.G.-T. prévoit la protection des employés des entrepreneurs qui « sont soumis aux obligations prévues par les lois et règlements en vigueur régissant notamment le paiement des ouvriers ».

L'article 356 du code du travail dispose que « Le salaire minimum légal ne peut être inférieur aux montants fixés par voie réglementaire pour les activités agricoles et non agricoles après avis des organisations professionnelles des employeurs et des organisations syndicales des salariés les plus représentatives. »

À cet égard, dans le cadre de la protection des ouvriers, si le maître d'ouvrage constate que le salaire payé aux ouvriers engagés par l'entrepreneur est inférieur au salaire minimum légal, il indemnise les ouvriers lésés et effectue des retenues sur les acomptes. Le chapitre III du C.C.A.G. ;-T. est intitulé « Obligations générales de l'entrepreneur ».

Le manquement de la part de l'entrepreneurs à ses obligations, notamment le paiement des salaires, autorise le maître d'ouvrage à payer directement les arriérés des salaires non payés, par des retenues sur les décomptes, pour garantir le bon fonctionnement des travaux et la bonne exécution du projet.

2. Acompte et approvisionnement

L'article 64-2 du C.C.A.G. a prévu un moyen de financement administratif par le versement des acomptes pour couvrir l'achat effectué des approvisionnements sans qu'il y ait une exécution effective de la prestation, c'est-à-dire l'achat des produits de construction sans que la construction soit encore commencée. La seule condition est que ces approvisionnements doivent être destinés à entrer dans la composition de la prestation à réaliser et qui fait l'objet du marché. Les acomptes sur approvisionnement destinés à faire partie intégrante des travaux sont payés à concurrence des quatre cinquièmes de leur valeur, à condition de justifier de la matérialité des approvisionnements et que ceux-ci soient devenus la propriété de l'entrepreneur.

À cet effet, l'attributaire du marché doit justifier, d'une part, que ces approvisionnements ont été effectivement livrés, et d'autre part, qu'il est devenu propriétaire de la marchandise par le règlement effectif et intégral des sommes dues au véritable fournisseur. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 64-4 § 2 du C.C.A.G.-T., qui prévoit : « Les approvisionnements ne peuvent être portés aux décomptes que s'ils ont été acquis en toute propriété et effectivement payés par l'entrepreneur. »

La justification de l'acquisition et du paiement doit être matérialisée par la présentation des factures au maître d'ouvrage, qui doit les joindre au procès-verbal. Le maître d'ouvrage doit constater, sur pièce et sur place, le paiement, la livraison et la destination des approvisionnements. Cette constatation doit être consignée dans un procès-verbal établi par l'administration, qui précise la nature, la quantité et le lieu de l'enquête des approvisionnements ainsi que le paiement intégral de la marchandise.

La clause du marché qui prévoit le paiement d'un acompte au titre des approvisionnements doit indiquer le lieu de stockage des produits, les modalités de versement de l'acompte ainsi que les conditions du contrôle exercé par l'administration.

Cependant, il ne faut pas confondre le cas de l'octroi d'une **avance** au titre d'un achat éventuel d'approvisionnements prévu par l'article 116 du C.C.A.G.-U.E. susvisé et **l'acompte** pour régler des approvisionnements déjà achetés, consacré par l'article 64-4 du C.C.A.G.-T ; du 13/05/2016.

Dans le premier cas, l'octroi de l'avance a pour objet l'achat desdits matériaux, ce qui nécessite la constitution d'une garantie, tandis que dans le deuxième cas, il s'agit du paiement par un acompte des matériaux de construction déjà achetés par l'entrepreneur et déposés dans le chantier, lieu d'exécution du marché. Il n'y a donc pas lieu d'exiger une caution car d'une part, il y a une retenue du cinquième du montant de la marchandise, et d'autre part le paiement par acompte de la marchandise, qui est appelée à être incorporée dans l'ouvrage faisant l'objet du marché et qui doit rester sur le chantier, n'est mandaté qu'à concurrence des quatre cinquièmes de sa valeur.

Ceci étant, l'administration contractante jouit d'une liberté totale pour accorder ou non des avances. En revanche, elle est dans l'obligation de verser des acomptes.

B. Les modalités de règlement des acomptes

Aucun acompte ne peut être établi uniquement pour des travaux réalisés ou des fournitures réceptionnées. Ainsi, au fur et à mesure de l'approvisionnement des matériaux et du degré d'avancement des travaux, des constats de la situation peuvent être dressés. Le rythme des paiements des acomptes est aligné sur celui de l'établissement des décomptes provisoires qui sont, en principe, dressés mensuellement ou chaque fois que nécessaire, et ce à partir des attachements pour les travaux. Dans ce dernier cas, les décomptes provisoires sont établis un mois après l'acceptation des attachements.

La cadence de versement des acomptes et l'inclusion ou non de la retenue de garantie peuvent être modulées selon les prescriptions du C.P.S.

L'ordonnateur établit l'ordre de paiement relatif aux constats, en fonction du décompte appuyé par le procès-verbal, et correspondant à la facture du règlement de la marchandise, déduction faite des 10 % qui constituent une retenue de garantie, sauf si le titulaire décide de remplacer la retenue de garantie par une caution bancaire. Cet ordre de paiement est émis au profit de l'attributaire du marché. Le montant à mandater est fixé en principe au montant des débours du titulaire du marché, mais seulement à concurrence des quatre cinquièmes du montant du décompte, selon les dispositions de l'article 64-4 qui précise qu'« Il est délivré des acomptes sur le prix des matériaux approvisionnés sur le chantier jusqu'à concurrence des quatre cinquièmes de leur valeur. »

En principe, l'établissement d'un acompte pour travaux ouvre le droit à l'architecte de réclamer ses honoraires, sauf quand il s'agit d'un acompte établi au titre des approvisionnements. La raison principale en est que la valeur des approvisionnements incorporés dans la partie exécutée de l'ouvrage donne lieu à un acompte dont le service fait a été constaté, dans un deuxième acompte qui déduit le montant des approvisionnements déjà mandatés. C'est sur la base de ce dernier décompte, comportant les travaux exécutés réellement, que les honoraires sont calculés.

§3- Le solde

C'est l'acte qui fixe le montant définitif résultant de l'exécution du marché et qui règle définitivement les droits et obligations financières des parties. Le maître d'ouvrage dresse à partir du **décompte général et définitif** un état de solde. La demande de paiement du dernier acompte, transmise à la personne désignée pour exécuter le marché, doit être traitée conformément aux dispositions des articles 63 et 68 du C.C.A.G.-T.

Le **solde** retrace les acomptes perçus et la récapitulation générale, ce qui implique que le montant du solde est égal au montant du décompte final diminué du montant du dernier acompte, majoré éventuellement de l'effet de la révision des prix, et ce conformément à l'article 68-1 du C.C.A.G. : « Le décompte définitif est un document contractuel établissant

le montant total résultant de l'exécution du marché. Il récapitule en détail l'ensemble des éléments pris en compte pour le règlement définitif du marché, à savoir la nature et les quantités d'ouvrages exécutées dont le métré est arrêté définitivement et les prix qui leur sont appliqués », mais aussi le remboursement des avances : « Le remboursement des avances est effectué par déduction sur les acomptes et le solde dû à l'entrepreneur », c'est-à-dire après avoir réglé par acomptes successifs la totalité du marché au fur et à mesure de son exécution. Le montant versé des acomptes cumulés représente alors 93 % du montant du marché, si une retenue de garantie est prévue dans le contrat, ou 100 % du montant du marché dans le cas contraire.

Le paiement du dernier acompte ne saurait être assimilé au règlement du solde du marché. En effet, le paiement de l'ensemble du marché dans le cadre de l'acompte ne peut dispenser la personne publique de procéder aux opérations de « clôture » du marché, en particulier d'effectuer les opérations de réception qui font courir le délai de garantie et, s'il s'agit d'un marché de travaux, d'établir le décompte général et définitif, qui peut donner lieu à un solde nul (si toutes les prestations ont été déjà réglées), positif (s'il s'agit d'une révision des prix ou autres), ou négatif (si l'attributaire du marché est débiteur suite à des pénalités de retard ou à une résiliation). Cela signifie que le règlement des avances et des acomptes ne peut avoir le caractère d'un paiement définitif. À cet effet, il y a lieu de distinguer les deux phases que constituent le dernier acompte et le solde.

Ainsi, et afin d'éviter toute ambiguïté, il est plausible de procéder à la certification par l'ordonnateur du dernier acompte lors du mandatement de ce dernier si le montant total du marché est atteint.

Chapitre II

Le régime général des prix

Nous avons déjà mentionné que les marchés publics sont des contrats atitulaire du marché en vue de la réalisation de travaux, de fournitures ou de services, moyennant paiement d'une somme d'argent, ce qui renvoie à la notion de **prix**. Il s'agit en fait de l'une des **mentions substantielles** du marché, prévues par l'article 16-B-f du C.M.P., dont l'absence entraînerait la nullité du contrat« Les cahiers des prescriptions spéciales doivent contenir, au moins, les mentions et les stipulations suivantes : le prix, sous réserve des dispositions relatives aux marchés à prix provisoires. » Le prix dans les marchés publics conditionne en effet le succès même d'une procédure de passation, le montant des offres présentées, la bonne exécution du marché et le sort des éventuels contentieux.

Élément clé du contrat, le prix dans un marché public doit être défini selon tous ses aspects. Il est réputé couvrir toutes les charges du titulaire du marché. L'article 53-1 du C.C.A.G. dispose que « Les prix du marché comprennent toutes les dépenses résultant de l'exécution des travaux y compris tous les droits, impôts, taxes, frais généraux, faux frais et assurent à l'entrepreneur une marge pour bénéfice et risque. » Cette définition corrobore les termes de l'article 15 du C.M.P. Selon les cas prévu par l'article 14 du C.M.P., le prix des marchés **en fonction des modalités de réalisation** peut être à prix global, prix unitaires, prix mixtes ou au pourcentage ; en **fonction des conditions de réalisation** du marché qui peuvent en affecter l'exécution, les prix **sont fermes, révisables ou provisoires**.

Le marché peut également comporter, à titre accessoire, des prestations exécutées sur la base des quantités forfaitaires établies par le maître d'ouvrage visées aux articles 14-1-§2 du C.M.P. « Le montant global est calculé par addition des différents prix forfaitaires indiqués pour tous ces postes. Dans le cas où les postes sont affectés de quantités, il s'agit de quantités forfaitaires établies par le maître d'ouvrage » ; par ailleurs, l'article 60-B-2 §3 du C.C.A.G.-T. indique que « Le prix global est dû dès lors que l'ensemble des prestations objet du marché a été exécuté. Toutefois, pour la partie des attachements contestée, l'entrepreneur peut faire application de l'article 81 du C.C.A.G.-T. »

Il y a d'abord **le contenu du prix** : l'attributaire du marché **est rémunéré pour l'ensemble des prestations** définies dans le marché, indépendamment des quantités mises en œuvre pour réaliser cette prestation. On parle dans ce cas d'**un prix forfaitaire**. Lorsque la rémunération est effectuée sur la base d'une formule qui vise à multiplier le prix d'une unité par la quantité effectivement livrée ou exécutée pour déterminer le montant du règlement, on parle d'un marché à **prix unitaire**, mais quand le prix de la prestation est fixé selon une formule à appliquer au taux global, on parle de **prix au pourcentage**.

Le marché, dans ce cas, peut comporter soit des **prix unitaires**, soit des prix forfaitaires, soit les deux à la fois. Dans cette dernière éventualité, le contrat doit préciser si le prix du marché est unitaire ou forfaitaire. Si les deux caractères de prix sont appliqués dans le marché, il faut déterminer à quelles prestations s'applique le prix unitaire et à quelles prestations s'applique le prix **forfaitaire**. Ensuite la **détermination du prix** à l'avance doit être intangible. cet effet, le Code des Marchés publics prévoit la possibilité d'établir des prix **fermes, révisables ou provisoires** dans des cas déterminés.

Cette fluctuation des prix nous conduit à distinguer le **prix initial du marché, du prix de règlement**. En effet, le prix et les modalités de sa détermination sont fixés **initialement** dans les documents contractuels du marché. Par voie de conséquence, le prix de règlement est le prix déterminé par application des règles contractuelles au prix initial. Il risque de changer en fonction de l'application de ces règles. Le montant définitif du marché à ce moment-là ne peut être déterminé qu'à la fin du marché, et les quantités réellement exécutées sont alors connues.

Section 1

La notion de prix

Le décret des marchés publics ne définit pas la notion de prix, puisque c'est une notion qui appartient au langage courant et au droit commun. Cependant, le décret lui consacre plusieurs articles à géométrie variable. L'article 4, alinéa 14, définit le marché comme un contrat « **à titre onéreux** ». Un contrat « à titre onéreux » s'entend d'un contrat par lequel chacune des parties s'engage à réaliser une prestation **en contrepartie d'une autre**. N'est dès lors pas un marché public dans ce sens, un contrat par lequel un maître d'ouvrage n'est juridiquement tenu de fournir aucune prestation en contrepartie de celle que son cocontractant s'est engagé à réaliser. Ceci étant, le critère du prix ne doit pas servir à mesurer autre chose que la capacité des candidats à présenter le prix le plus bas. La contre-prestation du maître d'ouvrage peut impliquer le transfert d'une somme d'argent.

Cependant, certains estiment que « Le contrat à titre onéreux est le contrat conclu sous la condition d'acquitter une charge, une obligation ». Il n'est donc pas nécessairement question du paiement direct d'une somme d'argent. L'onérosité ne se confond pas avec le versement d'un prix et peut exister sous la forme d'autres charges. Ainsi, peut-on admettre que le code des marchés publics peut s'appliquer à des contrats sans prix, tout en se référant à l'article 3 relatif aux contrats exclus du champ d'application du décret ? On pense qu'en l'absence d'une dépense publique budgétisée, le décret est inopérant. Donc, un marché public étant conclu à titre onéreux, les prestations doivent être effectuées en contrepartie d'un prix. L'onérosité s'oppose par définition à la gratuité. Les prestations rendues à titre gratuit à une collectivité publique sont donc exclues du champ du code des marchés publics.

Le prix est la valeur, exprimée en termes monétaires, attribuée à une prestation (incluant fournitures, travaux et services) pour un ouvrage, un produit ou un service. En conséquence, il faut souligner que si un critère de prix contient un sous-critère qui concerne des rabais (par exemple, dans le cadre d'achats sur catalogue), il est imposé à l'acheteur de tenir compte des tarifs auxquels sont appliqués ces rabais, sous peine de voir la notation du critère de prix conduire à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à l'offre financièrement la plus compétitive.

§1- Le prix du marché déterminé et déterminable

En vertu de l'article 15 du C.M.P, les prix du marché comprennent toutes les dépenses résultant de l'exécution des travaux, y compris tous les droits, impôts, taxes, frais généraux et faux frais ; ces prix assurent à l'entrepreneur une marge pour bénéfice et risques. Le prix ou ses modalités de fixation et, le cas échéant, ses modalités d'évolution sont définis par le marché dans les conditions prévues par les lois et la réglementation en vigueur.

En principe, le **prix** de la prestation et le **coût** de la prestation sont des notions économiques différentes :

- le **prix** est la somme du **coût** estimé de la prestation **et** de la **marge** du cocontractant ;
- le **coût** de la prestation comprend les charges directes (résultant de l'exécution des prestations, comme l'achat de matières premières, la main d'œuvre, les frais de déplacement imposés par les documents de la consultation ou jugés nécessaires par le candidat pour la réalisation de la prestation), les charges indirectes (approvisionnement, stockage, impôts, frais de gestion, frais généraux...) et les aléas liés à l'exécution du marché.

L'article 34 du C.C.A.G-EMO du 4 juin 2002 indique que « les prix du marché ne peuvent sous aucun prétexte être modifiés. » Cependant, une clause de soupape de sécurité est prévue dans le décret des marchés publics du 8/03/2023 en cas de **modification imprévisible de la législation** ou de la réglementation applicable en cours d'exécution du marché ayant un impact sur les coûts.

C'est ce que prévoit l'article 15-1§2 et 3 : « Si le taux de la taxe sur la valeur ajoutée est modifié postérieurement à la date limite de remise des offres, le maître d'ouvrage répercute cette modification sur le prix de règlement.

Pour les marchés portant sur l'acquisition de produits ou services dont les prix sont réglementés, le maître d'ouvrage répercute la différence résultant de la modification des prix de ces produits ou services, intervenue entre la date de remise des offres et la date de livraison, sur le prix de règlement prévu au marché. »

La fixation des prix de ses articles ou services par le maître d'ouvrage est donc un élément stratégique crucial pour atteindre les objectifs fixés ; elle peut évoluer en fonction de plusieurs facteurs prévus par l'article 5, paragraphe 5 du décret des marchés publics ainsi que par l'article 53 du C.C.A.G-T.

Dans certains types de prestations de services, les modalités de rémunération du titulaire peuvent être fondées uniquement sur un pourcentage du résultat obtenu par celui-ci. Un tel prix n'est pas déterminé, mais il est déterminable si le pourcentage est connu. L'article 14-4 du décret des marchés public prévoit que « Le marché est dit à **prix au pourcentage** lorsque le prix de la prestation est fixé par un taux à appliquer au montant hors taxes des travaux réellement exécutés et régulièrement », tandis que l'article 93 du C.M.P indique que « Les honoraires de l'architecte sont obtenus par application du pourcentage qu'il propose au montant hors taxes des travaux réellement exécutés et régulièrement constatés. » C'est en fonction de la nature de la prestation que le taux du pourcentage est fixé :

Pour les prestations de construction d'ouvrages d'art ou d'hôpitaux, le taux d'honoraires de l'architecte ne peut être inférieur à quatre pour cent (4 %) ni supérieur à six pour cent (6 %) ; pour les prestations portant sur des projets de construction de bâtiments à caractère répétitif, le taux ne peut être inférieur à quatre pour cent (4 %) ni supérieur à cinq pour cent (5 %) pour les prestations d'aménagement et d'entretien de bâtiments ; quant aux prestations de décoration et d'architecture d'intérieur, le taux d'honoraires de l'architecte se situe entre (3 %) et (4 %).

Pour un **marché à prix global**, le prix est déterminé d'avance. L'article 14-1 prévoit que « Le marché à prix global est celui dans lequel un prix forfaitaire couvre l'ensemble des prestations qui font l'objet du marché. » Par principe, le prix forfaitaire intègre tous les risques techniques et économiques prévisibles pour l'entreprise. Le prix d'un marché a un caractère définitif qui s'oppose à toute remise en cause ultérieure, au motif qu'il ne s'avèrerait finalement pas juste. Il existe donc un risque lorsque les quantités figurant au descriptif ne sont données qu'à titre indicatif, en particulier si les études n'ont pas été suffisamment poussées. Dans un marché à prix global et forfaitaire, le prix convenu entre les parties ne peut varier, même si le titulaire du marché effectue des travaux supplémentaires.

À cet égard, on peut dire que le prix initial du marché est en principe définitif, mais pour des raisons multiples, il peut être provisoire dans certains cas particuliers. En effet, certains marchés, par nature, peuvent être conclus sur la base d'un prix provisoire. Le prix ne deviendra définitif qu'au cours de l'exécution du marché, ou même après la fin de l'exécution de la prestation, par la voie d'un avenant, lorsque les paramètres précis de détermination du prix définitif et de ses éventuelles conditions de variation seront connus. Le recours à des prix provisoires est exceptionnel. La nécessité de signer un avenant, donc de parvenir à un accord entre les deux parties au contrat, est en principe une source potentielle de difficultés au moment de la fixation du prix définitif. Les articles 89 et 90 du C.M.P concrétisent cette situation, notamment l'article 89, paragraphes 6 et 7, qui détaillent « les prestations à réaliser en cas d'extrême urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles ; les prestations revêtant un caractère urgent qui intéressent la défense du territoire. Les marchés relatifs à ces prestations supplémentaires sont établis sous forme d'avenants aux marchés initiaux y afférents. » Ces marchés à titre exceptionnel doivent être conclus par échange de lettres ou par convention spéciale. « Les lettres échangées ou la convention spéciale doivent être régularisées sous forme de marché à prix définitif dans les trois mois qui suivent. »

Il peut donc y avoir des **prix provisoires** dans deux cas prévus par les articles 55 et 56 du C.C.A.G-T:

1. lors de travaux supplémentaires ordonnés par le maître d'ouvrage et lorsque les ouvrages, par leur nature, ne figurent pas dans la décomposition des prix, des prix provisoires (« d'attente ») sont notifiés au titulaire. L'article 55 du C.C.A.G-T dispose que l'« On entend par « ouvrages ou travaux supplémentaires » des ouvrages ou travaux qui ne figurent pas au marché initial que le maître d'ouvrage prescrit à l'entrepreneur par ordre de service immédiatement exécutable, lorsque, sans changer l'objet du marché (...), ces ouvrages ou travaux supplémentaires sont constatés par avenant qui fixe leur nature, leurs prix et, le cas échéant, le délai de leur exécution. »

2. Il peut également y avoir des prix provisoires dans les marchés de travaux ; en effet, lorsque la provenance des matériaux, produits ou composants de construction est fixée dans le marché, le titulaire ne peut la modifier que si le maître d'œuvre l'y autorise par écrit. Dans le cas du changement de la provenance des matériaux prévu par l'article 56 du C.C.A.G-T, « Le maître d'ouvrage peut en cours d'exécution du marché prescrire à l'entrepreneur la modification de la provenance des matériaux si le lieu de la provenance a été fixé par le cahier des prescriptions spéciales. Ce changement de la provenance des matériaux fait l'objet d'un avenant qui fait ressortir le nouveau lieu de provenance ainsi que la moins-value ou la plus-value résultant de ce changement. » Le prix initial indiqué dans le marché et sur la base duquel il est conclu ne peut plus, en principe, être modifié en cours d'exécution. La forme du prix adoptée par le marché et le régime des prix sont donc a priori fixes pour la durée d'exécution du marché. Néanmoins, l'article 15-2 du C.M.P porte sur la révision des prix : « Le prix du marché est révisable lorsqu'il peut être modifié en raison des variations économiques intervenues en cours d'exécution des prestations ».

Cependant, ce principe n'est pas absolu et connaît des exceptions prévues par la réglementation en vigueur.

Si une modification des modalités d'évolution constitue une modification substantielle du contrat, dès lors qu'elle modifie les conditions de la mise en œuvre de l'exécution du marché, une telle modification n'est possible que dans les hypothèses et dans les conditions prévues par l'article 54, paragraphes 2 et 3 du CCAG-T, qui prévoit une clause de réexamen.

Dans le même registre, citons la possibilité de modification des clauses financières pendant l'exécution du marché. Les clauses financières peuvent être synallagmatiques et obliger réciproquement les parties l'une envers l'autre, soit unilatérales. Dans ce dernier cas, l'administration a toujours la possibilité de recourir à la clause exorbitante et d'user de son pouvoir de modification unilatérale. Cette faculté, dégagée par la réglementation qui gouverne les marchés publics, prévoit que lorsque l'administration procède à une telle modification, le titulaire du marché a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat. À cet égard, et en vertu de l'article 54-2 du C.C.A.G-T, « Si, pendant le délai contractuel du marché, les prix des travaux subissent, suite à l'application de la ou des formules de révision des prix définies dans le cahier des prescriptions spéciales, une variation telle que le montant total des travaux restant à exécuter se trouve, à un instant donné, augmenté ou diminué de plus de cinquante pour cent (50 %) par rapport au montant de ces mêmes travaux établi sur la base des prix initiaux du marché, ***l'autorité compétente peut résilier le marché d'office.***

De son côté, ***l'entrepreneur peut demander, par écrit, la résiliation du marché***, sauf dans le cas où le montant non révisé des travaux restant à exécuter n'excède pas dix pour cent (10 %) du montant initial du marché. »

§2-Prix de référence et référentiel des prix

Pour l'établissement des prix et leur détermination, le code des marchés public de 2023 prévoit un référentiel des prix prévu par l'article 6§2 et un prix de référence indiqué par l'article 44-A. Deux notions sont à distinguer.

La première s'inscrit dans une logique de bonne gouvernance et de bonne gestion des deniers publics, l'autre dans une vision « d'efficacité des marchés publics et de bonne utilisation des deniers publics », selon les dispositions de l'article 1 du décret. La seconde intervient en aval, dans le cadre de l'évaluation des offres et, par voie de conséquence, du « respect d'égalité de traitement des concurrents et [de] la transparence dans le choix du maître d'ouvrage. »

L'accessibilité signifie que les détails du marché public doivent être accessibles à tout le monde pour bien cerner le besoin du client et se renseigner davantage sur les éléments de détail. **L'égalité** implique que toutes les offres reçues dans le délai légal doivent être traitées de la même façon sans aucune discrimination due à l'origine du candidat, à son pouvoir ou à son positionnement sur le marché. Dans le cadre de **la transparence**, les critères de sélection doivent être dévoilés lors de la publication du marché (offre la moins-disante, temps de réalisation, etc.). Ainsi, les candidats non retenus ont droit à un justificatif (motif de refus).

A - Le référentiel des prix

Le référentiel des prix vise à définir un prix plafond dans le cadre de la commande publique, à l'usage de l'administration et de ses démembrements, dans le souci d'instaurer une discipline des prix tout en préservant la qualité des ouvrages, biens et produits acquis.

Un référentiel des prix désigne une base de données ou un ensemble de règles qui détermine les prix des produits faisant partie des commandes de la personne publique. Il s'agit d'un outil essentiel pour la gestion des prix et la stratégie d'achat. Pour chaque produit, le référentiel des prix définit un prix plafond obtenu à partir de la moyenne des prix (toutes taxes comprises, excepté le matériel roulant pour lequel le prix indiqué est hors taxes) collectés au niveau des points de vente, à laquelle le comité a ajouté une marge de 5 % pour tenir compte des fluctuations éventuelles au niveau de la marge bénéficiaire et du délai de paiement de la commande publique.

Ce prix plafond étant un prix unitaire, il en résulte qu'au cas où la transaction porte sur un grand nombre d'ouvrages, d'équipements ou de fournitures, l'administration et ses démembrements doivent rechercher une économie d'échelle en vue d'obtenir de meilleurs coûts.

Le référentiel des prix est un document qui fait ressortir les éléments suivants :

- ✓ rubrique pour la désignation du produit ;
- ✓ rubrique pour le prix moyen ;
- ✓ rubrique pour le prix plafond.

Le référentiel des prix rassemble des informations sur les coûts d'achat des produits, les marges bénéficiaires souhaitées, les politiques de tarification spécifiques ainsi que les données de la concurrence et du marché. En utilisant ces informations, les maîtres d'ouvrage peuvent définir des prix compétitifs, réactifs et rentables pour leurs achats. Ce référentiel permet également aux maîtres d'ouvrage de suivre et d'ajuster les prix en fonction des fluc-

tuations du marché, des changements de coûts des matières premières, des variations saisonnières et des promotions. Il facilite la gestion des prix à grande échelle, en permettant de définir des prix par catégorie de produits.

B – Le prix de référence

Le prix ne doit pas être déconnecté de la qualité des prestations proposées. Un prix seul n'a aucune valeur d'expertise. Il ne prend cette valeur que lorsqu'il est mis en face de prestations dont la qualité doit être évaluée. À cet effet, et conformément à l'article 5 « le maître d'ouvrage est tenu, avant tout appel à la concurrence ou toute négociation, de déterminer, aussi exactement que possible, les besoins à satisfaire et **les spécifications techniques et la consistance des prestations** à exécuter. **Les spécifications techniques** des prestations objet du marché doivent être déterminées **en fonction de critères liés notamment à la performance, à la capacité et à la qualité requises**.

Aux termes de cet article 44, le prix de référence est simplement défini comme celui qui a été *déterminé par le maître d'ouvrage et à partir duquel* le choix peut être opéré« L'offre la mieux-disante, à proposer au maître d'ouvrage, est celle qui est la plus proche du prix de référence par défaut. » La difficulté réside dans la capacité du maître d'ouvrage de justifier la réalité de ce prix de référence. De fait, la commission vérifie **le résultat des opérations arithmétiques** des offres financières.

Selon les dispositions de l'article 44-A, « **Le prix de référence** des offres est égal à la moyenne arithmétique résultant de l'estimation du coût des prestations établie par le maître d'ouvrage et de la moyenne des offres financières des concurrents retenus. Il fixe les conditions de détermination du prix de référence devant être utilisé dans le cadre de l'évaluation des **offres financières** des concurrents. Le prix de référence, dont les conditions sont fixées par le décret du 8 mars 2024 constitue la base à partir de laquelle la commission d'appel d'offres procède au classement des concurrents. Ainsi, le document de base pour calculer le prix de référence est l'offre financière.

L'offre financière, comme son nom l'indique, correspond à l'aspect financier du projet ; elle récapitule les prix proposés par le soumissionnaire pour le marché. L'offre financière peut être articulée en plusieurs parties, chacune d'entre elles correspondant à une désignation financière. Sur la base des offres techniques et financières proposées par les concurrents, la commission d'examen et d'évaluation des offres choisit le dossier le plus intéressant en fonction des critères préétablis.

Cependant, force est de constater que c'est la commission qui définit le prix de référence : « pour définir le prix financier, «la commission détermine le prix de référence ». Cette détermination s'effectue, d'une part « après avoir écarté les offres jugées excessives et anormalement basses, » et d'autre part, « l'offre la mieux-disante est celle qui est la plus proche du prix de référence par défaut. » En cas d'absence d'offres inférieures au prix de référence, l'offre la mieux-disante est celle qui est la plus proche par excès de ce prix.

C - Les documents financiers annexes

L'examen et l'évaluation des offres nécessitent une organisation rigoureuse, une stratégie clairement définie et une cohérence entre le mémoire technique, la stratégie de prix et l'acte d'engagement. En suivant ces étapes, les maîtres d'ouvrage peuvent augmenter leurs chances de porter un jugement juste et équitable. La combinaison des articles 4, 30, 43 et 44 donne une synthèse des documents financiers annexes qui peut servir au calcul du prix de référence ou de l'offre économique la plus avantageuse. En effet, l'offre financière doit être établie à partir des documents fournis dans les documents de consultation.

L'acte d'engagement : c'est un document contractuel qui engage l'entreprise à respecter les conditions du marché public. Il est important de valider l'acte d'engagement pour s'assurer que toutes les conditions ont été respectées et que l'entreprise peut honorer ses engagements. L'offre financière comprend aussi le bordereau des prix et le détail estimatif pour les marchés à prix unitaire ou le bordereau du prix global et la décomposition du montant global pour les marchés à prix global.

Le bordereau des prix : c'est un document indiquant la liste des prix unitaires de chaque produit, prestation ou service proposé. Il contient une décomposition par poste des prestations à exécuter et indique, pour chacun de ces postes, le prix qui lui est applicable. Il est utilisé dans les marchés dits « prix unitaire ». Le bordereau des prix unitaires est un élément du prix qui doit impérativement être inclus dans les offres financières lorsque le prix global des produits fournis ou des services accordés est calculé sur la base du prix unitaire (par article). Le bordereau des prix unitaires est représenté sous forme de colonnes, dont la première précise la désignation du produit/service, la deuxième indique le nombre d'unités et la troisième est consacrée au prix unitaire.

Le bordereau du prix global : pour un marché à prix global, ce document indique la prestation à réaliser et le prix correspondant. Un tel prix est fixé - in fine – sur la base de l'article 21-2, qui combine le prix d'acquisition et l'évaluation monétaire du coût d'utilisation et/ou de maintenance pendant une durée déterminée.

Le détail estimatif a pour but de rapprocher au maximum les estimations du cas réel (en chantier Le détail estimatif complète les informations évoquées dans le bordereau des prix unitaires, car il précise le montant global d'un poste de travail ou d'un produit calculé sur la base des prix unitaires cités au préalable.

§-3 L'offre économiquement la plus avantageuse

Le prix est un facteur de positionnement de l'offre sur le marché. C'est lui qui permettra au maître d'ouvrage de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Si le critère financier est consubstantiel au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse selon le CMP, il reste à déterminer la méthode d'analyse de ce dernier et le degré d'information devant figurer dans les documents de la consultation.

Il faut donc faire appel à d'autres critères prévus par les dispositions du C.M.P. L'article 21, paragraphe 1 indique que « Le règlement de consultation est un document qui détermine les conditions de présentation des offres et **les critères et modalités d'attribution du marché.** »

Les paragraphes 5, 6 et 7 sont clairs : l'attribution du marché se fait uniquement sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse. Toutefois, pour **les fournitures induisant** un coût d'utilisation et/ou de maintenance, **le critère « coût d'utilisation et/ou de maintenance » doit être pris en considération pour l'attribution du marché.**

À cet effet, l'attribution du marché se fait **sur la base du prix global** combinant le prix d'acquisition et l'évaluation monétaire du coût d'utilisation et/ou de maintenance pendant une durée déterminée. »

L'article 5 présente un tableau de bord qui donne des indications importantes : « Les spécifications techniques des prestations objet du marché doivent être déterminées en fonction de critères liés notamment à **la performance, à la capacité et à la qualité requises.** » De telles indications corroborent les principes annoncés par l'article 1 du décret pour assurer « **l'efficacité des marchés publics et la bonne utilisation des deniers publics.** » C'est pourquoi on constate une pluralité des critères d'analyse possible.

En fait, en vertu de l'article 43-II-1-a, b, c du décret, on entend par « offre économiquement la plus avantageuse selon le type de critère financier identifié par le maître d'ouvrage » **l'offre financière la mieux-disante et le prix de référence.** L'offre la mieux-disante à proposer au maître d'ouvrage est celle qui est la plus proche du prix de référence par défaut.

Pour les marchés de travaux et les marchés de services autres que les études :

- c'est l'offre financière la mieux-disante par rapport au prix de référence.

Pour les marchés de gardiennage et de nettoyage des bâtiments administratifs et d'entretien des espaces verts :

- l'offre la mieux-disante s'entend du taux de majoration proposé le plus faible appliqué au coût estimé des prestations établi par le maître d'ouvrage.

Pour les marchés de fournitures :

- c'est l'offre financière la mieux-disante par rapport au prix de référence, en tenant compte, le cas échéant, de la combinaison du prix d'acquisition et du prix global.

Pour les marchés de services portant sur des prestations d'études :

- l'offre ayant obtenu la meilleure note technico-financière dans les conditions prévues à l'article 144.

A - L'offre la mieux-disante et l'offre économiquement la plus avantageuse

Pour la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse, le mieux-disant s'impose aux maîtres d'ouvrage. Le mieux-disant peut se définir comme « *l'expression des critères de choix fondant l'attribution du marché à la meilleure offre.* » Ces critères peuvent être économiques, sociaux ou environnementaux et s'exprimer de manière quantitative ou qualitative, comme le prévoit l'article 21-1 du CMP qui met en avant « les performances liées à la protection de l'environnement et au développement durable ; le développement des énergies renouvelables et de l'efficacité énergétique ».

Le **prix** est là comme une composante d'un ensemble de critères techniques, qualitatifs et économiques qui permettent de sélectionner le produit ou le service, ou encore les travaux, qui répondent le mieux à la détermination par le donneur d'ordre de son achat qui est l'objet du marché. Toutefois, le prix est souvent un critère de sélection prépondérant à côté d'autres critères reflétant des enjeux de développement durable. Ces derniers sont donc à introduire dans les appels d'offres selon une pondération fixée par la personne publique. C'est une méthodologie pour l'évaluation des enjeux de développement durable dans l'acte d'achat.

En effet, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse dépend de la bonne définition de son besoin par l'acheteur ou l'autorité concédante, du bon choix des critères qui en sont la traduction et d'une bonne méthode de mise en œuvre de ces derniers. Le critère de performance économique fait appel à la notion d'estimation du « **coût global** ». Ce critère ne tient pas seulement compte du prix, mais de paramètres comme l'amortissement sur la durée de vie du produit, intégrant d'ailleurs sa fin de vie ou son recyclage, ainsi que les externalités négatives éventuellement générées. Le mieux-disant est bien en soi une démarche d'achat rationnel. C'est par la détermination des besoins en eux-mêmes que le caractère responsable de l'achat doit être démontré.

En effet, le prix n'est pas la clé de voûte de l'offre du mieux-disant, puisque certains concurrents peuvent être conduits à répondre avec des prix très bas afin d'augmenter leurs chances d'obtenir des marchés. L'attribution du marché à un concurrent qui a sous-évalué le prix de la prestation peut avoir des conséquences dommageables pour les différents acteurs économiques. Et pour cause, la qualité des prestations fournies peut ne pas correspondre aux critères des besoins définis par le maître d'ouvrage et des difficultés d'exécution peuvent être rencontrées et constatées. Le jeu de la concurrence est faussé, tandis que les concurrents évincés se trouvent lésés.

À cet égard, il faut **distinguer les critères d'attribution des modalités d'exécution** prévues par les articles 5 et 6 du décret (CMP). En effet, les critères d'attribution permettent le choix de l'attributaire du marché alors que les modalités d'exécution fixent les conditions du marché qui s'imposent au titulaire du marché. L'article 5, § 5 indique que « les spécifications techniques des prestations objet du marché doivent être déterminées en fonction de critères liés notamment à la **performance, à la capacité et à la qualité requises.** »

L'article 6, § 1 et 2 prévoit qu'« Avant tout appel à la concurrence ou toute négociation, le maître d'ouvrage établit une estimation du coût des prestations à réaliser, en fonction des

caractéristiques et de la consistance de ces prestations, des prix pratiqués sur le marché et des considérations et sujétions se rapportant, notamment, **aux conditions et au délai d'exécution**. L'estimation du coût des prestations peut, également, être établie sur la base de référentiels de prix, **lorsqu'ils existent**. » Ainsi, ici, le principe de rapport qualité-prix est présent avec force, tandis que le recours au critère du prix est accessoire ; de plus, ce critère du prix n'est analysé que lorsqu'il existe.

En outre, les critères sont différents en fonction du type de marché et de l'importance de l'opération, ce qui exige une bonne connaissance du secteur économique et de ses caractéristiques par la personne publique. Les critères techniques doivent donc être particulièrement précis, explicites, réalisables et parfaitement identifiables par les concurrents.

Lorsque le marché est passé selon les dispositions de l'article 13, relatives à la procédure de l'offre spontanée, et de l'article 144, qui porte sur les marchés d'études, ces dispositions imposent au maître d'ouvrage de **pondérer** les critères de choix. Le poids de/attribué à chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié. L'article 143 dispose que « Pour l'attribution du marché, la note globale est obtenue par l'addition des notes technique et financière, après l'introduction d'une pondération. La pondération attribuée à l'offre financière est déterminée compte tenu de la complexité de la mission et du niveau de qualité technique voulu. La pondération attribuée à l'offre financière est fixée à une note comprise entre dix (10) et quarante (40) points, sur une note globale de cent (100) points. » Si la commission se trouve dans l'impossibilité de pondérer ces critères, du fait notamment de la complexité du marché, elle est tenue de les classer par ordre décroissant d'importance, puisque cet article indique que « L'offre du concurrent ayant obtenu la note globale la plus élevée est considérée l'offre la plus avantageuse. » Donc, il est conseillé de hiérarchiser les critères, c'est-à-dire de les énoncer dans un ordre décroissant d'importance.

L'autre élément à prendre en considération, c'est **le critère du coût global**, que le maître d'ouvrage ne doit pas négliger s'il doit prendre en compte le prix de la prestation ou de la fourniture par l'opération de la commande, soit du fait de l'accroissement des charges d'entretien ou d'exploitation, soit en termes d'économies résultants d'avancées technologiques ou d'innovation. Conformément à l'article 21-2§6, « À cet effet, l'attribution du marché se fait sur la base du prix global combinant le prix d'acquisition et l'évaluation monétaire du coût d'utilisation et/ou de maintenance pendant une durée déterminée. » L'article 43-II-1-b donne des précisions complémentaires « pour les marchés de fournitures, [avec] l'offre financière la mieux-disante par rapport au prix de référence, en tenant compte, le cas échéant, de la combinaison du prix d'acquisition et de l'évaluation monétaire du coût d'utilisation et/ou de maintenance pendant une durée déterminée dans les conditions prévues à l'article 21 du décret. »

La notion de **coût global renvoie** à des choix d'investissements motivés par le potentiel d'économies réalisables sur une période qui couvre la durée de vie de l'ouvrage ou des services. La prise en compte du coût global permet d'effectuer des économies sur le long terme, les coûts ultérieurs de fonctionnement (entretien, maintenance, remplacement, etc.) étant intégrés dans le prix final.

La notion de coût global peut, en première approche, s'exprimer selon l'équation suivante : **coût global = coût initial + coût différé - coût résiduel**. En somme, on répète que l'offre économiquement la plus avantageuse est la définition officielle et réglementaire de la notion de

« mieux-disant », qui est l'expression des critères de choix fondant l'attribution du marché à la meilleure offre. Le prix n'est là qu'une des composantes d'un ensemble de critères techniques, qualitatifs et économiques, sociaux ou environnementaux qui permettent de sélectionner le produit ou le service, ou encore les travaux, qui répondent le mieux à la détermination par le donneur d'ordre de son besoin d'achat, qui est l'objet du marché. Le coût, qui peut être retenu comme critère unique, est pour sa part déterminé selon une **approche globale** pouvant être fondée sur le coût du cycle de vie. L'achat n'est plus alors appréhendé par le seul prix, mais intègre l'ensemble des coûts générés par le produit, le service ou les travaux objet du marché, tels que les coûts liés à l'acquisition, les coûts liés à l'utilisation comme la consommation d'énergie, les frais de maintenance, les coûts de collecte et de recyclage, etc.

Ce qui, sans ambiguïté, confirme la règle du mieux-disant au travers de l'offre économiquement la plus avantageuse, réside d'une part dans l'affirmation par les articles 6 et 43 du C.M.P, que le recours à un critère unique du prix est une voie d'exception qui doit pouvoir être justifiée par l'objet du marché, d'autre part par l'inscription dans le code d'un principe de pondération des critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, lequel était absent du code précédent.

B - Le moins-disant comme critère d'attribution

La réglementation actuelle en matière de marchés préconise le recours au moins-disant et la recherche incessante des prix les plus bas possibles ; nombre de professionnels du secteur du bâtiment et des travaux publics en dénoncent les conséquences, à savoir le recours à des pratiques frauduleuses de la part de certaines sociétés retenues dans les appels d'offres.

Une telle disposition est souvent mal interprétée par certains acteurs du processus des marchés publics, entraînant parfois des manquements au niveau de la réalisation. Nombreux sont ceux qui se sont plaints du fait que les modalités de sélection des offres qui consacrent le principe du moins-disant ne reflètent généralement pas l'efficacité attendue de l'achat ou du projet d'achat du maître d'ouvrage. Trop souvent, les prix avalisés ne sont pas compatibles avec la ventilation des coûts et les contraintes liées à la réalisation efficace des projets sur le long terme.

En effet, l'objectif du maître d'ouvrage résulte d'un arbitrage entre la satisfaction de besoins spécifiques et la prise en compte de finalités plus larges concernant la politique économique. Il en résulte un compromis entre deux impératifs qui ne sont pas nécessairement compatibles :

La recherche d'une satisfaction du besoin au moindre coût, bien que le passage de l'idée de « mise en concurrence » à celle de « prix concurrentiels » relève d'un glissement théorique plutôt équivoque ; **le caractère équivoque des modalités d'attribution**. Les règles d'attribution des marchés publics semblent reposer sur deux principes :

- ✓ au niveau de l'organisme public, ce sont les prix concurrentiels qui assurent l'allocation optimale des ressources ;
- ✓ au niveau de l'établissement, c'est la mise en compétition des concurrents qui assure le prix le plus bas.

C - Les offres irrégulières, anormalement basses, inacceptables ou inappropriées

Conformément à l'article 43-II-3 du CMP, il est indispensable que la valeur respective de chaque critère fasse l'objet, par la commission, d'une réflexion approfondie en amont de la procédure d'évaluation des offres financières des concurrents quant au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. « La commission vérifie, ensuite, si l'offre économiquement la plus avantageuse ne comporte pas un ou des prix unitaires principaux excessifs ou anormalement bas tels que définis à l'article 44 du décret. »

Lorsque le prix proposé par un concurrent est manifestement excessif ou anormalement bas, la commission a la possibilité de faire application des dispositions de l'article 44-C du code des marchés publics, qui prévoit que « Lorsqu'il s'avère qu'un ou plusieurs prix unitaires principaux figurant dans le bordereau des prix et/ou le détail estimatif de l'offre la plus avantageuse sont excessifs ou anormalement bas au regard des critères fixés au présent paragraphe, la commission d'appel d'offres invite, par écrit, le concurrent concerné à justifier ce prix ou ces prix ».

La commission « peut » écarter les offres jugées anormalement basses au regard du prix proposé par un concurrent en contrepartie des prestations à réaliser, par une décision motivée après avoir au préalable demandé par écrit aux candidats concernés les précisions qu'elle juge utiles et après avoir vérifié les justifications fournies.

La procédure d'appel d'offres consiste à sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse. Ce critère peut inciter certains candidats à sous-évaluer leur offre de manière à se donner plus de chances de remporter un marché, et passer devant la concurrence. En effet, l'article 43-II-a dispose qu'« Au sens du présent décret, on entend par « offre économiquement la plus avantageuse » :

- A. l'offre financière **la mieux-disante** par rapport au prix de référence, pour les marchés de travaux et les marchés de services autres que les études ;
- B. pour les marchés de fournitures, l'offre financière **la mieux-disante** par rapport au prix de référence ;
- C. pour les marchés de services portant sur des prestations d'études, l'offre ayant obtenu **la meilleure note** technico-financière. La procédure d'évaluation des offres ne consiste donc pas à sélectionner l'offre la moins-disante, mais plutôt à sélectionner l'offre la mieux-disante. L'offre la mieux-disante à proposer au maître d'ouvrage est donc **celle qui est la plus proche du prix de référence par défaut. En cas d'absence** d'offres inférieures au prix de référence, l'offre la mieux-disante est celle qui est **la plus proche par excès de ce prix.**

Une offre peut être jugée inacceptable dans les cas suivants :

- ✓ L'offre est jugée excessive lorsqu'elle est supérieure à l'estimation du coût des prestations ;
- ✓ L'offre est jugée anormalement basse lorsqu'elle est inférieure à l'estimation du coût des prestations établie par le maître d'ouvrage pour les marchés de travaux ;
- ✓ L'offre économiquement la plus avantageuse comporte un ou des prix unitaires princi-

paux excessifs ou anormalement bas tels que définis à l'article 44 du décret. Pour les prix unitaires principaux excessifs ou anormalement bas, le cahier des prescriptions spéciales peut, en cas de besoin, prévoir une clause relative aux prix unitaires.

- 1 – Offre excessive : l'offre est jugée excessive lorsqu'elle est supérieure de plus de vingt pour cent (20 %) par rapport à l'estimation du coût des prestations établie par le maître d'ouvrage pour les marchés de travaux, de fournitures et de services autres que ceux portant sur les études.
- 2 – Offre anormalement basse : l'offre est jugée anormalement basse lorsqu'elle est inférieure de plus :
 - de vingt pour cent (20 %) par rapport à l'estimation du coût des prestations établie par le maître d'ouvrage pour les marchés de travaux ;
 - de vingt-cinq pour cent (25 %) par rapport à l'estimation du coût des prestations établie par le maître d'ouvrage pour les marchés de fournitures et de services autres que ceux portant sur les études.

Il s'agit d'une offre *dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché*. Le contrôle de l'offre anormalement basse ne s'applique pas à la partie des prestations sous-traitée, soit au moment du dépôt de l'offre, soit lorsque la demande de sous-traitance est présentée après ce dépôt. En effet, l'article 151, §9 et 10, dispose d'une manière claire que « Le maître d'ouvrage **ne se reconnaît aucun lien juridique avec les sous-traitants. Le titulaire demeure personnellement responsable** de toutes les obligations résultant du marché à l'égard du maître d'ouvrage, des salariés et des tiers.

Suite à ces vérifications, « Cette formalité accomplie, **la commission écarte**, selon les modalités et dans les conditions prévues à l'article 44 ci-dessous, **les offres financières jugées excessives et les offres financières jugées anormalement basses** par rapport au montant de l'estimation établi par le maître d'ouvrage. »

L'article 43-II-4 implique que le rejet d'une offre anormalement basse n'est possible que si une procédure contradictoire avec le candidat concerné a été déclenchée au préalable.

Section 2

Le contenu des prix

En vertu de l'article 14 du C.M.P., le contrat peut comporter un prix global, un prix unitaire, un prix mixte ou un prix au pourcentage. La forme du prix est un élément essentiel du dispositif du règlement du marché, qui doit préciser à quelles prestations les prix s'appliquent exactement, de manière à éviter tous risques de confusion.

§1- Le prix unitaire

Dans l'hypothèse d'un marché à prix unitaire, le maître d'ouvrage donne la liste des travaux et des fournitures demandés dans l'appel d'offres, leur quantité (par ex : achat d'ordinateurs) ou leur métrique (par ex : mètre linéaire de trottoir). Les concurrents remplissent soit le bordereau de prix unitaire (article 60-A du C.C.A.G.-T.), soit le détail estimatif (article 14-2 du C.M.P.) en indiquant le prix applicable à chaque prestation demandée. Le prix unitaire est le prix à l'unité d'une prestation bien déterminée et l'offre d'une entreprise est obtenue grâce à la multiplication du prix unitaire par les quantités estimées. Le prix unitaire est un prix à l'unité d'une prestation ; il s'applique aux quantités réellement livrées ou exécutées. Conformément à l'article 14-2-paragraphe 1, « Les sommes dues au titre du marché sont calculées par application des prix unitaires aux quantités réellement exécutées conformément au marché », ce qui signifie que le montant définitif d'un marché à prix unitaire ne peut être connu qu'à son parfait achèvement à partir du volume des quantités réellement exécutées. Le prix unitaire, tel qu'il est défini par l'article 14-2§1 du C.M.P., peut se présenter en tant que « forfaitaire » : cela signifie que le prix unitaire est forfaitaire par rapport au prix à l'unité d'une prestation déterminée.

A. Bordereau de prix unitaire : c'est un document contractuel listant les prix unitaires relatifs à chaque produit ou élément de la prestation à réaliser telle que prévue par le contrat. C'est une pièce constitutive du marché. Il est utilisé en amont pour la comparaison des prix lors de la soumission, et en aval, comme base de calcul des sommes dues à l'attributaire du marché. Conformément à l'article 60-A du C.C.A.G., « Le **décompte est établi** en appliquant aux quantités d'ouvrage réellement exécutées et régulièrement constatées les prix unitaires de la série ou du **bordereau des prix**. »

Ceci explique qu'en cas de constatation d'une différence de prix entre le montant mentionné dans l'état d'engagement et celui porté sur le bordereau de prix, le prix figurant sur le bordereau de prix doit être pris en considération. À cet effet, l'article 30-b-§7 du C.M.P. dispose qu'« En cas de discordance entre le montant total de l'acte d'engagement et celui du détail estimatif, du bordereau des prix - détail estimatif ou du bordereau du prix global, selon le cas, le montant de ces derniers documents est tenu pour bon pour établir le montant réel de l'acte d'engagement. » Autrement dit, l'acte d'engagement se contente en fait de donner **un montant approximatif** du prix du marché.

B. Détail estimatif et quantitatif : c'est un document non contractuel dans lequel les prestations sont décomposées en différents postes avec indication pour chacun d'eux du prix unitaire **proposé**. Établi par le maître d'ouvrage et complété par le soumissionnaire, il donne le détail des quantités approximatives à mettre en œuvre. Il est destiné à permettre la comparaison des prix. Selon l'article 5-d du C.C.A.G., le bordereau des prix et le détail estimatif peuvent constituer un document unique, dit « **bordereau des prix - détail estimatif** ».

§2 - Le prix global

Conformément à l'article 14-1-§1 du C.M.P., « Le marché à prix global est celui dans lequel un prix forfaitaire couvre l'ensemble des prestations qui font l'objet du marché. » Cette disposition signifie que lorsque le marché est conclu à prix global, le prix forfaitaire rémunère le

titulaire pour **un ensemble de prestations**, un ouvrage ou une partie d'ouvrage définis dans le marché, quelle que soit la quantité livrée et abstraction faite des quantités mises en œuvre pour réaliser cette prestation.

Le prix forfaitaire, dans ce cas, ne peut en aucun cas être diminué au motif que la quantité réellement mise en œuvre est inférieure à ce qui a été prévu. En conséquence, le maître d'ouvrage doit maîtriser parfaitement la définition des besoins afin d'éviter que des écarts importants entre les prix proposés soient le résultat d'une mauvaise définition de ses besoins. En revanche, et conformément à l'article 14-1-§2 du C.M.P, « Dans le cas où les postes sont affectés de quantités, il s'agit de quantités forfaitaires établies par le maître d'ouvrage. Une quantité forfaitaire est la quantité pour laquelle le titulaire a présenté un prix forfaitaire. », autrement dit le titulaire du marché est l'unique responsable des estimations qu'il propose.

À cet effet, l'article 60-B-2§2 du C.C.A.G.-T. indique que « Les divergences éventuellement constatées, pour chaque nature d'ouvrage ou chaque partie d'ouvrage, entre les quantités réellement exécutées et les quantités indiquées dans la décomposition de ce prix, même si celle-ci a valeur contractuelle, ne peuvent conduire à aucune modification dudit prix global ; il en est de même pour les erreurs que pourrait comporter cette décomposition », ce qui veut dire que le titulaire ne peut pas non plus réclamer des compensations pour des réalisations supplémentaires dues à une mauvaise appréciation de sa part, sauf si ces travaux supplémentaires sont demandés par le maître d'ouvrage.

Pour aider les deux parties du contrat à mieux gérer la gestion du marché et à maîtriser leurs prévisions, l'article 14-1 du C.M.P. prévoit que le prix forfaitaire est calculé sur la base de la décomposition du montant global : « Ce prix forfaitaire est calculé sur la base de la **décomposition du montant global**, chacun des postes de la décomposition est affecté d'un prix forfaitaire. » Il s'agit en fait d'un document préparé par le maître d'ouvrage et complété par le titulaire du marché afin de l'aider à présenter son offre, à fournir le détail du prix forfaitaire et à pouvoir contrôler le mode de calcul. En outre il permet au maître d'ouvrage d'analyser et de comparer les différentes offres, et de demander des éclaircissements si certains prix apparaissent « excessifs ».

Conformément à l'article 60-B-1 du C.C.A.G.-T., au stade de l'exécution, la décomposition du montant global permet « l'établissement des décomptes provisoires et de calculer, s'il y a lieu, la révision des prix », ce qui signifie que le prix global et forfaitaire s'applique toujours à un travail réellement exécuté et achevé : « Le prix global est dû dès que l'ouvrage ou l'ensemble de la prestation auquel il se rapporte a été exécuté. » C'est la matérialisation de la règle comptable du service fait et du droit acquis.

Par opposition au prix unitaire, où la rémunération du titulaire du marché est calculée en multipliant le prix unitaire par les quantités livrées ou exécutées, le prix global de la prestation est calculé par addition des différents prix forfaitaires indiqués pour tous les postes.

Le prix global se distingue par le **caractère global et agrégé** des prix. Une opération de gros œuvre peut être décrite dans le document retraçant la **décomposition du montant global** comme suit : (fondations - soubassement - ossature - dallage m² - réseau sous dallage - socle béton), tandis que le **bordereau des prix unitaires** retrace le détail de cette opération comme

suit : (travaux préparatifs - terrassement manuel et mécanique - béton de fondation - isolation de sol – hourdis - maçonnerie de parement et en élévation - ossature bois-béton armé – linteaux - éléments métalliques).

La lecture du contenu du C.P.S. par le concurrent est nécessaire, notamment le détail des conditions, obligations, engagements, sujétions et instructions de toutes natures auxquels il sera soumis, ainsi que l'analyse de la décomposition du montant global des travaux décrits, y compris tous les frais généraux et bénéfiques, ce qui permet de faire face aux dépenses incidentes, imprévus et risques de toutes sortes en vue de l'achèvement des prestations objet du marché.

Afin de faciliter la gestion financière, on opère donc une répartition du montant global et forfaitaire appelée « décomposition ». Cette décomposition peut se faire de trois façons différentes :

****Utilisation directe de la décomposition du prix forfaitaire (D.P.F.)***

Cette méthode est intéressante surtout pour des travaux limités en masse et en durée. On fait correspondre à chaque poste de la D.P.F. l'avancement constaté et le montant correspondant.

****Décomposition en 1 000^e (10 000^e)***

Cette méthode est la plus fréquemment utilisée. On définit le nombre de 1 000^e (10 000^e) correspondant à chaque poste par rapport au montant total du marché.

****Décomposition en points***

Le principe est proche de celui de la décomposition en 1 000^e. On attribue une valeur « arbitraire » au point (par exemple 100 Dh/point) puis on définit le nombre de points (entiers) correspondant à chaque poste.

La commission nationale de la commande publique s'est exprimée dans l'avis n° 9/2019 du 12/02/2019 relatif à la liquidation d'un marché à prix global en affirmant qu'« En cas de résiliation, la liquidation d'un marché à prix global et forfaitaire doit se faire sur la base de la décomposition du prix global et, en l'absence d'un tel document, au prorata des prestations réalisées et réceptionnées par rapport au montant global du marché. »

§3- Le prix au pourcentage

Le pourcentage est une somme établie à partir d'un montant dû suite à l'exécution d'un travail, c'est-à-dire sur la base du montant des prestations par rapport aux travaux réellement exécutés. Il est établi à partir des prix de base figurant au marché, y compris les rabais ou majorations qui peuvent y être indiqués, mais les dispositions de l'article 14-4§1 du C.M.P. impliquent que le montant global du marché des travaux est à appliquer ***hors taxes, et sans application*** éventuelle des clauses de ***révision de prix***, des indemnités ou des pénalités de retard.

À cet égard, l'article 37 de la loi n° 30-85 relative à la taxe sur la valeur ajoutée fait obligation aux personnes effectuant des opérations soumises à la taxe de mentionner dans leurs fac-

tures ou dans leurs mémoires le montant de la T.V.A. en sus du prix ou comprise dans le prix, ce qui explique d'une part l'exclusion de la T.V.A. du calcul des honoraires et son application une fois les honoraires calculés. L'article 93-1-§3 du C.M.P. indique que « Les honoraires de l'architecte sont majorés du taux de la T.V.A. », d'où une distinction entre la T.V.A. applicable au prix du marché, et qui n'est pas intégrée, et celle à laquelle sont soumises les prestations fournies par l'architecte. En effet, le recours à la rémunération du cocontractant d'un maître d'ouvrage sous forme d'un pourcentage peut être envisagé dans le cadre « des prestations architecturales. » L'article 93 du C.M.P. détermine le barème des honoraires des architectes. Celui-ci sert de référence, suivant la catégorie du projet et les différentes missions, pour établir le pourcentage des honoraires. Pour les prestations de **construction neuve de bâtiment**, les honoraires ne peuvent être inférieurs à 4 % ni supérieurs à 6 %. Pour les **prestations de construction des ouvrages d'art, ou des grands services publics** tel que les hôpitaux, des établissements pénitentiaires, des amphithéâtres, des aéroports, des ports les honoraires ne peuvent être inférieurs à 4 % ni supérieurs à 6 %. Pour **les prestations d'entretien et de réparation de bâtiment**, le taux ne peut être inférieur à 3 % ni supérieur à 4 %. Pour les prestations portant sur des projets de construction de bâtiments à caractère répétitif, pour les prestations de décoration et d'architecture d'intérieur.

Toutefois il est possible d'établir **un montant forfaitaire** à l'hectare, lorsqu'il s'agit d'une opération de **lotissement** pour laquelle un accord préalable aura été fixé dans le contrat d'architecte. Toutefois les prestations architecturales réalisées par voie de concours font l'objet d'attribution de primes.

Section 3

La détermination des prix

La liquidation et le mandatement des sommes dues est effectué sur la base des prix stipulés dans le C.P.S. Ces prix peuvent être fermes, révisables ou provisoires.

§1- Le prix ferme

L'article 15-1 du C.M.P. donne la définition suivante du prix ferme : « Le prix du marché est ferme lorsqu'il ne peut être modifié pendant le délai de son exécution », c'est-à-dire dans le cas d'un prix invariable pendant la durée du marché. Le marché à prix ferme est donc invariable ; le prix ferme ne peut pas évoluer, notamment au gré des variations éventuelles des conditions économiques et financières qui entourent le marché.

En principe, il est également intangible, puisque l'introduction par avenant d'une clause de révision du prix est illégale car elle remettrait en cause les conditions de la concurrence. Ainsi, lorsque l'on est en présence d'un prix ferme, le prix initial constitue normalement le prix de règlement, puisque le prix initial reste ferme pendant toute la période d'exécution des prestations.

Cette invariabilité du prix ferme est appliquée même quand les produits acquis par le prestataire de service connaissent des baisses ou si les droits de douane ont connu une baisse. À

cet égard, la commission des marchés a estimé dans son avis n° 160/99 CM du 07/05/1999 qu'« En optant, dans le C.P.S., pour le principe des prix fermes et non révisables, les parties au marché, en signant ce cahier, se sont donc engagées à exclure toute possibilité de révision des prix quelle qu'en soit la cause, même s'il s'agit d'une baisse des droits de douane. »

Les hypothèses de recours au prix ferme sont généralement réservées aux cas où le titulaire du marché et l'administration contractante n'encourent pas de risques majeurs. Ce type de prix convient surtout aux marchés conclus pour répondre à des besoins qui ne risquent pas d'être affectés par des aléas économiques ou dont la durée d'exécution est limitée dans le temps.

C'est ce qui ressort de l'article 15-1-§4 du C.M.P. : « Les marchés de fournitures et de services sont passés à prix fermes » ;
quant aux marchés d'études, « Quand le délai d'exécution est inférieur à trois(3) mois, ils sont passés à prix ferme », ce qui exclut de facto les marchés de travaux.

Deux éléments conditionnent donc le choix de la forme d'un prix ferme :

- ✓ La nature de la prestation objet du marché, en l'occurrence les marchés de fournitures et de services ;
- ✓ Sa durée d'exécution : les marchés d'études dont le délai de réalisation est inférieur à trois (3) mois.

Cependant la réévaluation d'un prix ferme n'est pas exclue par le Code des Marchés publics, notamment lorsque des éléments intrinsèques réglementés par des textes législatifs ou réglementaires ont pour objet de changer l'équilibre financier du contrat. L'article 15-1§2 et 3 prévoit que le prix ferme peut être réévalué dans deux situations réglementaires afin de tenir compte de l'augmentation du taux de la taxe sur la valeur ajoutée, ou bien suite à une modification des prix des services et des produits réglementés, éléments qui ne sont pas assujettis à la loi du marché. Toutefois, pour les marchés de fournitures et les marchés de services autres que les études qui ne comportent pas de prix réglementés et dont le délai d'exécution est supérieur à six mois, le maître d'ouvrage répercute la différence, résultant de la fluctuation du prix des prestations objet desdits marchés, intervenue entre la date de remise des offres et la date de livraison, sur le prix de règlement prévu au marché, dans les conditions et selon les modalités fixées par arrêté du Chef du gouvernement pris sur proposition du ministre chargé des finances.

La réévaluation est donc obligatoire et s'applique au prix initial figurant dans le marché si « le taux de la T.V.A. est **modifié postérieurement** à la date limite de **remise** des offres » ou si « la modification des dits produits et services est intervenue entre **la date de remise** des offres et **la date de livraison** ». Le prix ainsi réévalué reste ferme pendant toute la durée d'exécution des travaux.

La réévaluation est dans ce cas un moyen comptable destiné à compenser les conséquences de changements survenus dans la réglementation par les pouvoirs publics et leurs effets dans les contrats. Le maître d'ouvrage doit supporter et répercuter cette modification sur le prix de règlement. À noter que la réévaluation ne concerne que les marchés conclus à prix fermes, ce qui exclut de facto les marchés conclus à prix variables, révisables ou provisoires.

Cependant, le fait qu'un marché est conclu à prix initial définitif ne signifie pas que le prix réglé reste invariable : il peut être différent en raison de modifications dans les prestations réalisées ou livrées réellement. Ces modifications doivent faire l'objet soit d'un avenant, soit d'une décision prise par le maître d'ouvrage de continuer la réalisation de la prestation, lorsqu'elles excèdent les limites de variations prévues par le marché.

§2- Le prix révisable

Les hypothèses d'utilisation du prix révisable sont généralement réservées aux cas où le titulaire du marché encourt des risques majeurs du fait de l'évolution des conditions économiques pendant la durée d'exécution du marché.

Le principe de l'adoption de la révision des prix découle des éléments liés à la nature de la prestation à réaliser et par ailleurs à la conjoncture économique. À l'inverse du prix ferme, le prix révisable évolue pendant toute la durée de l'exécution du marché et peut être appliqué chaque fois que les conditions l'exigent afin de tenir compte des variations économiques. Il permet en conséquence de faire varier le prix en fonction d'une formule paramétrique représentative du coût de la prestation.

A. Le principe : l'article 15-2 du C.M.P. prévoit la révision des prix lorsqu'il s'agit **de marchés de travaux ou d'étude**. Dans ce cas, le prix révisable est modifié en fonction des **variations économiques** et de facteurs objectifs du coût des éléments de la prestation concernés, notamment la réévaluation des salaires, la modification des prix de matériaux, matières premières, produits fabriqués, énergie, etc. L'arrêté du chef du gouvernement n°3-302-15 du 27/11/2015 fixant les règles et les conditions de révision des prix des marchés de travaux, fournitures ou services passés pour le compte de l'administration indique dans son article 2 que l'objet de la révision des prix du marché est de tenir compte des variations économiques constatées entre la date d'établissement des prix initiaux définis par les cahiers des charges et les dates d'expiration des délais fixés contractuellement pour l'achèvement de la réalisation des prestations objet du marché.

Cependant, le Code des Marchés publics prévoit la révision des prix aussi en fonction de la nature de la prestation et parfois de son délai d'exécution.

L'article 15-2-§2 du CMP, prévoit que « Les marchés de travaux sont passés à prix révisables. Pour les marchés d'études ayant un délai d'exécution supérieur ou égal à trois (3) mois, le maître d'ouvrage peut prévoir que les prix sont révisables. » Dans ce cas, la clause de la révision des prix constitue une soupape de sécurité pour le titulaire du marché.

Les clauses de prix sont essentielles et les contractants doivent les préciser et déterminer qu'il s'agit d'une révision des prix, d'une avance, d'un acompte. Cependant, le maître d'ouvrage a parfois des difficultés à les rédiger et à les mettre en œuvre. Il doit veiller au respect des textes mais il doit aussi connaître les modalités de détermination des prix et mesurer les conséquences sur l'exécution du marché.

En effet, si cette clause de révision des prix a été omise au moment de la rédaction du marché, elle ne doit pas y être introduite par voie d'avenant, même à l'initiative de l'une des deux

parties. Il faut rappeler à ce propos qu'il n'est pas possible d'introduire par voie d'avenant une clause de révision à un marché passé sur la base d'un prix ferme. Cette modification serait en effet de nature à remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale, mais elle pourrait être considérée aussi comme un détournement de procédure.

B. Les modalités de calcul : les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. À cet effet, l'article 8 de l'arrêté susvisé prévoit que « le résultat final du coefficient de révision des prix ainsi que les résultats des rapports relatifs aux calculs intermédiaires sont arrêtés à la quatrième décimale. » Cela signifie que dans un nombre décimal, chacun des chiffres placé après la virgule est pris en compte dans le calcul de la révision des prix, et que les divisions doivent être calculées jusqu'à la quatrième décimale.

C. L'application d'une formule : lorsqu'un marché est conclu à prix révisable, il doit prévoir une clause de révision des prix. L'arrêté du chef du gouvernement susvisé prévoit dans son article 3 que lorsque le marché est passé à prix révisable, les prix de ce marché « sont modifiés par application de la (ou des) formule(s) de révision dont les formes sont définies dans les articles 4 et 7 ci-dessous ». L'article 4 indique que « Le C.P.S afférent au marché concerné prévoit une ou plusieurs formules de révision des prix. »

Les formules de révision sont fondées sur des indices de coûts unitaires, en particulier de main d'œuvre. Dans ce cas, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et peut inclure un terme fixe. La détermination de la partie fixe se fera en fonction de la structure du coût de la prestation à prix révisable considérée. Toutefois, plusieurs notes recommandent aux administrations de ne multiplier inutilement ni les formules, ni les index. Pour la plupart des marchés de faible ou moyenne importance, le nombre des index peut être réduit à 4 ou 5 au maximum ; une formule unique affectée de coefficients variables selon la nature des ouvrages peut souvent suffire. À cet égard l'article 6 prévoit que pour les marchés à prix révisables et dont le montant prévu pour leur exécution est inférieur ou égal à un million de dirhams, la formule de révision des prix doit comporter 5 index au plus.

La formule peut s'appliquer avec un seuil de déclenchement : les hausses ne sont prises en compte que lorsque le résultat de la formule paramétrique fait apparaître une hausse supérieure au seuil de déclenchement. Seule est prise en compte la différence entre la hausse constatée et le seuil de déclenchement.

Ces formules se présentent sous la forme suivante :

- $P = P_0 [k + a (X/X_0) + b (Y/Y_0) + c (Z/Z_0)]$
- P : est le montant hors taxe révisé de la prestation considérée ;
- P_0 : est le montant initial hors taxe de cette même prestation ;
- K : est la partie fixe dont la valeur doit être supérieure ou égale à 0,15 ;
- k, a, b, c : sont des coefficients invariables, tels que $k + a + b + c = 1$;

P/Po : étant le coefficient de révision des prix ; Xo, Yo, Zo : sont les valeurs de référence des index du mois :

- de la date limite de remise des offres pour les marchés passés à prix révisables ;
- de la date de la signature du marché par l'attributaire lorsque ce dernier est négocié et passé à prix révisables ;
- qui suit la date de l'expiration du délai prévu pour la notification de l'approbation des marchés passés à prix fermes, lesquels deviennent révisables en application de l'alinéa 4§2 de l'article 14 du décret précité n° 2-06-388.

X, Y, Z : sont les valeurs des index du mois de la date de l'exigibilité de la révision.

À cet égard il faut préciser que l'index « S », coefficient des salaires, représente l'ensemble des salaires versés par une entreprise aux différentes catégories de son personnel (ouvriers, personnel de maîtrise ou d'encadrement); en conséquence, la commission des marchés a estimé dans son avis n°25/s/14 du 16/01/1979 que « Le salaire ne doit pas être lié exclusivement au S.M.I.G. mais aux salaires en général tels qu'ils résultent des décisions gouvernementales prises par décret ».

Lorsque le marché prévoit des prestations nécessitant l'approvisionnement en matériaux et marchandises, l'article 16 de l'arrêté prévoit un type de formule spécifique pour chaque stade de l'exécution :

- une formule pour l'approvisionnement en matériaux et marchandises à pied d'œuvre ;
- une formule pour la mise en œuvre des matériaux et marchandises.

D. La date d'exigibilité : la date d'exigibilité de ces montant commence à courir dès la constatation des variations. Cette modification des prix sera appliquée aux prestations qui restent à exécuter à partir de la date de variation de la valeur des index constatée par les décisions prises à cet effet par le ministre de l'Équipement. En conséquence, l'article 12§2 et 3 de l'arrêté susvisé indique clairement que même en cas de mandatement d'une période sans prendre en considération la révision des prix, et si l'arrêté relatif à la liste des index est publié ultérieurement, le réajustement est effectué dans le décompte suivant.

L'article 12§1 de cet arrêté complète et clarifie cette position en prévoyant que « La révision des prix des prestations réalisées au cours d'un mois donné est obtenue en utilisant dans la formule de révision des prix les valeurs des index de ce mois ».

Toutefois, si ces valeurs ne sont pas encore publiées au moment de l'établissement des décomptes provisoires, le maître d'ouvrage peut valablement réviser les prix par application des dernières valeurs connues. Le réajustement sera fait dès publication des valeurs applicables. En effet, ces différentes opérations, préalables à toute publication officielle, prennent entre deux et trois mois minimum de délai. Il en découle qu'il existe toujours ce décalage entre la période d'exécution des travaux, qui fait l'objet d'une demande de paiement dès la fin du mois, et la date de publication de l'index ou des indices qui permettront de calculer la variation des prix du mois considéré.

Le C.C.A.G., le décret des marchés publics, tout comme l'article 12 de l'arrêté susmentionné, préconisent de procéder à une révision provisoire de l'acompte avec les derniers index connus, étant entendu que cette révision sera complétée par la suite par la révision définitive, lorsque les index afférents au mois de l'acompte concerné seront publiés.

E. Les limites de la révision des prix : si l'application de la révision des prix est automatique sans que le titulaire du marché ait besoin de présenter une demande spéciale à cet effet, et sans qu'il fasse l'objet d'un avenant, sa mise en œuvre se trouve limitée par des considérations financières.

À cet égard, les dispositions de l'article 54-2 du C.C.A.G. impliquent que, quand le montant total des travaux objet de la révision des prix se trouve augmenté ou diminué de plus de 50 % par rapport au montant de ces mêmes travaux établis sur la base des prix initiaux du marché, « l'autorité compétente peut résilier le marché d'office ». Cette possibilité de résiliation peut être aussi demandée par l'entrepreneur à condition que « le montant non révisé des travaux restant à exécuter n'excède pas 10 % du montant initial du marché ». Cette demande de résiliation n'a pas un effet suspensif immédiat du contrat.

L'entrepreneur, dans ce cas, doit continuer l'exécution des travaux jusqu'à la notification de la décision par l'autorité compétente, qui doit intervenir au plus tard dans un délai de deux mois à partir de la formulation de la demande de résiliation.

Ceci étant, et à condition que la demande de résiliation soit présentée par l'entrepreneur, les prestations réalisées entre la date de la demande de résiliation et la notification de la décision de l'autorité compétente seront mandatées sur la base de la formule de révision des prix telle qu'elle est prévue par le contrat. Une autre condition est l'acceptation de la demande de résiliation par l'autorité compétente, qui doit être notifiée dans le délai réglementaire de deux mois. Passé ce délai, deux modes de paiement des travaux exécutés sont prévus : **la partie exécutée dans le délai de deux mois** est payée sur la base de la **formule de révision des prix** telle qu'elle est prévue par le contrat. Quant aux **prestations exécutées au-delà** des deux mois, elles sont « **indemnisées** » **sur la base de dépenses réelles majorées de 5 %** ; le cas échéant le maître d'ouvrage fixe un montant provisoire en attendant le règlement du différend.

§3- Le prix provisoire

En principe, un marché est conclu à prix définitif ou révisable, sauf dans certaines hypothèses où le prix peut être provisoire. C'est une technique **dérogatoire** prévue par la réglementation afin de faire face à des circonstances extraordinaires qui ne permettent pas la « préparation des documents constitutifs du marché ». Le marché est passé dans ce cas-là à **prix provisoire**, lorsque la nature **précise de la prestation n'est pas connue** au moment de la manifestation du besoin par les pouvoirs publics, et d'autre part vu son **caractère urgent**.

Dans ces circonstances, son exécution doit être commencée alors que toutes les conditions indispensables à la détermination d'un prix initial définitif ne sont pas réunies. Le prix provisoire est adopté lorsque la définition d'un prix définitif est de nature à faire encourir des aléas majeurs au deux contractants à raison de l'évolution imprévisible des conditions spécifiques de la prestation considérée pendant la période de son exécution. Le Code des Marchés

publics encadre le déroulement de cette procédure dans la mesure où il apporte, à travers l'article 14-3, le moyen de fixer le principe, l'article 89-5 pour énoncer **le motif du recours** à ce mode de prix, et enfin l'article 88 pour prévoir **le cadre juridique** tandis que le C.C.A.G. complète le processus par le biais de l'article 55-3 et 4 portant sur **l'aspect comptable**.

Cette technique permet aux pouvoirs publics de conclure un marché, non pas par la procédure classique, mais dans un premier temps par une procédure de **droit commun**, suite à un échange de lettres ou de conventions spéciales à prix provisoire et de régulariser par la suite, en modifiant la lettre ou la convention en marché, et en changeant le prix provisoire en prix définitif. Le choix de cette procédure exceptionnelle est motivé par des conditions qui ne permettent pas d'obtenir immédiatement les pièces constitutives des marchés, et par l'impossibilité de définir initialement les prestations avec suffisamment de précision. La régularisation et la définition du prix définitif sont arrêtées une fois que l'ensemble des paramètres relatifs au contrat et aux coûts sont connus.

A. Les motifs du mécanisme : les circonstances exceptionnelles qui justifient le recours à ce mécanisme sont énumérées par l'article 89-5 du C.M.P. : « Les prestations **urgentes** qui intéressent la **défense** du territoire, la sécurité de la population ou la **sécurité** des circulations routières, aériennes ou maritimes ». Ainsi, en cas d'urgence impérieuse justifiée par des circonstances imprévisibles et pour satisfaire à des besoins résultant d'une situation grave ou d'une catastrophe naturelle (intempérie, incendie de forêt, séisme, épidémie, ouvrage effondré ou menacé d'effondrement) dont les conséquences exigent une réparation immédiate ou une intervention expéditive, les pouvoirs publics doivent réagir rapidement. Dans ce cas, la personne responsable du marché engage directement avec le prestataire les discussions qui lui paraissent utiles en vue d'obtenir les conditions les plus avantageuses et les prestations doivent se limiter strictement aux besoins nécessaires pour faire face à la situation d'urgence.

B. L'assise juridique : comme il s'agit d'une situation d'exception et d'urgence, il faut agir immédiatement : « Les prestations dont l'exécution doit commencer avant que toutes les conditions du marché aient pu être déterminées » et « dont la réalisation est incompatible avec la préparation des documents constitutifs du marché », ne permettent pas de recourir à la procédure classique et habituelle. Le contrat est alors conclu dans un premier temps sous forme d'échange de lettres ou de conventions spéciales, selon les termes de l'article 3-7 du C.M.P., autrement dit sous l'égide du droit commun mais surtout sans appel d'offres.

Le contrat sous cette forme précise seulement le minimum d'informations, notamment la nature des opérations à engager, les modalités selon lesquelles est arrêté le coût prévisionnel et sur lesquelles s'engage le maître d'ouvrage, ainsi que la durée de la réalisation des prestations. Le maître d'ouvrage doit veiller à ce que les prestations s'insèrent dans le programme ou l'opération objet du contrat. Si un prix provisoire doit être déterminé par le contrat, la rémunération de l'entrepreneur ou du prestataire de service ne sera pas fixée provisoirement, dans la mesure où l'article 90-b indique que la détermination du prix provisoire « ne peut donner lieu à aucun versement d'avance ni d'acomptes ». Le motif est simple : les prix provisoires sont des prix d'attente qui n'impliquent ni l'acceptation du maître d'ouvrage, ni celle de l'entrepreneur.

En tout état de cause, l'échange de lettres ou de conventions spéciales doit être régularisé au plus tard dans un délai de trois (03) mois pour que ces documents prennent la forme d'un marché. Il sera alors possible de déterminer un prix définitif et de fixer la rémunération du titulaire du marché. Ce mécanisme comporte des risques et le passage du prix provisoire au prix définitif risque de remettre en cause les caractéristiques financières du marché, d'où la tendance de gonflement des coûts par le titulaire du marché pour qu'il puisse faire face à toute éventualité. Pour contrecarrer cet inconvénient, le maître d'ouvrage doit définir dans la lettre ou la convention un plafond estimatif et définir en même temps les règles auxquelles le titulaire devra se conformer. Il devra en outre procéder à des vérifications sur pièces et sur place sur les produits et le déroulement de l'opération. En outre l'administration doit procéder à un contrôle des prix spécifiques durant l'exécution des prestations et d'autre part se réserver le droit d'effectuer des contrôles sur le coût de revient.

C. Prix et travaux supplémentaires : les travaux supplémentaires indispensables à la bonne exécution de l'ouvrage, survenus en cours d'exécution mais imprévus au moment de la passation du marché, sont **décidés par le maître d'ouvrage et font l'objet d'un avenant** passé avec l'entreprise titulaire du marché : « Ces marchés sont établis sous forme d'avenants aux marchés initiaux y afférents ». Bien entendu ces travaux sont intégrés dans le décompte général définitif dont le montant sera à la charge du maître d'ouvrage.

1 - Le cadre juridique de l'exécution des travaux supplémentaires

Conformément à l'article 89-7 du C.M.P., « Les prestations supplémentaires sont à confier à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services déjà attributaire d'un marché », ce qui implique que les travaux supplémentaires constituent le **prolongement de l'exécution du contrat**, étant supposé que les modalités de prix ont déjà été définies.

L'article 55-1 C.C.A.G.-T. indique que « Les travaux supplémentaires sont des ouvrages ou travaux qui ne figurent pas au marché initial que le maître d'ouvrage prescrit à l'entrepreneur par ordre de service immédiatement exécutable » : on peut donc supposer que les travaux supplémentaires sont exécutés sur la base d'un ordre de service sans qu'un avenant soit nécessaire en même temps. Ces travaux exécutés sont réputés valides, dans la mesure où d'une part ils constituent un prolongement du contrat initial « lorsque les prestations en question, **imprévues** au moment de la passation du marché principal, sont considérées comme **l'accessoire dudit marché** » ; d'autre part l'article 55-1 du C.C.A.G. indique clairement la nécessité de se conformer à l'ordre de service donné par le maître d'ouvrage : quand ce dernier « juge nécessaire **d'exécuter** des ouvrages ou travaux (...) l'entrepreneur **se conforme immédiatement** aux ordres de service qu'il reçoit à ce sujet. » Donc beaucoup d'éléments valident ces travaux sans avenant : notamment les prestations sont considérées comme **l'accessoire du marché initial**, outre le caractère **imprévu** au moment de la passation du marché, **l'aspect obligatoire** de l'ordre de service et l'intégration de ces travaux dans le décompte général et définitif.

L'avenant vient par la suite pour valider ces travaux supplémentaires. L'article 55-2 du CCAG-T, est clair : « Ces ouvrages ou travaux supplémentaires **sont constatés** par avenant qui fixe leur nature, leurs prix et, le cas échéant, le délai de leur exécution. »

Le maître d'ouvrage est donc tenu de payer les travaux supplémentaires qu'il a demandés **par ordre de service**, lorsque le titulaire en a accepté le principe et le prix. **Il ne peut exciper ensuite de l'absence d'avenant** pour se refuser à exécuter l'obligation qu'il a lui-même contractée.

En effet, à partir du moment où le maître d'ouvrage a ordonné, par ordre de service, à l'entrepreneur d'exécuter des travaux supplémentaires, il ne peut pas différer le paiement au motif que le règlement de ces prestations nouvelles est subordonné à la passation d'un avenant, si celui-ci n'a pas été établi auparavant, eu égard à l'urgence ou à tout autre motif.

Cette disposition d'établir un avenant a pour seul objet d'organiser un contrôle a posteriori des travaux supplémentaires, et elle ne saurait être interprétée comme habilitant le maître d'ouvrage à différer le paiement de travaux supplémentaires dans l'attente de la passation d'un avenant.

Cette obligation de régler immédiatement le montant des prestations supplémentaires découle des dispositions du décret de la comptabilité publique et du C.C.A.G.-T. D'une part, les dispositions de l'article 55 du Cahier des Clauses administratives générales applicables au marché n'imposent pas la passation d'un avenant, ensuite cet article impose à l'entrepreneur de « se conformer immédiatement aux ordres de service qu'il reçoit à ce sujet ».

D'autre part la règle du service fait et du droit acquis implique que l'entrepreneur doit recevoir la contrepartie de ce qu'il a réalisé, faute de quoi le paiement des intérêts moratoires est applicable en cas de retard de paiement.

2 - Les modalités de règlement des travaux supplémentaires

La thématique des travaux supplémentaires est indissociable de la notion de forfait. Il faut donc préalablement déterminer si le marché est conclu à prix unitaire ou forfaitaire. La ramification prix unitaire/prix forfaitaire constitue une division fondamentale des marchés publics de travaux. Elle est reprise dans l'article 89-7 du C.M.P. et l'article 55 du C.C.A.G.-T.

Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités. L'article 55-3 C.C.A.G. qui indique que « Les prix des ouvrages ou travaux supplémentaires peuvent être soit des prix unitaires, soit des prix globaux, soit des prix mixtes. » La détermination de la nature du prix est fixée par l'article 55-3-a, b, et c.

À cet égard le prix est fixé **sur la base du marché initial**. Dans ce cas, les valeurs de référence des index à prendre en considération pour la révision des prix de ces ouvrages ou travaux supplémentaires sont les valeurs de référence du mois de :

- la date limite de remise des offres pour l'attribution du marché initial ;
- la date de la signature du marché par l'entrepreneur lorsque ce dernier est négocié.

Si la détermination est sur la base du marché initial, cela signifie que le prix est forfaitaire ou unitaire.

- **Est forfaitaire** tout prix qui rémunère l'entrepreneur pour un ouvrage, une partie d'ouvrage ou un ensemble déterminé de prestations défini par le marché, indépendamment des quantités mises en œuvre pour leur réalisation, et qui, ou bien est mentionné explicitement dans le marché comme étant forfaitaire, ou bien ne s'applique dans le marché qu'à un ensemble de prestations qui n'est pas de nature à être répété. Pour que le prix soit considéré comme forfaitaire, il faut qu'il soit indiqué comme tel dans le marché. La fixation de prix forfaitaire est recommandée pour toutes les prestations qui peuvent être bien définies au moment de la conclusion du marché.
- **Est unitaire** tout prix qui sera multiplié par la quantité effectivement livrée ou exécutée pour déterminer le montant du règlement. Si des prestations comportent des incertitudes sur les quantités, le choix des prix unitaires est plus pertinent. Dans ce cas, une partie des aléas techniques, celle résultant des quantités, est prise en charge par l'administration.

Le prix forfaitaire sous-entend l'idée de globalité et suppose donc que la prestation soit précisément déterminée. La conclusion d'un marché à prix forfaitaire obéit ainsi à des conditions strictes tenant à la définition complète et précise dans les pièces du marché des ouvrages à construire.

Au contraire, le prix unitaire est fixé pour une prestation individualisée alors que l'ensemble des prestations nécessaires à l'exécution du marché n'est pas connu à l'avance. Dès lors, la notion de travaux supplémentaires n'existe pas vraiment dans un marché à prix unitaire. Le paiement de l'entrepreneur étant indexé sur les quantités réalisées, toute réalisation supplémentaire ouvre droit au paiement. Les quantités données lors de la conclusion du marché le sont à titre indicatif et l'entrepreneur sera rémunéré en fonction des quantités effectivement réalisées. Le dépassement par rapport à ce qui était prévu est donc payé.

En revanche, la question des travaux supplémentaires revêt toute sa dimension lorsque le marché est forfaitaire. Le principe est celui de l'intangibilité de l'accord établi entre les parties, impliquant l'invariabilité des prix et l'absence de modification des documents contractuels. Les travaux supplémentaires se définissent alors comme les travaux à la fois complémentaires par rapport au forfait de la convention initiale, et ayant un lien direct avec lui. Il s'agit de la réalisation d'une prestation qui s'ajoute à ce qui était prévu et décidé, et devant faire l'objet d'un règlement, car non incluse dans le prix convenu.

L'autre cas de figure concerne une détermination sur la base des prix négociés ou sur la base des prix mixtes :

- soit sur la base des **prix négociés** avec l'entrepreneur, par référence aux prix courants au moment de la conclusion de l'avenant, lorsqu'il s'agit de prix non prévus dans le marché.
- Les valeurs des références des index à prendre en considération pour la révision des prix de ces ouvrages ou travaux supplémentaires sont celles du mois de la date de signature de l'avenant par l'entrepreneur ;
- soit sur la base de prix comprenant, à la fois, des **prix du marché initial et des prix nouveaux négociés**. Dans ce cas, la révision des prix correspondante se fait proportionnellement, en fonction de la nature des prix, telle que stipulée aux alinéas et b) du paragraphe de l'article 55 du C.C.A.G.-T.

Le paiement de travaux supplémentaires est une cause récurrente de **réclamation** dans les marchés publics. À cet effet, dans ce cas, l'article 55-4 du C.C.A.G.-T. dispose qu'« À **défaut d'accord** entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur sur la fixation des prix prévus à l'alinéa b) du §3 de l'article 55, il est fait application des **prescriptions de l'article 81** du CCAG-T. Toutefois, **les prestations concernées sont réglées provisoirement sur la base des prix fixés par le maître d'ouvrage.** » Cela signifie tout simplement que lorsqu'il y a un conflit dans la détermination de la nature du prix des travaux supplémentaires, le titulaire du marché doit solliciter le règlement du différend par voie de recours amiable, puisque l'article 81 C.C.A.G dispose que « Lorsqu'un différend, de quelque nature que ce soit, survient lors de l'exécution du marché, l'entrepreneur doit établir une réclamation décrivant le différend. »

Le recours juridictionnel ne peut être déclenché qu'après épuisement des recours internes amiables, et ce conformément à l'article 83 du C.C.A.G qui dispose que « Dans le délai de soixante (60) jours à compter soit de la date de la réception de la réponse de l'autorité compétente, soit de la date d'expiration du délai de quarante (45) jours prévu à l'article 81 du présent Cahier, l'entrepreneur peut porter le litige devant la juridiction administrative compétente », sous peine de **forclusion**. « Passé ce délai, l'entrepreneur est réputé avoir accepté la décision de l'autorité compétente et toute réclamation se trouve éteinte. »

Section 4

Les honoraires d'architecte

Les honoraires d'architecte sont fermes et non révisables mais éventuellement réajustables. À cet égard, le paragraphe 7 de l'article 93 du C.M.P. indique que ces taux « peuvent être modifiés par arrêté du chef du gouvernement. » Les honoraires doivent être clairement définis par contrat. La rémunération de l'architecte est à la charge exclusive du maître d'ouvrage, telle qu'elle est précisée par l'article 93 du C.M.P. et réaffirmée par les dispositions de l'article 22 du contrat d'architecte. Elle est calculée en fonction des missions qui lui sont confiées selon les deux phases prévues par l'article 30 du contrat d'architecte : la phase de conception et la phase du suivi et du contrôle. Deux **modalités** sont prévues pour fixer les honoraires d'architecte : un prix déterminé et un prix déterminable, et par ailleurs deux **bases** pour calculer le montant des honoraires : un calcul sur la base de l'estimation sommaire et un autre sur la base du montant des travaux réellement exécutés.

§1- Les modalités de fixation des honoraires

Deux formes sont prévues : la rémunération de l'architecte peut être calculée sur la base des frais réels ; elle peut aussi faire l'objet d'un forfait.

A. Calcul sur la base des frais réels : un prix déterminé

Le décret a eu le mérite de résoudre le problème de la « course à la baisse » des honoraires, sur des projets dont on peut estimer qu'ils atteignent un niveau « anormalement bas », au sens strict du terme. L'article 93 du C.M.P. indique que « Pour les **prestations de construction**

de bâtiments, les honoraires de l'architecte ne peuvent être inférieurs à quatre pour cent (4 %), ni supérieurs à cinq pour cent (5 %) ; pour les **prestations d'entretien et de réparation** de bâtiments, le taux ne peut être inférieur à trois pour cent (3 %), ni supérieur à quatre pour cent (4 %) ».

Cette disposition a été renforcée par l'article 128–2 du CMP, qui dispose que « Le jury vérifie ensuite les actes d'engagements et écarte les architectes dont les actes portent des taux d'honoraires supérieurs aux maximum ou inférieurs aux minimum prévus à l'article 903du C.M.P. », et ce afin d'éviter tout marchandage qui peut porter atteinte à la profession des hommes de l'art. À cet effet il convient de rappeler que les honoraires proposés par l'architecte ne constituent pas un critère d'attribution obligatoire.

B. Les honoraires forfaitaires : Un prix déterminable

Les honoraires de l'architecte sont **forfaitaires** pour le projet architectural défini à l'article 93§2u C.M.P., pour les opérations de **lotissement**. Cela signifie que la mission de maîtrise d'œuvre, dans le cas des lotissements, donne lieu à une rémunération forfaitaire fixée contractuellement. Si les parties contractantes en conviennent, dans ce cas, elle est déterminée avant le début de la mission et fixée en valeur absolue. Cette valeur ne peut alors plus être reconsidérée que d'un commun accord entre les parties, lorsqu'il y a modification du programme initial ou de l'importance de la mission. Elle peut également, sous certaines conditions, être réajustée dans le temps en fonction des situations qui se présentent.

Le montant de cette rémunération tient compte de l'étendue de la mission, de son degré de complexité et du coût prévisionnel des travaux. Les honoraires dépendent par ailleurs de la nature du projet et chaque mission doit faire l'objet d'une discussion des honoraires en fonction de son ampleur et des tâches qu'elle englobe. L'architecte estime à l'avance le travail qu'il devra accomplir et y attribue un prix forfaitaire.

Cependant, puisque le prix est forfaitaire, le règlement des sommes dues ne peut être effectuée que par phases ; en conséquence, **nous proposons** le calendrier suivant qui doit se dérouler selon les pourcentages suivants :

- un acompte convenu :
- 20 % de l'avant-projet ;
- 20 % lors de l'avant-projet ;
- 50 % selon l'avancement des travaux ;
- le solde à la réception.

Cette méthode de définition des honoraires se différencie de celle prévue pour les marchés publics, qui opte pour les primes qui sont les sommes destinées aux candidats, généralement les mieux classés, ayant pour objet de rétribuer l'effort particulier qui est demandé aux entreprises.

§2- Les bases de calcul des honoraires

Le contrat d'architecte détaille la décomposition des honoraires de l'architecte selon un barème et les modalités de leur règlement. Conformément à l'article 30 du contrat d'architecte, les bases de calcul des honoraires portent sur deux phases distinctes, la phase de conception et la phase de suivi, de contrôle et d'exécution.

A - La phase de conception : cette phase est répartie sur six stades

Phase	Contenu de la phase	Taux de règlement
A	Étude d'esquisse	5 %
	Avant-projet sommaire (A.P.S.)	10 %
	Avant-projet détaillé (A.P.D.)	10 %
	Permis de construire ou autorisation de lotissement	5 %
	Projet d'exécution (P.E.)	10 %
	Dossier de consultation des entreprises (D.C.E.)	10 %

Dans ce cas, l'architecte est rémunéré par application du **taux** qu'il a proposé dans son offre, par rapport à **l'estimation sommaire** des travaux hors taxes établis par lui, ce qui implique l'application de trois éléments : le taux proposé (article 90 du C.M.P.), l'estimation sommaire et enfin le taux de règlement (articles 29 et 30 du contrat d'architecte).

B - La phase du suivi et du contrôle d'exécution des travaux

Les honoraires sont calculés par rapport au montant hors taxes des travaux réellement exécutés et selon, d'une part, le rythme de paiement des décomptes provisoires ou définitifs et, d'autre part, le stade d'achèvement des travaux.

Phase	Contenu de la phase	Taux de règlement
B	Suivi et contrôle	35 %
	À la réception provisoire	10 %
	À la réception définitive	5 %

Les honoraires, dans ce cas, sont calculés sur la base de chaque décompte provisoire des travaux réellement exécutés par le titulaire du marché hors taxes.

§3- Le seuil de tolérance

La construction n'est pas un produit fini ; la conception d'un projet de construction et sa mise en œuvre sont des expériences chaque fois uniques, même si certaines opérations peuvent sembler répétitives. C'est la raison pour laquelle le degré « zéro défaut » est impossible en construction. Une question s'impose : quel sera le montant de la dépense présumée du projet ? En conséquence, des tolérances sont admises.

En effet, à partir du moment où l'estimation sommaire a été à la base de l'attribution du contrat, il est tout à fait légitime que les conséquences soient assumées par l'architecte en cas de dépassement dudit seuil de tolérance ; ainsi, la fixation du budget relève de l'objet même du contrat d'architecture.

Les tolérances permettent de se prononcer de manière objective quant à la conformité d'un produit ou d'un ouvrage. La nécessité de les définir tient au fait que la perfection absolue est matériellement impossible. Des imprécisions peuvent en effet intervenir à chaque stade de l'acte de construire (écarts de fabrication, d'implantation, de mise en œuvre et de pose) ou de mesurer (écarts par rapport aux dimensions souhaitées).

Ces écarts, qui justifient la tolérance, doivent toutefois être mesurés le plus objectivement possible. Dans ce contexte, le décret du 8/03/2023 prévoit un seuil de tolérance en cas de dépassement de l'estimation par rapport au montant des travaux réellement exécutés, mais c'est le **contrat d'architecte**, dans son article 31-2, qui détermine l'étendue de cette responsabilité. Le contrat fixe le seuil de tolérance à vingt pour cent (20 %) d'augmentation par rapport à l'estimation de base. Un dépassement budgétaire permet au maître d'ouvrage d'appliquer une pénalité de cinq pour cent (5 %) des honoraires dus à l'architecte. Cette pénalité doit être déduite d'office des sommes dues. Dans ce type de situations, on peut aussi estimer que le maître d'ouvrage devrait porter sa part de responsabilité s'il ne veille pas à ce que le maître d'œuvre dispose des moyens de bien travailler. En effet, la mauvaise qualité d'une prestation architecturale ne risque-t-elle pas surtout de se traduire par un surcoût à moyen terme, lorsqu'il faut « défaire et refaire » avant l'heure et aux frais des finances publiques ?

Pour cette raison, le Code des Marchés publics a laissé une part de marge de manœuvre avec l'article 93-3§2 qui envisage que « Le contrat d'architecte **doit prévoir un seuil de tolérance** par rapport à l'estimation sommaire ayant été à la base de l'attribution du contrat et **au regard des conséquences** pour celui-ci **en cas de dépassement dudit seuil de tolérance** ».

Il semble que cette disposition signifie que le maître d'ouvrage se réserve le droit de contrôler la réalité des **moyens** mis en place par rapport aux missions confiées à l'architecte. Pour les travaux neufs faisant l'objet d'un programme précis et complet annexé au contrat, une clause du contrat doit stipuler que la **surestimation** du coût de réalisation, si elle est supérieure à une marge de tolérance convenue, entraîne une diminution de la rémunération de l'architecte initialement prévue. Le décret évoque seulement le cas de surestimation et non la **sous-estimation**, ce qui implique de poser des questions dans cette éventualité.

Cette idée est basée sur le principe de **l'engagement sur le coût objectif** : si le maître d'œuvre ne respecte pas l'estimation initiale précisée dans son contrat, assortie d'un seuil de tolérance, le maître d'œuvre est pénalisé sur ses honoraires. Par ailleurs, la rémunération du maître d'œuvre est fixée par un barème. Rappelons-le : le Code de Déontologie prévoit, dans son article 33, que l'architecte doit « adapter le nombre et l'étendue des missions qu'il accepte à ses aptitudes, à ses connaissances, à ses possibilités d'intervention personnelle, aux moyens qu'il peut mettre en œuvre ». L'architecte dépend également de l'entrepreneur. Si celui-ci ne s'acquitte pas correctement de sa tâche, l'architecte doit être davantage présent sur le chantier pour suivre l'évolution des travaux. Il perd là aussi un temps précieux mais absolument nécessaire pour assurer un bon résultat final.

Chapitre III

Les garanties pécuniaires

Dans le but de protéger l'administration contractante contre les risques qui résultent d'une défaillance éventuelle de l'autre partie contractante, la réglementation a instauré un système de cautions et de garanties.

Toutefois d'autres garanties spéciales viennent se greffer : elles sont imposées soit par le cahier des charges, soit par des textes particuliers. Les textes de base qui organisent le dispositif des garanties pécuniaires exigées des soumissionnaires de marchés publics par le C.M.P. et le C.C.A.G. sont le dahir n° 1.56.211 du 11/12/1956 ainsi que la circulaire d'application n° 72/cab du 26/11/1992.

L'article premier du dahir du 11/12/1956 susvisé a fixé trois (03) types de garanties pour couvrir les engagements pris par les concurrents et les titulaires de marchés publics : le cautionnement provisoire, le cautionnement définitif et la retenue de garantie. La nouveauté, est que dans le cadre de simplification et de dématérialisation des procédures, le décret n°1692-23 du 23/06/2023 dans son article 15 prévoit la constitution des garanties pécuniaires par voie électroniques .

Section 1

La forme juridique de la caution

Cette forme juridique d'engagement n'est pas récente. Elle est utilisée depuis les Égyptiens puis par les Grecs dans un sens fondé sur des liens familiaux. L'idée d'engagement accessoire s'est dégagée par la suite, permettant à la caution de se retourner contre le débiteur principal défaillant.

L'article 1117 du code civil prévoit que « Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'oblige envers le créancier à satisfaire à l'obligation du débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même », c'est-à-dire une personne qui se substitue au véritable contractant en cas de défaillance de ce dernier. Le cautionnement est donc un contrat, c'est-à-dire une convention génératrice d'obligations, et plus précisément un contrat spécial nommé.

Il constitue aussi une sûreté personnelle car il s'agit d'une garantie pour le créancier quant au recouvrement de sa créance en cas de défaillance du débiteur principal, et par voie de conséquence cette sûreté personnelle ne confère au créancier aucun droit particulier sur les biens de son débiteur, c'est-à-dire ni droit de suite, ni droit de préférence. Le créancier titulaire d'une sûreté personnelle demeure un créancier chirographaire, mais il accroît le nombre de ses chances d'être remboursé.

En effet, si le cautionnement doit être accepté par les deux parties, le créancier et la caution, « d'où son **caractère consensuel** », le cautionnement ne comporte d'obligation qu'à la charge de la caution, ce qui lui confère son **caractère unilatéral**. Le régime juridique des garanties est un **régime contractuel** dans la mesure où le dahir susvisé ne fixe que **le cadre légal** des

garanties ; les modalités d'application sont laissées aux cahiers des charges et aux stipulations contractuelles du C.P.S.

L'article 15 du C.C.A.G.-T. fixe et renvoie au C.P.S. la détermination de l'importance des garanties pécuniaires et des dispenses éventuelles, d'où leur aspect contractuel. Ces cahiers peuvent exiger d'autres garanties particulières.

À cet égard, le C.P.S. peut dispenser l'attributaire de fournir une garantie. La circulaire du Premier ministre n°72/cab du 26/11/1992 prévoit que l'administration dispense d'une *manière* discrétionnaire de l'obligation de fournir le cautionnement provisoire et/ou définitif, voire de subir la retenue de garantie dans le règlement des sommes dues au titre du marché. C'est à l'autorité compétente qu'il appartient d'apprécier l'opportunité d'exiger ou non un cautionnement et d'y recourir en fonction des risques liés à l'exécution du marché.

D'une manière générale le C.C.A.G. a adopté une position souple pour la constitution des cautionnements provisoires, définitifs ou de la retenue de garanties, outils qui peuvent être remplacés par une caution personnelle et solidaire.

§1- Les modalités de constitution des garanties

La caution peut être constituée au choix du concurrent (s'il s'agit d'une caution provisoire) ou de l'attributaire du marché (s'il s'agit de la caution définitive ou de la retenue de garantie), au choix en numéraire, en valeur, par prélèvement automatique ou via une caution personnelle et solidaire. En vertu de l'article 2 du dahir n°1-56-211 du 11/12/1956 relatif aux garanties pécuniaires des soumissionnaires et adjudicataires de marchés publics, « Les cautions provisoires ou définitives sont constituées en numéraire, en valeurs, en fonds d'État ou en valeurs du Trésor, entièrement libérés et au porteur. Les fonds garantis par l'État peuvent être acceptés sur autorisation spéciale du Ministère des Finances ».

Le cautionnement peut donc être constitué en numéraire ; dans ce cas, les montants sont versés auprès des caisses des comptes de la Trésorerie générale du Royaume et sont consignés ensuite auprès de la Caisse de Dépôt et de Gestion (C.D.G.). Comme il peut s'agir de valeurs d'État ou jouissant de la garantie de l'État, les bons du Trésor sont acceptés par leur valeur nominale. Ces cautionnements sont reçus à la C.D.G.

La constitution par voie électronique est prévue par l'article 15§1 qui dispose « La constitution et la restitution des garanties pécuniaires s'effectuent par voie électronique selon les conditions du portail des marchés de restituer au titulaire du marché ou de libérer les cautions personnelles et solidaires tenant lieu, le cas échéant, du cautionnement garantissant le remboursement de l'avance consentie par le maître d'ouvrage au moyen d'une mainlevée ; de renseigner les références de la décision de confiscation des cautionnements, le cas échéant.»

A cet effet le portail des marchés publics permet :

a) aux organismes agréés :

D'instruire les demandes de garanties pécuniaires émanant des concurrents et des titulaires des marchés publics ; De délivrer les garanties pécuniaires dûment signées par la ou les per-

sonnes habilitée(s) à engager l'organisme agréé concerné, selon les conditions propres audit organisme.

b) aux concurrents :

D'introduire auprès des organismes agréés les demandes de constitution des cautionnements provisoires et des attestations des cautions personnelles et solidaires en tenant lieu ;

c) aux titulaires des marchés :

D'introduire auprès des organismes agréés des demandes de constitution des cautionnements définitifs ou des attestations des cautions personnelles et solidaires en tenant lieu et, le cas échéant, de la caution en remplacement de la retenue de garantie ou de la caution garantissant le remboursement de l'avance consentie par le maître d'ouvrage ;

Il s'agit en fait des possibilités offertes pour la constitution des cautions, mais l'administration a un droit de regard qui lui permet d'accepter ou de refuser certaines cautions, même si l'organisme est agréé par le Ministère des Finances, à condition de motiver ce refus.

Lorsque le cautionnement est constitué en titres nominatifs, l'attributaire du marché doit souscrire une déclaration d'affectation de ces titres et donner à la C.D.G. un pouvoir irrévocable à l'effet de les aliéner s'il y a lieu. La caution peut être remplacée par l'engagement d'une caution personnelle et solidaire, dans les conditions fixées par la réglementation en vigueur, et doit être choisie parmi les personnes ou établissements ayant été agréés par le Ministère des Finances (tels que les banques) et ayant constitué un cautionnement général unique auprès de la C.D.G.

Le **retrait de l'agrément** par le Ministère des Finances de l'organisme habilité à porter caution entraîne **la nullité de la caution** déjà constituée et présentée comme garantie. L'attributaire du marché doit, dans ce cas, reconstituer une autre caution auprès d'un autre organisme agréé, et ce dans un délai de vingt (20) jours qui suivent la notification du retrait de l'agrément. Le cas échéant, deux possibilités se présentent : soit le montant de la caution définitive est précompté d'office sur les décomptes présentés au paiement, soit l'administration procède purement et simplement à la résiliation du contrat, avec les conséquences qui sont subies dans le cas de la résiliation.

En effet, dans le cas de la non reconstitution d'une autre caution auprès d'un autre organisme financier agréé, l'article 17-3 du C.C.A.G. ne prévoit qu'une retenue d'office « sur les décomptes des sommes dues à l'entrepreneur d'une somme égale au montant du cautionnement définitif, sans préjudice des droits à exercer contre lui en cas d'insuffisance. » On est donc loin de l'aspect coercitif et contraignant de l'Instruction du Premier ministre n° 72 du 26/11/1992, qui offre à l'administration la possibilité, dans le cas de la non reconstitution de la caution définitive, de résilier le contrat. Cette position coercitive est pour le moins incompréhensible, dans la mesure où l'attributaire a déjà constitué un contrat en bonne et due forme et qu'il a engagé et supporté des frais financiers. En outre, l'État est débiteur vis-à-vis du titulaire du marché suite aux travaux que ce dernier a exécutés, ce qui implique l'application, au moins, de la règle de la compensation légale prévue par l'article 189 du Code des Obligations et des Contrats. En tout état de cause, cette mesure prévue par l'Instruction du Premier ministre est à éviter, car elle ne corrobore absolument pas l'esprit manifesté par le nouveau Code des Marchés publics. Pour les marchés financés par l'Union européenne, l'article 74-2 du C.C.A.G. prévoit que le cautionnement est constitué dans la monnaie dans laquelle est libellé le marché. La caution

peut être délivrée par un organisme financier habilité appartenant soit au pays bénéficiaire, soit à un État membre de l'Union européenne, soit à un pays tiers jouissant d'une dérogation. L'administration garde toute liberté pour accepter ou refuser une caution solidaire délivrée par un organisme financier étranger, à condition que « le refus éventuel de la caution solidaire » soit motivé.

Dans ces conditions, l'administration peut accepter la caution à condition que l'organisme financier qui l'a délivrée soit assujéti aux mêmes règles exigées par la réglementation marocaine, notamment l'agrément des autorités financières du pays de l'organisme étranger. À cet effet, il est souhaitable que les administrations tiennent un registre indiquant les opérations relatives aux cautionnements, à leur nature ainsi qu'aux mesures prises. Le dit registre doit contenir des pages numérotées, datées, sans vide ni rature, mentionnant les opérations passées en cas de restitution partielle, par exemple, ou de saisie.

§2- La caution provisoire.

C'est une caution de soumission qui est exigée de chaque **concurrent** au moment du dépôt des offres, afin d'écartier le dépôt des offres peu sérieuses et de garantir, selon les dispositions de l'article 14 du C.C.A.G., la participation du candidat à la concurrence, mais qui permet aussi de se prémunir contre un refus éventuel de l'entrepreneur ou du fournisseur d'exécuter le marché s'il en est le titulaire, et ce conformément à l'article 18 du C.C.A.G.-T.

Si la constitution de la caution provisoire est exigée, l'article 28-A-c du décret du 08/03/2023 prévoit, dans ce cas, que le dossier administratif comprenne l'original du récépissé du cautionnement provisoire ou l'attestation de la caution personnelle et solidaire en tenant lieu. Le corollaire naturel de cette disposition est que **l'absence de cette caution entraîne l'éviction du concurrent.**

L'article 23-g du décret du 08/08/2023 dispose que l'avis d'appel d'offres fait connaître le montant en valeur du cautionnement provisoire, conformément à l'article 14 du C.C.A.G. Cela signifie que l'annonce de la caution provisoire doit être insérée dans l'avis d'appel d'offres, et par ailleurs aucun montant ne doit être exprimé en pourcentage, afin que le secret de l'estimation administrative soit assuré.

Pour la détermination du montant du cautionnement provisoire, il faut noter que ni le dahir précité n°1.56.211, ni la circulaire du Premier ministre n°72/cab précitée, ni le Cahier des Clauses administratives générales, ne donnent d'indication sur le mode de fixation du montant du cautionnement provisoire que les concurrents doivent constituer. L'article 14 du C.C.A.G. renvoie au C.P.S. pour son montant : « Le Cahier des Prescriptions spéciales détermine l'importance des garanties pécuniaires à produire par chaque concurrent, à titre de cautionnement provisoire. »

Il en découle que la **détermination** du montant du cautionnement provisoire est du ressort du **pouvoir discrétionnaire du maître d'ouvrage**, qui l'arrête en fonction de l'importance et de la valeur de chaque marché qu'il envisage de lancer. Toutefois la commission des marchés a estimé que « Le maître d'ouvrage doit veiller à ce que le montant du cautionnement provisoire soit **proportionnel à la valeur et à l'importance du marché à réaliser et non en tenant compte des dimensions des entreprises** existant sur le marché et du montant de leur capital. »

§3- La caution définitive

Elle est constituée par **le titulaire** du marché dans les vingt (20) jours qui suivent la notification de l'approbation du marché. Selon l'article 15-4 du C.C.A.G., la caution définitive est destinée à **garantir les engagements contractuels** du titulaire du marché jusqu'à l'achèvement des travaux. En effet l'article 15 prévoit que « la caution définitive reste affecté à la garantie des engagements contractuels de l'entrepreneur jusqu'à la réception définitive des travaux. »

C'est un champ très vaste que la caution définitive est appelée à garantir durant l'exécution du marché. Il peut couvrir la mauvaise exécution de la prestation objet du marché (vice de construction ou marchandise qui ne correspond pas aux normes), ou bien le recouvrement des sommes dont le titulaire serait reconnu débiteur au titre du marché, ou encore les dommages causés à des tiers par lui ou par le sous-traitant. En effet, l'article 151§10 du C.M.P. dispose qu'en ce qui concerne la sous-traitance, « le titulaire demeure personnellement responsable de toutes les obligations résultant du marché. » Donc la caution définitive couvre aussi la mauvaise exécution du marché par le sous-traitant.

Le montant de la caution définitive est fixé à trois pour cent (3 %) du montant initial du marché. L'article 15 du C.C.A.G. ne prévoit nullement que ce montant doit être augmenté, le cas échéant, du montant des avenants, ce qui laisse supposer que même dans le cas de la modification du prix initial du marché, suite à la révision des prix ou suite à un avenant, il n'y pas lieu de constituer une autre caution définitive qui couvre l'équivalent de l'augmentation du prix initial à défaut des stipulations particulières du C.P.S. D'ailleurs la réglementation prévoit la constitution de la caution définitive après la notification de l'approbation du marché et aucune allusion n'est faite à l'approbation d'un avenant. En revanche, dans l'hypothèse d'une diminution des travaux supérieure à 25 % et qui donne lieu à « un avenant fixant le nouveau montant du marché », une restitution partielle de la caution définitive en fonction de cette diminution est possible.

L'article 15-2 et 3 du nouveau C.C.A.G. a prévu une constitution sur mesure de la caution définitive :

- pour un **marché alloti** : une caution définitive pour **chaque lot** ;
- pour **un groupement**, selon la forme du groupement :
- au nom collectif du groupement ;
- par un ou plusieurs membres du groupement pour la totalité du cautionnement ;
- en partie par chaque membre du groupement.

§4- La retenue de garantie

La retenue de garantie est un précompte à la source opéré d'office par l'administration sur le montant des règlements des prestations effectuées par l'attributaire du marché, au cas où des malfaçons sont constatées, à condition que le C.P.S. prévoit la constitution de cette caution. Donc, il s'agit d'une partie destinée, en principe, au paiement des prestations réalisées, tel que précisé par l'article 64 du C.C.A.G.-T. : « Le paiement des acomptes s'effectue au même rythme que celui fixé pour l'établissement des décomptes sauf retenue d'un dixième (1/10ème) pour garantie. »

L'article 64-3 du C.C.A.G.T offre au titulaire du marché la possibilité de constituer une caution personnelle et solidaire qui correspond au montant égal à la valeur de la retenue de garantie de chaque décompte. À cet égard, aucun paiement ne peut être effectué par le comptable en l'absence de cette caution personnelle et solidaire.

La retenue de garantie a pour objet de garantir la bonne exécution des prestations, dite « obligation de parfait achèvement ». Cette obligation est prévue par l'article 75-A§1 du C.C.A.G. Elle permet à l'administration d'opérer une retenue sur le règlement des prestations effectuées par le cocontractant en vue de garantir le remboursement des sommes dont le titulaire du marché pourrait se trouver éventuellement redevable.

Elle ne peut être utilisée à d'autres fins et doit couvrir les réserves à la réception des prestations objet du contrat, « comprise entre la réception provisoire et la réception définitive », y compris pour les travaux réalisés par des sous-traitants. C'est une sûreté complémentaire du cautionnement définitif. Elle peut être prélevée par fractions, au moment de l'ordonnement des sommes dues au titulaire du marché sur les acomptes qui seront payés au fur et à mesure de l'exécution du marché. Le montant prévu pour la retenue de garantie est fixé par l'article 64 du C.C.A.G., qui prévoit un plafond de dix pour cent (10 %) du montant de chaque acompte, ou d'un cinquième (1/5^e) de l'acompte lorsqu'il s'agit des approvisionnements. En outre, et **sauf stipulations particulières** du C.P.S., la retenue de garantie cesse de croître lorsqu'elle atteint sept pour cent (7 %) du montant du marché, toutes taxes comprises.

Faut-il interpréter les **stipulations particulières** d'une manière extensive, ce qui laisse supposer que l'organisme public contractant peut prévoir, à ses risques et périls, une retenue de garantie moins élevée s'il le souhaite ? Rien en fait n'interdit au maître d'ouvrage de prévoir cette possibilité. Ceci étant, lorsque le montant initial du marché fait l'objet d'une augmentation, la clause de retenue de garantie prévue par le marché s'applique également aux sommes dues au titre de **l'avenant** ou des avenants origines de l'augmentation.

Toutefois, si l'augmentation du montant initial du marché résulte d'une décision de poursuivre les travaux dans le cadre de l'article 57-2 du C.C.A.G. qui dispose que « L'entrepreneur est tenu de mener à son terme la réalisation des ouvrages faisant l'objet du marché, tant que l'augmentation de la masse des travaux n'excède pas 10 % de la masse initiale des travaux », dans ce cas la retenue de garantie n'est pas appliquée. L'ordre de service donné par le maître d'ouvrage de poursuivre les travaux ne constitue pas un document à caractère contractuel tel que le contrat du marché ou l'avenant.

§5- La restitution

Les modalités de restitution des différentes cautions sont déterminées et encadrées par plusieurs textes réglementaires ou législatifs, notamment par le dahir du 11/12/1956, la circulaire 72/cab du 26/11/1992, le C.C.A.G et le décret 1692-23 sus visé. En effet, à partir du moment où la constitution est effectuée par **voie électronique, la restitution est opérée de la même procédure**, le portail des marchés publics permet :

a) aux organismes agréés :

- ✓ Demandes de **restitution** de leurs garanties pécuniaires en cas de non-production de ces garanties au maître d'ouvrage ;
- ✓ De recevoir du maître d'ouvrage les mainlevées sur les garanties pécuniaires qui lui sont produites.

b) aux concurrents :

- ✓ De demander, à l'organisme agréé, la **restitution** des cautionnements provisoires ou **la libération** des cautions personnelles et solidaires en tenant lieu, en cas de non-production desdits cautionnements au maître d'ouvrage ;
- ✓ De demander, au maître d'ouvrage, la **mainlevée** sur les cautionnements provisoires ou sur les attestations des cautions personnelles et solidaires en tenant lieu.

c) aux titulaires des marchés :

- ✓ De demander au maître d'ouvrage les **mainlevées** sur les cautionnements constitués ou la libération des cautions personnelles et solidaires tenant lieu du cautionnement définitif, et/ou de la retenue de garantie et, le cas échéant, de la caution garantissant le remboursement de l'avance consentie par le maître d'ouvrage.

d) aux maîtres d'ouvrages :

- ✓ De **restituer** le cautionnement provisoire au moyen d'une mainlevée délivrée aux concurrents dans les cas prévus au décret précité n° 2-22-431 et au titulaire ayant constitué le cautionnement définitif dans le délai prescrit ;
- ✓ De **restituer** au titulaire son cautionnement définitif ou de libérer les cautions personnelles et solidaires tenant lieu du cautionnement définitif, et/ou de la retenue de garantie au moyen d'une mainlevée ;
- ✓ De renseigner les références de la décision de **confiscation des cautionnements, le cas échéant.**

A cet égard et en vertu de l'article 19 du C.C.A.G., la **caution provisoire** est restituée d'office. À cet effet, l'administration doit prononcer la mainlevée et délivrer à l'intéressé un certificat sur le vu duquel le cautionnement sera libéré, soit d'office si la **caution définitive** n'est pas exigée, soit après la réalisation de la caution définitive dans les délais.

La restitution d'office signifie aussi pour les organismes financiers une libération de la caution, et si le maître d'ouvrage n'a pas réalisé les diligences nécessaires à l'intérieur des délais pour confisquer la caution provisoire auprès de ces organismes, il doit procéder selon les dispositions de l'article 18-3 du C.C.A.G.-Travaux, c'est-à-dire qu'« il est appliqué à l'entrepreneur une pénalité d'un pour cent (1 %) du montant initial du marché. »

À noter que l'administration doit restituer ou libérer la caution provisoire au moment où il informe le concurrent de son éviction.

La **caution définitive** est restituée à la suite d'une mainlevée délivrée par le maître d'ouvrage, **dès la signature du procès-verbal de la réception définitive des travaux**, et ce suivant les dispositions de l'article 19§2 du C.C.A.G., ou une fois que le titulaire du marché a honoré ses obligations vis-à-vis de l'administration selon les dispositions de l'article 19 du C.C.A.G., ou encore, conformément aux dispositions de l'article 76-4§2 du C.C.A.G. une fois que le titulaire a honoré l'obligation dite « obligation de parfait achèvement ».

Dans l'éventualité d'une résiliation du contrat, l'article 79 du C.C.A.G. prévoit que la résiliation doit être « précédée immédiatement, en présence de l'entrepreneur, de la constatation des ouvrages exécutés et des matériaux approvisionnés », autrement dit précédée de la réception des prestations réalisées, mais à défaut la résiliation vaut réception. Cependant, les termes de l'article 19-3 du C.C.A.G. sont assortis de la confiscation du cautionnement définitif si des mesures coercitives ont été prises à l'encontre du titulaire du marché ; dans ce cas, « Le cautionnement définitif est restitué au cocontractant, sauf dans le cas de l'application de l'article 79-2 du C.C.A.G.-T. relatif aux mesures coercitives. » Or, même dans cette éventualité, l'autorité compétente reste souveraine pour confisquer ou non la caution définitive ou la retenue de garantie.

Dans son avis n°331/08 du 28/01/2008, la commission des marchés a émis un avis favorable à la restitution de la caution définitive en dépit de la résiliation du marché suite à des mesures coercitives : « Le choix de la sanction à prendre à l'encontre du cocontractant défaillant relève de la discrétion de l'autorité compétente, celle-ci peut éventuellement décider de résilier le marché sans ordonner la confiscation du cautionnement définitif ; dans ce cas, le cautionnement ne doit être restitué au cocontractant qu'après apurement de la situation. »

La commission s'appuie dans ses arguments sur les dispositions de l'article 16 du C.C.A.G. 2000 (abrogé) : « L'article 16 du C.C.A.G.-T. prévoit que le cautionnement définitif est restitué au cocontractant, sauf si l'autorité compétente décide de prendre à son égard l'une des mesures coercitives prévues par l'article 70 dudit C.C.A.G.-T. » et que « La résiliation prévue par l'article 16 du C.C.A.G.-T de ne pas restituer le cautionnement définitif en cas d'application de mesures coercitives ne concerne que le cas où l'autorité compétente décide de confisquer le cautionnement », selon les dispositions de l'article 70-c du C.C.A.G. (Cette affaire a été traitée dans le cadre du décret des marchés publics de 2007 et du C.C.A.G.-T. de 2000). Ceci étant, l'article 19-3 du C.C.A.G.-T. prévoit la possibilité de la restitution partielle de la caution définitive. En effet, si le C.P.S. prévoit la réception partielle d'une ou plusieurs parties de l'ouvrage à réaliser, le maître d'ouvrage peut restituer une partie du cautionnement définitif à hauteur des travaux réceptionnés.

C'est une mesure qui peut certes soulager la trésorerie de l'entreprise, eu égard aux frais financiers engendrés suite à la constitution des garanties, mais qui ne sauvegarde pas les intérêts de l'administration, d'autant plus qu'elle va à l'encontre de l'esprit de l'exigence des garanties par les textes, qui a pour objet de protéger les deniers publics et de garantir la solvabilité du titulaire du marché.

La **retenue de garantie** est remboursée dans les mêmes conditions que la caution définitive. Dans l'hypothèse où la retenue de garantie n'a pas été remboursée dans un temps opportun, c'est-à-dire si un retard de remboursement a été constaté, à ce moment les **intérêts moratoires** sont applicables et doivent être versés selon les modalités définies par le décret du 22/07/2016 relatif aux intérêts moratoires.

Cependant il faut nuancer les modalités de restitution de la retenue de garantie selon le mode de sa constitution, c'est-à-dire sous forme d'une retenue à la source ou d'une caution auprès d'une banque.

Dans la première hypothèse, si la retenue de garantie n'est pas restituée dans les délais impartis et en l'absence de réserves ou de constatations de malfaçon, le titulaire du marché est en droit de réclamer l'application des intérêts moratoires, à condition que le **prélèvement soit effectué à la source**, c'est-à-dire si l'acompte est amputé du montant de la retenue de la garantie. La retenue, dans ce cas-là, est une partie intégrante du paiement qui est assujetti aux intérêts moratoires, et par voie de conséquence ce qui est valable pour le paiement doit être appliqué à la partie précomptée de l'acompte au titre de la retenue de garantie (l'accessoire suit le principal). En revanche, si le paiement effectué au profit du titulaire du marché est intégral et si la retenue de garantie est remplacée par une caution bancaire, dans ce cas le mécanisme de l'application des intérêts moratoires est inopérant et ne peut pas être déclenché.

Quant au **délai de garantie**, il faut entendre par là la période fixée par le C.P.S. ; le plus souvent, il porte sur les douze (12) mois qui suivent la réception provisoire de la prestation, un délai qu'il faut distinguer du délai technique prévu dans certains marchés de fourniture, qui, lui, peut s'étaler sur une période plus longue. L'article 75-A du C.C.A.G.-T. indique que « Le délai de garantie est égal à la durée comprise entre la réception provisoire et la réception définitive des travaux. »

En outre, ce délai de garantie est « de douze (12) mois à compter de la date du procès-verbal de la réception provisoire des travaux, sauf stipulation différente du Cahier des Prescriptions spéciales ou prorogation en application des prescriptions de l'alinéa 2 du paragraphe A de l'article 75 du C.C.A.G.-T. » Une autre conséquence en défaveur du titulaire du marché réside dans le fait que s'il ne réclame pas la restitution de la retenue de garantie dans un délai de quatre (04) ans, le montant de la garantie tombe sous le coup de la prescription quadriennale.

§6- La dispense

Sur la base des dispositions du dahir du 11/12/1965, notamment l'article premier §2 dispose que « Les cahiers des charges peuvent, s'il y a lieu, dispenser de l'obligation de l'une ou de plusieurs de ces garanties » et de la circulaire 72/cab du 26/11/1992 précitée, qui prévoit que la dispense totale de toutes sortes de garanties **s'impose** pour tous les types de marchés conclus par « **entente directe** » avec les **services publics** gérés en régie, les concessionnaires de services publics, les entreprises publiques ou d'économie mixte ou les organismes privés reconnus d'utilité publique, ou encore quand la nature de la prestation porte sur des **fournitures courantes**, c'est-à-dire sur des produits fongibles.

La raison de cette dispense réside dans le fait que le principe de la solvabilité et de la protection des deniers publics ne peut pas être invoqué à propos de ces organismes publics ou des organismes chargés d'une mission de service public ; la dispense doit donc être automatique.

Quand le mode de dévolution est la **procédure de concurrence**, la circulaire indique que « pour la **dispense** à la fois du **cautionnement provisoire** et du **cautionnement définitif**, il doit être **tenu compte** notamment de **la nature** des prestations, de **la durée** d'exécution du marché ou **du montant du marché**. » Mais quand il s'agit d'une procédure de concurrence restreinte, « Une dispense plus limitée peut être retenue, soit une dispense du **seul cautionnement provisoire**. » Cela signifie que le mode d'attribution d'un marché conditionne l'économie générale des dispenses et que la procédure de la concurrence met un certain nombre de verrous qui limitent cette liberté de dispense ; l'administration jouit donc d'une compétence liée. Ainsi, quand l'appel d'offres ouvert prévoit la dispense, le maître d'ouvrage doit prendre en considération la nature de la prestation (fourniture ou travaux), la durée de l'exécution (paiement unique ou subséquent, plus d'un an ou davantage) et le montant du marché (à partir d'un seuil raisonnable).

Ceci étant, la dispense relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration car c'est une simple faculté laissée par le dahir de 1956 à l'appréciation de l'administration concernée.

Section 2

Les sanctions financières

Le marché est un contrat qui engendre des droits et des devoirs. Le titulaire du marché doit exécuter le travail dans les délais prévus par le contrat et l'administration doit payer la prestation réalisée dans un temps convenable prévu par les textes afin de ne pas créer une crise de trésorerie au sein de l'entreprise.

Pour permettre aux deux contractants d'éviter tout retard dans l'exécution ou le règlement du marché, la réglementation a prévu une série de sanctions dissuasives à l'égard des deux parties du contrat. Il peut s'agir de la saisie des différentes cautions, mais aussi de pénalités pour le retard d'exécution des prestations, et d'intérêts moratoires pour le retard du règlement des sommes dues.

§1- Les sanctions relatives aux garanties

Si le concurrent ou le titulaire du marché n'a pas rempli tous ses engagements, les différents textes ont prévu les cas dans lesquels la caution est acquise à l'administration.

La caution provisoire : l'article 18-1 du C.C.A.G. dispose que le maître d'ouvrage doit retenir la caution provisoire si le concurrent ne respecte pas les dispositions de l'article 36 du C.M.P. et **retire son offre avant l'expiration du délai de soixante (60) jours**, délai pendant lequel « les soumissionnaires restent engagés par leurs offres » ; ainsi, le non respect des dispositions de cet article entraîne la saisie de la caution provisoire dans le cas où **le concurrent ne maintient pas son offre après la notification de l'approbation** du marché dans le délai de

soixante (60) jours à compter de l'ouverture des plis ou de la date de la signature du marché par l'attributaire, lorsqu'il est négocié selon les dispositions de l'article 143 du C.M.P et ce en vertu de l'article 18 du CCAG.

La caution provisoire reste acquise à l'administration si les soumissionnaires **retenus** n'acceptent pas de procéder aux corrections des opérations arithmétiques des offres, lorsque la commission constate des erreurs matérielles évidentes. Cependant, en cas de doute, le soumissionnaire doit fournir les explications nécessaires.

Enfin la caution n'est pas restituée si l'attributaire, c'est-à-dire le concurrent dont l'offre a été retenue avant l'approbation du marché, **refuse de signer le marché** ou s'il ne réalise pas la caution définitive dans **un délai de vingt (20) jours** après la notification de l'approbation du marché.

L'article 18-3 du C.C.A.G. dispose qu'en cas d'absence d'une caution provisoire, et si le titulaire ne réalise pas la caution définitive dans les délais prescrits, une pénalité qui ne doit pas dépasser 1 % du montant initial du marché est appliquée d'office.

La caution définitive : les sanctions relatives à la **caution définitive** sont liées à l'exécution du marché et à son règlement. Si le titulaire du marché ne remédie pas aux malfaçons constatées, les sommes qui peuvent être dues suite à l'exécution d'une prestation non conforme aux prescriptions techniques du marché sont prélevées du cautionnement définitif.

Outre les sommes qui peuvent être dues et prélevées du cautionnement de l'attributaire, il faut citer les excédents de dépenses qui résultent de la régie ou du nouveau marché. En outre, si l'administration constate une malfaçon ou si l'entrepreneur a reçu des acomptes excessifs, la compensation du cautionnement est régulière. Cependant, la réglementation est moins sévère quand il s'agit de la résiliation du contrat. L'article 79-a du C.C.A.G. a laissé à l'administration le soin de décider de la confiscation ou non de la caution définitive et de la retenue de garantie.

Quant aux modalités de la saisie, l'article 11 du dahir du 11/12/1956 susvisé donne le droit à l'administration de saisir la caution définitive par décision prise par l'autorité ayant passé le marché tout en respectant une procédure bien définie. En effet, cette décision doit être appuyée d'un certificat indiquant la date de la notification par l'administration à l'entrepreneur de la saisie de son cautionnement, et faisant également connaître qu'il n'a pas été formé d'opposition à la saisie à l'expiration du délai de quinze (15) jours qui a suivi cette notification.

§2- Les modalités de la saisie des cautions

La saisie des cautions constituées par un concurrent ou par un titulaire d'un marché public obéit à des règles édictées par les textes qui gouvernent le domaine de la comptabilité publique et par les textes relatifs aux différentes garanties.

Tout d'abord la règle générale fait que le maître d'ouvrage et le comptable sont les seuls habilités à procéder à la saisie et au recouvrement des cautions saisies : le maître d'ouvrage, en tant que cocontractant, et le comptable, en tant que personne habilitée à manier les de-

niers publics et en sa qualité de comptable assignataire. La saisine des cautions obéit à une procédure prévue par la réglementation. Ainsi, la saisie est prononcée par **une décision** de l'administration qui doit être rendue exécutoire par le maître d'ouvrage. Cette décision doit être appuyée par **un certificat**, par lequel l'administration indique au titulaire du marché la date de la notification de la saisie de son cautionnement.

En effet, en vertu de l'article 18-4 du C.C.A.G.-T., « Toute saisie du cautionnement fait l'objet d'une décision prise dans les conditions prévues par l'article 11 du dahir du 11/12/1956 précité. Le maître d'ouvrage notifie à l'entrepreneur, par ordre de service, copie de cette décision. Cette décision est consignée dans le registre du marché. »

Ensuite le maître d'ouvrage doit établir **un ordre de recettes** qui constitue un titre exécutoire. Les dispositions de l'article 1^{er} de l'instruction 572/CAB du 14/12/1970 impliquent que « Les créances de l'État et des collectivités territoriales sont recouvrées en vertu d'un titre de recettes émis par les ordonnateurs ». L'article 4 du Code de Recouvrement des Créances publiques prévoit que le recouvrement des créances est effectué par voie d'un ordre de recettes.

Au niveau du comptable, le recouvrement est effectué sur la base de la décision et de l'ordre de recettes, même s'il n'a pas reçu le marché et que le maître d'ouvrage a procédé à la confiscation de la caution provisoire. À cet effet, s'il s'agit d'une caution bancaire, il lui appartient de saisir la banque pour la restitution de la caution.

§3- Les pénalités de retard

L'article 16-B-g du C.M.P. précise, parmi les mentions obligatoires que le marché doit contenir, le délai d'exécution ou la date d'achèvement des travaux. Cette clause importante permet à l'administration de veiller au respect des dates prévues pour l'exécution des prestations et d'infliger éventuellement des pénalités, suite au retard constaté dans l'exécution du marché. L'article 65 du C.C.A.G.-T. du 16/05/2016 prévoit qu'en cas de retard dans l'exécution, une pénalité est prévue, et précise aussi que le C.P.S. fixe les modalités d'application de cette sanction. Ces mesures corroborent les articles 260 et suivants du code civil qui prévoient des dommages et intérêts résultant de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur pour l'inexécution d'une obligation. Il s'agit en fait d'une évolution car le nouveau C.C.A.G., par le biais de l'article 65, fait une distinction entre une pénalité et une retenue :

Pénalité de retard : en cas de retard dans l'exécution des travaux, il est appliqué une pénalité par jour calendaire de retard à l'encontre de l'entrepreneur si le retard affecte le délai global du marché.

Retenues : elles sont appliquées pour les marchés comportant des délais partiels d'exécution, relatifs à des tranches ou parties d'ouvrage, assortis de pénalités pour retard dans l'exécution d'une partie ou d'une tranche de l'ouvrage.

Les **retenues** peuvent être **restituées** ; par contre les **pénalités** ne sont pas remboursables. La distinction dépend du délai d'exécution prévu par l'article 8 du C.C.A.G., le délai global contractuel et le délai partiel. **Le délai d'exécution global** contractuel est le délai prévu pour l'exécution de toutes les prestations objet du marché. Il correspond à la période comprise

entre la date de commencement de l'exécution fixée par ordre de service et la date d'expiration du délai prévu contractuellement.

Le délai d'exécution partiel contractuel est le délai prévu pour l'exécution d'une partie ou d'une phase des ouvrages objet du marché. Il correspond à la période comprise entre la date de commencement de l'exécution, fixée par ordre de service, de ladite partie ou phase de l'ouvrage et la date d'expiration du délai contractuellement prévu pour son exécution.

En cas de retard imputable au titulaire dans l'exécution des travaux, qu'il s'agisse de l'ensemble du marché (délai contractuel) ou d'une tranche pour laquelle un délai d'exécution partiel est imparti (délai partiel), les pénalités ne sont appliquées que lorsque le dépassement du délai d'exécution partiel a pour effet un dépassement du délai global du marché.

Ainsi, en cas de non respect de la date limite d'achèvement des travaux d'une tranche qui correspond à une phase, une retenue est appliquée. Néanmoins, si le titulaire respecte le délai contractuel global, le maître d'ouvrage restitue la retenue au titulaire du marché, sinon la retenue devient une pénalité de retard. Le maître d'ouvrage s'est en effet reconnu ce pouvoir de moduler le mécanisme de retenue et de pénalité de retard en fonction de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations.

Le délai d'exécution est un élément essentiel de l'objet du contrat. À cet effet, l'article 40§1 du C.C.A.G.-T. indique que le point de départ des délais d'exécution est donné par l'ordre de service de démarrage des travaux dans un délai de trente (30) jours à partir de la date de notification de l'approbation. L'article 8-A-5 du CCAG-T dispose que le délai d'exécution, commence à courir à partir de la date prévue dans l'ordre de service prescrivant le commencement de l'exécution des travaux.

Ces mesures sont appliquées à l'architecte en vertu de l'article 11 du contrat d'architecte en cas de « **retard dans l'exécution des prestations architecturales** ». Le montant des pénalités est plafonné à cinq pour cent (5 %) du montant des honoraires calculés sur la base de l'estimation sommaire des travaux. Une autre pénalité est appliquée, « en cas d'absence injustifiée ». Cette pénalité s'élève à mille (1 000) dirhams par visite.

Lorsque le montant atteint le plafond de cinq pour cent (5 %), l'autorité compétente est en droit de résilier le contrat d'architecte, à condition qu'il soit précédé d'une mise en demeure.

A. Le régime juridique des pénalités de retard : l'article 65-A du C.C.A.G. a prévu une **pénalité journalière** : « En cas de retard dans l'exécution des travaux, il est appliqué une pénalité par jour calendaire de retard à l'encontre de l'entrepreneur si le retard affecte le délai global du marché. »

À cet effet, le retard doit être démontrable, ce qui implique que le marché doit prévoir un délai d'exécution et une date à compter de laquelle les pénalités sont applicables.

Cette pénalité doit être prévue dans le marché et son application est obligatoire ; en conséquence, la renonciation aux pénalités de retard n'est pas prévue par la réglementation, dans la mesure où les termes de l'article 65 C.C.A.G. sont clairs, notamment le paragraphe premier qui prévoit qu'« En cas de retard dans l'exécution des travaux, il **est appliqué** une pénalité de

retard. » Le deuxième paragraphe du même article confirme cette obligation : « Les pénalités sont encourues du **simple fait de la constatation** du retard par le maître d'ouvrage. » Aussi, à partir du moment où les intérêts moratoires sont prévus en faveur du titulaire du marché en cas de retard de paiement, pourquoi renoncer aux pénalités de retard ?

Le montant est fixé en pourcentage de la valeur des prestations qui figurent sur le décompte de la facture ou du montant du marché s'il s'agit d'un paiement unique. Cette pénalité est égale à une fraction de millième du montant de la prestation. Les pénalités de retard sont applicables automatiquement par le maître d'ouvrage.

Cependant, si ce dernier ne les applique pas pour une raison ou une autre, le comptable doit suspendre systématiquement le règlement de la dépense. Si le maître d'ouvrage ne rectifie pas l'erreur ou s'il ne fournit pas les pièces justificatives pour justifier le retard, notamment un ordre d'arrêt et un ordre de reprise, le comptable procède à leur déduction du montant des sommes dues au titulaire du marché.

Si le montant des sommes auxquelles pourrait encore prétendre le titulaire du marché ne couvre pas le montant des pénalités appliquées, un ordre de recettes est émis à son encontre. À cet égard, le comptable doit observer l'application des dispositions de l'article 23 de la loi n° 15-97 du 03/05/2000 formant Code de Recouvrement des Créances publiques, qui prévoit une majoration de six pour cent (6 %) l'an pour le paiement tardif des ordres de recettes.

B. La notion d'achèvement des travaux : le C.C.A.G-T du 13/05/2016 a pris une position nette à l'égard de l'inobservation des délais d'exécution, dans la mesure où les pénalités sont encourues du simple fait de la constatation du retard par le maître d'ouvrage et que leur application ne nécessite aucune procédure particulière. L'article 73-3-a du C.C.A.G. dispose que la réception provisoire prend effet à la date d'achèvement des travaux constatée par le maître d'ouvrage. L'alinéa 3-c du même article évoque la réception provisoire assortie de réserves. Dans ce cas, l'application des pénalités de retard cesse et le maître d'ouvrage fait appel aux dispositions des articles 73-3-b et 79 du C.C.A.G.-T.

Pour le calcul du nombre de journées de retard, l'article 65-6 du C.C.A.G. a inclus les samedis, dimanches et jours fériés ou chômés. En cas de résiliation du contrat, les pénalités de retard courent jusqu'au jour de la date d'effet de la résiliation. Afin de préserver l'équilibre financier du contrat, notion fondamentale de droit administratif, l'article 65-7 du C.C.A.G. a introduit le plafonnement des pénalités de retard à huit pour cent (8 %) du montant initial du marché, éventuellement majoré par les montants correspondants aux travaux supplémentaires et à l'augmentation dans la masse des travaux. Le risque de ce plafonnement réside dans le fait que l'article 65-8 dispose que le maître d'ouvrage est en droit de résilier le contrat lorsque le plafond des pénalités est atteint après une mise en demeure.

Si le retard incombe au sous-traitant, ceci n'exempte pas le prestataire de sa responsabilité directe. Le maître d'ouvrage doit appliquer les retenues pour le retard constaté.

C. Les modalités d'application des pénalités de retard : le recouvrement des pénalités de retard est une obligation qui incombe à l'ordonnateur en premier lieu et au comptable en cas d'inertie de l'administration contractante, dans la mesure où elle doit les précompter d'office.

Ainsi, après déduction du montant des pénalités de retard, et conformément aux dispositions de l'article 65 du C.C.A.G.-T., l'ordonnateur procédera à l'établissement d'un ordre de recettes à l'encontre du titulaire du marché à concurrence du montant des pénalités infligées et devra établir deux ordres de paiement distincts au nom du bénéficiaire, récapitulés dans un même bordereau d'émission :

- Le premier ordre de paiement concerne le montant net à payer au créancier après déduction du montant de l'ordre de recettes ;
- Le deuxième ordre de paiement est relatif au montant des pénalités encourues portant la mention « à reverser en règlement de l'ordre de recettes ci-joint n°.....du.....».
- Le comptable assignataire doit :
procéder au règlement du premier ordre de paiement au véritable créancier ;
- spécifier la nature de la prestation objet du marché, en l'occurrence les marchés de fournitures et de services ;
- procéder à l'exécution simultanée de l'ordre de paiement émis pour le montant des pénalités de retard encourues et de l'ordre de recettes y afférent, qui doit être soldé par le versement de son montant au budget général, sous la rubrique « Recettes diverses et accidentelles », ou au budget du S.E.G.M.A., ou encore au compte spécial concerné.

À cet égard, il faut noter que le versement du montant de la pénalité au budget général vise à ce que les déductions effectuées ne se traduisent en aucun cas par une contraction entre recettes et dépenses, et ce conformément à l'article 9 alinéa 1^{er} de la loi organique relative à la loi de finances, à l'article 21 du D.C.P. du 21/04/1967 portant règlement général de la comptabilité publique, aux lois organiques des collectivités territoriales, et à la loi 69-00 relative aux établissements publics.

Les pénalités particulières

Le Cahier des Prescriptions spéciales peut prévoir des pénalités particulières en cas de retard de l'entrepreneur dans la remise de certains documents ou rapports, ou pour défaut de réalisation de certaines de ses obligations. À cet égard, l'article 66 du C.C.A.G. prévoit :

- des sanctions en cas de non respect de certaines obligations ou de retard dans la remise de certains documents ou rapports ;
- le plafonnement de l'ensemble de ces pénalités particulières à **2 %** du montant initial du marché, majoré de l'augmentation dans la masse et des travaux supplémentaires ;
- le prélèvement de pénalités particulières dans les mêmes conditions que les pénalités pour retard ;
- des dispositions précises dans le C.P.S. pour ces pénalités particulières.

- Dans l'éventualité de la résiliation du contrat, l'entrepreneur est tenu d'évacuer les chantiers dans le délai fixé par le maître d'ouvrage. L'article 70 du C.C.A.G. –T. indique les modalités d'application de cette sanction :
- une pénalité est prévue pour **défaut d'évacuation du chantier et retrait du matériel** et des équipements suite à la résiliation et dans les délais fixés par le M.O. ;
- cette pénalité est fixée à cinq pour dix-mille (5/10 000) par jour de retard par rapport au montant initial du marché, majoré de l'augmentation dans la masse et des travaux supplémentaires.
- L'article 44 du C.C.A.G. prévoit également une pénalité : en cas d'absence du dégagement, du nettoyage et de la remise en état des emplacements mis à sa disposition par le maître d'ouvrage pour l'exécution des travaux ;
- dans l'éventualité du non enlèvement du matériel et des matériaux sans emploi.

Si l'entrepreneur ne réalise pas ces tâches dans un délai maximum de trente (30) jours à compter de la date de la réception de la mise en demeure, il est appliqué **une pénalité journalière**, dont le montant est fixé par le Cahier des Prescriptions spéciales.

§4- Les intérêts moratoires

Nous avons déjà exposé que l'exécution de la loi de finances est confiée à deux personnes : l'ordonnateur et le comptable, chacun dans la sphère qui le concerne. Dans ce sens, les opérations aboutissant aux paiements des marchés publics sont strictement partagées entre l'ordonnateur et le comptable public. Il faut savoir que la commande publique s'élève à 190 milliards de Dh du budget d'investissement de l'État et correspond à 19 % du P.I.B. Le comptable est chargé, sous sa responsabilité personnelle et pécuniaire, de contrôler en aval les opérations qui relèvent de ses compétences ; quant à l'ordonnateur, il se charge en amont des opérations de liquidation et de mandatement qui aboutissent au règlement de la dépense.

Par ailleurs, l'ordonnateur et le comptable public ont l'obligation conjointe de respecter, d'une part, le délai global de mandatement et de paiement, sous peine de payer des intérêts moratoires, et d'autre part de veiller au respect de la règle fondamentale de la comptabilité publique, soit la règle du service fait et des droits acquis. Cette règle permet au titulaire du marché de recevoir la contrepartie de l'exécution des prestations objet du contrat. En outre, le paiement doit intervenir dans les délais réglementaires. Les intérêts moratoires constituent un élément du dispositif du paiement, puisque leur versement sanctionne **le non respect des délais** fixés dans le marché en cas de **retard dans le mandatement ou le paiement** des sommes dues par l'administration. La réforme des délais de paiement de la commande publique spécifie dans le détail les intérêts moratoires.

Dans ce sens, **les intérêts moratoires** sont une somme destinée à réparer le préjudice causé par le retard dans l'exécution d'une obligation. Ils représentent les indemnités qui sont dues en cas de non mandatement ou de non paiement d'un règlement dans les délais impartis, car les textes parlent désormais de paiement et de mandatement. Cette démarche, qui s'inscrit

dans la logique de l'article 263 du D.O.C., dispose que « Les dommages et intérêts sont dus, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard de l'exécution. »

Ce système, qui s'applique aussi bien au règlement des acomptes qu'à celui du solde, est prévu et explicité par le décret n°344.16.2 du 22/07/2016 relatif aux délais de paiement et aux intérêts moratoires, dont le contenu implique que toute dépense résultant de l'exécution d'un marché pour le compte d'organismes publics, dans les conditions et formes prévues par la réglementation applicable aux marchés publics, doit être ordonnancée et payée dans les délais prévus par la réglementation en vigueur. Le cas échéant, des intérêts moratoires sont payés au titulaire du marché.

En effet, les intérêts moratoires constituent un élément du dispositif du processus de la dépense publique (**ordonnancement et paiement**), et ce dans le but de sauvegarder les intérêts de l'attributaire du marché, puisque le non mandatement par l'ordonnateur, ou le non paiement par le comptable dans les délais fixés dans le marché, porte préjudice à l'attributaire du marché, ce qui lui ouvre la voie pour réclamer des intérêts moratoires à l'ordonnateur ou au comptable.

A. Le champ d'application : l'article 2 du décret du 22/07/2016 dispose que le titulaire du marché **peut obtenir** le paiement d'intérêts moratoires en cas de retard dans l'**ordonnancement** ou le **paiement** des sommes dues au titre de ces marchés, **à condition que ce retard incombent à l'administration**.

Cet article précise que le versement des intérêts moratoires est possible lorsque le délai écoulé entre la date de la constatation du service fait et celle du règlement du mandat de paiement ou de l'avis de virement est supérieur à soixante (60) jours francs. Cependant, les délais au niveau de l'ordonnancement ou du paiement peuvent être suspendus en raison de l'absence de pièces justificatives, **non fournies par le titulaire du marché**, ou pour des motifs liés à la non observation des dispositions relatives à la validité de la dépense prévue par le règlement général de la comptabilité publique, ou encore en lien avec la non production par **le maître d'ouvrage** des pièces justificatives prévues par les nomenclatures fixées par arrêté du ministre chargé des Finances ou du ministre de l'Intérieur.

Dans ce cas, une lettre recommandée avec accusé de réception est adressée par le maître d'ouvrage au titulaire du marché, quinze (15) jours au moins avant l'expiration du délai d'ordonnancement, l'informant de la suspension du mandatement jusqu'à la remise des pièces justificatives manquantes. Quant à la suspension de la phase comptable, le redressement de la situation reste entre le comptable et l'ordonnateur.

Cependant, lorsqu'une partie du paiement d'un acompte ou du solde est litigieuse, l'ordonnancement n'excède pas, dans ce cas, la partie admise par l'administration concernée. Si les montants ordonnancés sont inférieurs à ceux réellement dus au titulaire, celui-ci a droit à des intérêts moratoires calculés sur la différence de la partie litigieuse.

B. L'application des intérêts moratoires : avant d'appréhender le sujet du délai qui entraîne l'application de ces intérêts, il faut souligner l'ambiguïté qui caractérisait les textes antérieurs par rapport à l'ordonnancement et le paiement, notamment le dahir de 1948 (abrogé) qui évoquait le paiement des sommes dues, et l'instruction qui faisait référence à l'envoi du

mandat de paiement ou de l'avis de virement et l'article 61 du C.C.A.G.-T. 2000 (abrogé), qui reprenait les termes du dahir de 1948 modifié.

Cette ambiguïté a été déjà clarifiée par le décret de 2003 **abrogé** et le décret du 22/07/2016 qui s'aligne sur la distinction entre les deux phases : la phase administrative et la phase comptable telle qu'elle est prévue par le décret sur la comptabilité publique. En effet, le décret Royal du 21/04/1967 portant règlement général de comptabilité publique fait une nette distinction entre la phase administrative, qui incombe à l'ordonnateur ou au sous-ordonnateur, et la phase comptable, qui relève de la compétence du comptable assignataire.

L'article 35 du décret prévoit que l'ordonnancement est l'acte administratif donnant, conformément aux résultats de la liquidation, l'ordre de payer la dette de l'organisme public ; cet acte incombe à l'ordonnateur. L'article 40 dispose que les ordonnances ou mandats ne peuvent être payés qu'après visa du comptable assignataire de la dépense. Cet acte relève de la compétence du comptable. L'examen des termes du décret montre que les intérêts moratoires sont applicables en cas de retard dans le mandatement et le paiement des sommes dues ; autrement dit, la phase administrative et la phase comptable sont incluses dans le calcul du délai. Cette période est répartie dans la phase administrative, laquelle ne doit pas dépasser quarante-cinq (45) jours à compter de la constatation du service fait. Quant à la phase comptable relative au visa et au règlement, elle doit être effectuée dans un délai de quinze (15) jours à compter de la date de la réception de l'ordre de paiement, et ce conformément à l'article 2 du décret du 22/07/2016.

L'envoi du mandat ou de l'avis du virement et la constatation du service ne suffisent pas pour procéder au paiement, notamment au regard des termes de l'article 93 du décret du 21/04/1967, qui oblige le comptable à ne pas obtempérer à l'ordre de payer en cas d'indisponibilité des fonds ou des crédits, même si l'ordonnateur fait usage du droit de réquisition. Or si les crédits ou les fonds ne sont pas disponibles, comment peut-on appliquer les intérêts moratoires en cas de non paiement des sommes dues par le comptable ? C'est une situation qui peut arriver, notamment au niveau de certaines collectivités territoriales.

Une ambiguïté, soulevée par le décret de 2003, a été clarifiée par le décret de 2016 quant à l'application automatique et de facto des intérêts moratoires. Certes, l'article 2 du décret du 13/11/2003 disposait que « Le défaut d'ordonnancement et de paiement fait courir de plein droit et sans formalité préalable des intérêts moratoires au bénéfice dudit », mais cette phrase « fait courir » signifie à notre sens tout simplement que les intérêts moratoires « sont comptés » : on dit en effet des intérêts qu'ils courent à partir de telle date : depuis une semaine, un mois, un an, etc.

D'ailleurs l'article 6 du décret dispose que « Les intérêts moratoires courent à compter du jour qui suit la date d'expiration du délai prévu à l'alinéa 1 de l'article premier du décret susmentionné jusqu'à la date effective de paiement de la dette en principal par le comptable assignataire. » Ceci laisse supposer que le déclenchement de la procédure de comptage du nombre des jours de retard est une chose et que l'application effective des intérêts moratoires en est une autre, et cela peut être vérifié à la lumière de plusieurs textes. Tout d'abord, l'article 61§1 du C.C.A.G. 2000 (abrogé) indiquait que « L'entrepreneur **peut demander** l'application du dahir de 1948 (modifié par le décret du 13/11/2003 autorisant le paiement des

intérêts moratoires) », ce qui signifie que l'entrepreneur doit formuler une demande auprès de l'ordonnateur qui doit statuer sur la demande.

Les articles (127-105-107) du C.C.A.G. 2000 (travaux, fournitures et services) des **marchés financés par l'Union européenne** disposent également que « Si le délai fixé pour le paiement est dépassé, l'attributaire bénéficie de plein droit et sans mise en demeure d'un intérêt calculé au prorata du nombre de jours de retard. Toutefois, le paiement de l'intérêt est subordonné à l'introduction par l'attributaire d'une demande écrite. »

Ces deux textes subordonnaient donc l'application des intérêts moratoires à l'introduction d'une demande écrite et d'un délai, faute de quoi le non respect de cette formalité peut entraîner la forclusion, et par voie de conséquence, le rejet de la demande de bénéficiaire d'intérêts moratoires. À cet égard la commission des marchés a émis l'avis n° 190/2001/CM du 26/02/2001 dans lequel elle précise sans ambiguïté la nécessité d'une demande préalable : « Toutefois, le paiement des intérêts de retard est subordonné à l'introduction, par l'attributaire, d'une demande écrite valant déclaration de créance au plus tard dans le soixantième (60^e) jour suivant le paiement pour solde » (article 107 du C.G.C. Union européenne).

Le titulaire a droit à des intérêts moratoires, du fait que le délai écoulé entre la date de la réception par l'Office des Mémoires de Paiement et celle du virement du solde au compte indiqué au contrat est supérieur à soixante (60) jours, et par ailleurs s'il a présenté une demande dans ce sens dans le délai prévu à l'article 107 dudit Cahier général des Charges. »

À cela s'ajoute une autre contrainte pour les ordonnateurs et les comptables, du fait de leur responsabilité devant le juge de la Cour des Comptes en cas de paiement des intérêts moratoires. Cette responsabilité découle des dispositions de la loi 61-99 relative à la responsabilité des ordonnateurs, des contrôleurs et des comptables du 03/04/2002, notamment l'article 6 bis qui prévoit : « **La responsabilité de l'ordonnateur peut être engagée** au cas où le budget de l'un des organismes visés à l'article premier ci-dessus, dont il assure l'exécution, aura supporté le paiement d'intérêts moratoires pour retard de paiement des sommes dues au titre d'un marché public, tels que prévus par la réglementation en vigueur, suite à un retard d'ordonnancement dont il se serait rendu personnellement responsable. »

La responsabilité du comptable peut également être engagée au cas où le budget de l'un des organismes visés à l'article premier ci-dessus, dont il assure l'exécution, aura supporté le paiement desdits intérêts moratoires, suite à un retard de paiement dont il se serait rendu personnellement responsable. En somme on peut dire que l'application des intérêts moratoires n'a pas l'aspect d'automaticité que certains veulent lui donner.

Le décret du 22/07/2016 a mis fin à toutes les interprétations affirmant le principe de l'automaticité des intérêts moratoires. En vertu de l'article 2 du décret du 11/07/2016, l'ordonnancement et le paiement des dépenses doivent s'effectuer dans un délai maximum de soixante (60) jours, l'ordonnancement doit avoir lieu dans un délai de quarante-cinq (45) jours, le visa et le règlement par le comptable doivent intervenir dans un délai de quinze (15) jours.

L'article 8 du décret du 11/07/2016 dispose qu'en cas de retard dans l'ordonnancement ou le paiement des intérêts moratoires au titre de ces marchés, des sommes sont payées au profit

du titulaire du marché sans formalités préalables, à condition que ce retard incombe à l'administration. L'ordonnateur dispose de trente (30) jours pour procéder à l'ordonnancement des intérêts moratoires conformément à l'article 9. Lorsque l'ordonnateur ne procède pas à l'ordonnancement, l'article 13 oblige le comptable à procéder immédiatement au règlement en tant que dépense sans ordonnancement préalable et en informe l'ordonnateur.

C. Les dates d'exigibilité : On constate, d'une part, l'annulation de la multiplicité des délais par l'article 5§1 du décret. Cet article fixe, désormais, un délai unique maximal de trente (30) jours **pour la constatation du service fait** à compter de **la date du dépôt** par le titulaire, des attachements, de la facture ou la note d'honoraires d'architectes, à partir de la date de remise par le bénéficiaire.

D'autre part, la date de la constatation du service fait est fixée par l'article 5 §4 comme suit :

- ✓ pour les travaux : la signature des attachements par l'agent chargé du suivi ou le maître d'ouvrage ;
- ✓ pour les fournitures : la date de la certification de la facture ;
- ✓ pour les services : le procès-verbal de validation des rapports ;

- ✓ pour les contrats d'architecte ; la date de certification de la note d'honoraires par l'agent chargé du suivi ;
- ✓ pour les contrats de droit commun : la date de la certification de la facture par le service ou par le maître d'ouvrage.

Cependant, les délais au niveau de l'ordonnancement ou du paiement peuvent être **suspendus** en raison de l'absence de pièces justificatives non **fournies par le titulaire** du marché. Dans cette éventualité, la procédure préconisée par l'article 3 du décret consiste à adresser par l'ordonnateur ou le sous-ordonnateur les motifs ayant empêché l'ordonnancement au dit bénéficiaire, par lettre recommandée avec accusé de réception et, le cas échéant, par tout autre moyen donnant date certaine. La lettre doit préciser aussi que le délai d'ordonnancement est suspendu.

Les organismes publics, ainsi que les matières qui tombent sous le coup des intérêts moratoires, ont connu un élargissement :

- pour les organismes publics, il s'agit des marchés publics passés par l'État et les établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, mais aussi les marchés passés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics ;
- pour ce qui concerne les matières, mentionnées dans le décret susvisé n° 2-22-4314 relatif aux marchés publics, les conventions ou contrats de droit commun et les bons de commandes, tels que définis à l'article 4 du même décret, incluent les retenues de garantie afférentes à des commandes publiques ; en conséquence ces retenues de garantie doivent être payées, et les cautions personnelles et solidaires qui en tiennent lieu

doivent être libérées à la date des procès-verbaux des réceptions définitives desdites commandes publiques.

D. Les modalités de calcul : l'article 3 alinéa 1 du décret dispose que « Le taux des intérêts moratoires est déterminé sur la base du taux moyen pondéré des bons du Trésor à trois (3) mois souscrits par adjudication au cours du trimestre précédent. Le taux ainsi déterminé est arrondi au dixième (10^e) supérieur.

En l'absence d'émission par adjudication des bons du Trésor à trois (3) mois pendant un trimestre donné, le taux en vigueur au titre de ce trimestre sera maintenu pour le trimestre suivant. » Les intérêts moratoires sont donc calculés à un taux moyen pondéré des bons du Trésor à trois (03) mois. Si ce taux a varié au cours de la période durant laquelle les intérêts sont dus, il doit être tenu compte pro rata temporis des taux successifs majorés uniformément.

Une note émanant de la T.G.R. fixe trimestriellement ce taux. À titre d'exemple, les taux fixés au titre des années 2012 et 2013 étaient déterminés comme suit:

Période	Taux des intérêts
1 ^{er} trimestre 2012	3,30 %
2 ^e trimestre 2012	3,40 %
3 ^e trimestre 2012	3,40 %
4 ^e trimestre 2012	2,30 %
1 ^{er} trimestre 2013	3,40 %
2 ^e trimestre 2013	3,90 %

Quant à la liquidation des intérêts moratoires, elle s'effectue selon la formule suivante :

$$\text{Intérêts moratoires} = \frac{\text{Créance} \times \text{jours} \times \text{Taux}}{365}$$

Créance = montant de la créance payée en retard

Jours = nombre de jours de retard

Taux = taux d'intérêts au titre du trimestre au cours duquel

les intérêts moratoires sont applicables

Le problème de l'assiette pour calculer la base des intérêts moratoires reste entier, dans la mesure où, soit le prix inclut ou non le montant de la T.V.A., soit les intérêts moratoires sont calculés sur le montant du solde impayé du marché, T.V.A. comprise, car la T.V.A. n'est effectivement pas dissociable du montant des sommes dues. Nous pensons que les intérêts moratoires sont appliqués au montant total des sommes dues hors T.V.A.

En revanche, les intérêts moratoires versés n'ont pas à être majorés du montant de la T.V.A. et ne sont pas passibles de majoration de retard. L'indemnité versée par le débiteur à son créancier du fait du retard apporté au paiement de la somme due au titre de l'exécution d'un marché

n'est pas la contrepartie d'une prestation de service entrant dans le champ de la taxe sur la valeur ajoutée ni dans le champ des paiements, mais constitue la réparation d'un préjudice qui est dissociable de la prestation fournie par l'entreprise bénéficiaire du versement.

L'ancien mode de calcul s'appuyait sur les dispositions de l'article 1^{er}, alinéa 1, de l'instruction du 16/04/1949, qui disposait que les intérêts moratoires sont calculés à un taux supérieur de 1 % au taux d'escompte de Bank Al-Maghrib. Si ce taux a varié au cours de la période durant laquelle les intérêts sont dus, il doit être tenu compte pro rata temporis des taux successifs majorés uniformément à un pour cent (1 %). Le problème de l'assiette, sous l'égide du dahir du 01/06/1948, pour calculer la base des intérêts moratoires, était posé en ce qui concerne l'inclusion ou non de la T.V.A. Le taux des intérêts moratoires était fixé de la manière suivante :

- le taux au moment du mandatement, soit le taux d'escompte de Bank Al-Maghrib + 1 % en application des taux successifs ;
- l'année comptée pour 360 jours, le mois pour trente jours, et tout mois commencé équivalant à un mois entier.

Le montant des intérêts moratoires est toujours imputé sur les chapitre, article et paragraphe, supportant la dépense en principal. Cette disposition prévue par l'article 7§1 laisse un vide relatif aux intérêts moratoires : s'ils sont applicables quand le retard est imputable au comptable, par qui sont-ils payés ? Il convient de préciser qu'utiliser le support budgétaire du département ministériel dont le comptable est comptable assignataire ne sanctionne absolument pas ce dernier. Si le montant des S.A.V. ne suffit pas, l'ordonnateur doit prendre les dispositions qui s'imposent en vue de la mise en place des crédits nécessaires pour payer le reliquat des intérêts moratoires.

E. La renonciation aux intérêts moratoires

Eu égard au caractère obligatoire des intérêts moratoires, il semble qu'ils ont un caractère d'ordre public, et par voie de conséquence, ils n'ont pas une valeur supplétive. Cependant, l'article 264 du Code des Obligations et des Contrats prévoit la possibilité pour les parties de convenir des dommages-intérêts dus au titre du préjudice que subirait le créancier en raison de l'inexécution totale ou partielle de l'obligation initiale, ou en raison du retard apporté à son exécution. Le tribunal peut réduire le montant des dommages-intérêts s'il est excessif. Donc rien n'empêche que le titulaire du marché renonce à son droit, à condition qu'il en fasse la demande auprès de l'ordonnateur. En effet, en l'absence d'une disposition claire qui interdit cette renonciation, une liberté de décision doit être laissée au bénéficiaire.

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

Proverbe chinois

Chapitre IV

Le paiement

L'article 41 du décret Royal du 12/04/1967 sur la comptabilité publique définit le paiement comme l'acte par lequel l'organisme public se libère de sa dette. Cet acte ne peut être effectué qu'après la justification du service fait. Le caractère libératoire du règlement est une autre formalité qui doit être respectée par le comptable, notamment quand il s'agit d'un nantissement ou d'un autre empêchement (avis à tiers détenteur, opposition juridique), ou quand il s'agit d'un paiement au profit d'un groupement d'entrepreneurs, solidaires ou non, car le paiement peut-être unique ou à chaque entrepreneur.

Les paiements sont effectués soit par acomptes, soit par solde, sur la base d'un décompte ou d'une facture ; ils doivent contenir la mention du service fait, c'est-à-dire que pour bénéficier des paiements, il faut que l'attributaire ait exécuté les prestations qui en sont la contrepartie. La certification de la sincérité de l'exécution de la prestation est un acte qui concrétise la réalisation de la prestation et de la dette de la personne publique, c'est-à-dire une reconnaissance qui permet de s'assurer que le titulaire du marché a honoré ses engagements vis-à-vis de la personne publique, dans les conditions prévues, et dans le cadre des obligations qui lui étaient imposées. C'est l'accomplissement de ces obligations qui fait naître la dette à la charge de la personne publique.

Section 1

Le service fait

La règle du paiement après service fait est un dispositif protecteur des droits pécuniaires d'autrui qui interdit de payer une dépense avant que les prestations qu'elle rémunère aient été effectivement exécutées par le cocontractant. L'article 776 du D.O.C. indique que « Le paiement du prix n'est dû qu'après l'accomplissement de l'ouvrage ou du fait qui est l'objet du contrat. » Ceci implique l'appréciation matérielle du service fait et la vérification que les prestations sont réellement exécutées. La règle comptable implique que tout paiement ne peut être effectué qu'à la condition de la réalisation de la prestation objet du marché. Le comptable ne peut procéder au paiement qu'à la condition que le service soit constaté et les pièces justificatives fournies.

§1- La constatation du service fait

C'est une règle fondamentale de la comptabilité publique qui gouverne et conditionne le règlement des sommes dues. Le service fait est constaté par la personne habilitée qui doit vérifier la réalité de la dette. Il sert comme référence pour la liquidation (le calcul) des pénalités de retard, les intérêts moratoires ou l'achèvement des travaux.

L'article 34 du décret Royal du 21/04/1967 sur la comptabilité publique, ainsi que l'article 8 du décret du 04/11/2008 relatif au contrôle des dépenses de l'État, prévoient que la certifi-

cation de la dette est faite par **le chef du service compétent**, sous sa responsabilité, au vu des titres établissant les droits acquis aux créanciers. C'est la règle du service fait.

La certification est un acte qui concrétise la dette de l'administration, puisque cette certification permet de s'assurer que le titulaire du marché a bien accompli, selon les prescriptions contractuelles prévues par le marché, les obligations qui lui étaient imposées. C'est l'accomplissement de ces obligations qui fait naître la dette à la charge de la personne publique et par ailleurs permet au comptable de régler le montant de ces prestations.

En effet, il appartient à l'ordonnateur ou à son délégué, au moment de la liquidation, de vérifier la réalité de la dépense. Il s'agit de s'assurer qu'il y a droit acquis et service fait ; à défaut, il doit s'abstenir d'effectuer l'ordonnancement qui serait dépourvu de force obligatoire pour le comptable. Cependant, s'il n'est pas demandé à l'ordonnateur ou au sous-ordonnateur d'attester eux-mêmes de la réalité de la dépense, il faut que **la constatation de cette règle soit faite par une personne habilitée**. Cette habilitation doit s'inscrire dans le cadre du dahir du 10/04/1957 sur les délégations de signature et de pouvoir, notamment l'article 2, faute de quoi la constatation doit être faite par l'ordonnateur ou le sous-ordonnateur.

L'article 62-1 du C.C.A.G. dispose que le décompte provisoire des travaux exécutés et des approvisionnements réalisés **vaut procès-verbal de service fait**. L'article 68§4 indique que « Les décomptes partiels et définitifs ainsi que le décompte général ne lient le maître d'ouvrage qu'après leur approbation par l'autorité compétente », ce qui signifie que cette approbation constitue une reconnaissance de la réalité de la dépense. Donc le service fait peut être constaté aussi bien par l'ordonnateur ou le sous-ordonnateur que par un chef de service détenant un pouvoir de signer par délégation de signature.

§2- Les pièces justificatives

La liste des pièces justificatives est obligatoire. Elle constitue donc, pour les dépenses qu'elle référence, à la fois le minimum et le maximum exigibles par le comptable. Elle est opposable aux ordonnateurs, aux comptables et aux juges des comptes. L'arrêté du ministre de l'Économie et des Finances n°14-355 du 30/09/2014 fixe la liste des pièces justificatives.

À cet égard, la liste des pièces justificatives exigibles par le comptable avant de procéder au paiement d'une dépense des marchés publics est fixée par la deuxième partie de l'arrêté susvisé. Le corollaire de ce caractère obligatoire est que les ordonnateurs doivent produire au comptable toutes les pièces prévues par la liste des pièces justificatives exigibles par lui avant de procéder au paiement d'une dépense d'un marché public ; les modalités de cette procédure sont fixées par la deuxième partie de l'arrêté susvisé.

Il n'est donc pas possible aux ordonnateurs de substituer ou de supprimer, de leur propre chef ou en application d'une délibération ou d'un contrat par exemple, des justifications particulières autres que celles définies par cette liste. La publication de l'arrêté fixant la liste des pièces justificatives a également été l'occasion, d'une part, de tenir compte de la dématérialisation croissante des pièces et des échanges entre ordonnateurs et comptables et, d'autre part, de porter toutes les simplifications possibles, fondées sur les retours d'expérience et le pragmatisme des acteurs publics, tout en garantissant la sécurité juridique de leurs dépenses.

Ainsi, le contrôle modulé ou hiérarchisé de la dépense permet au comptable de moduler ses contrôles en fonction des risques et des enjeux identifiés. Cette modulation porte précisément sur le moment du contrôle (a priori ou a posteriori) le champ du contrôle (contrôle exhaustif ou par échantillon) et l'intensité du contrôle (réalisation de tout ou partie du contrôle).

Aussi, pour procéder au paiement, le comptable assignataire doit disposer des pièces justificatives prévues par la nomenclature, notamment d'un bordereau transmis par l'ordonnateur ou le sous-ordonnateur ; ce bordereau doit contenir, notamment pour un premier paiement, les originaux du C.P.S., de l'acte d'engagement, de la facture ou du décompte, enfin de l'ordre de service qui peut servir éventuellement pour le calcul des pénalités de retard ou des intérêts moratoires. L'acte d'engagement est une pièce maîtresse qui permet de vérifier que l'imputation budgétaire est exacte et que les crédits budgétaires couvrant le montant de la dépense sont réalisés.

Section 2

Le recouvrement des indus

Au moment du mandatement d'un décompte ou d'une facture, l'ordonnateur peut mandater un excédent de versement qui résulte d'un montant supérieur à la dépense constatée. Aussi, le comptable, en tant que payeur, peut recevoir des actes d'ordre administratif, juridictionnel ou contractuel pour procéder à un précompte à la source du montant mandaté au profit du titulaire du marché. Dans les deux cas, un trop-perçu ou une opposition, le comptable doit obtempérer.

§1- Recouvrement du trop-perçu

Lorsque l'ordonnateur procède au mandatement à tort d'un montant, l'opération de récupération des créances qui résultent des paiements indus effectués par le comptable se traduit par l'émission d'un ordre de recettes par l'ordonnateur pour le montant correspondant au trop-perçu. Le comptable doit prendre en charge cet ordre de recettes, ce qui permet de reverser au Budget général le montant recouvré du trop-perçu. Cette opération de recouvrement de l'ordre de recettes doit être complétée par le rétablissement des crédits pour l'équivalent du montant recouvré.

§2- Les oppositions

Trois types d'opposition peuvent être introduits contre le titulaire du marché : juridictionnelle (saisie-arrêt), administrative (avis à tiers détenteur) et contractuelle (cession de la créance). Le comptable, en tant que tiers détenteur, doit en tout état de cause précompter le montant figurant sur l'acte émis à l'encontre du titulaire du marché.

La saisie-arrêt est un **jugement** rendu par un tribunal à titre conservatoire ou exécutoire. C'est l'acte par lequel un créancier (saisissant) rend indisponible entre les mains d'un tiers, le comptable assignataire en l'occurrence, les sommes appartenant à son débiteur.

L'avis à tiers détenteur : conformément à l'article 102 du Code de Recouvrement des Créances publiques, la procédure de l'avis à tiers détenteur (A.T.D.) s'applique pour le recouvrement des impôts, taxes et autres créances publiques tels que définis à l'article 2 du même code. À cet effet l'article 101 considère le comptable comme tiers détenteur.

L'A.T.D. est donc un document administratif émis par un comptable (Percepteur ou Trésorier préfectoral), qui lui permet de recouvrer un impôt impayé par le titulaire d'un marché, étant donné que l'A.T.D. n'appréhende que les deniers.

La cession de créance : c'est le contrat par lequel un créancier, appelé cédant, transmet sa créance à son cocontractant, appelé cessionnaire. Le consentement du débiteur n'est pas nécessaire. C'est une manière, pour un créancier dont la créance n'est pas encore arrivée à terme, de se procurer des liquidités immédiates. Pour son efficacité, la cession de créance nécessite l'accomplissement des mêmes formalités que le nantissement, notamment la remise du titre et la signification de l'acte de cession de créance au comptable.

La « **cession** » diffère du « **nantissement** » en ce que, dans le premier cas, la propriété des créances cédées est transférée au cessionnaire, alors que dans le second elle demeure celle du titulaire du marché. À noter que l'exigence d'une signification de l'acte – que ce soit sous forme de saisie-arrêt, d'A.T.D. ou de cession de créances – entre les mains du comptable assignataire, garantit une meilleure protection des tiers. Le principe d'inopposabilité de l'acte au débiteur est exercé en cas d'absence d'une signification de l'un des actes susmentionnés.

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

Proverbe chinois

Chapitre V

Les aléas financiers, économiques et naturels

Il est assez difficile de se prémunir contre les aléas économiques dans une époque de crise et de turbulence qui engendre des hausses imprévues et anarchiques des matières premières au détriment des entreprises, lesquelles trouvent des difficultés à répercuter ces hausses de prix sur des commandes passées à prix fermes.

En effet, la réglementation constitue parfois un obstacle pour prévoir une révision des prix, dans la mesure où cette révision n'est pas autorisée pour une certaine catégorie de prestations, et quand le délai est court. À cet égard, aucune soupape de sécurité n'est prévue pour faire face à cette éventualité. L'article 15-1 du C.M.P. indique expressément que « Le prix du marché est ferme lorsqu'il **ne peut être modifié** pendant le délai d'exécution », même lorsque cette forme de prix est de nature à exposer l'attributaire du marché à des aléas majeurs.

La seule indication qui laisse une ouverture pour pallier aux aléas économiques imprévisible est donnée par l'article 71 du C.C.A.G., selon laquelle « Lorsque l'octroi d'une indemnité est décidé par l'autorité compétente au bénéfice de l'entrepreneur, cette indemnité est déterminée soit sur les bases définies au Cahier des Prescriptions spéciales, soit, en l'absence d'indication de ce dernier, fixée à l'amiable. » Ainsi, dans l'hypothèse où certaines circonstances économiques ont entraîné le **bouleversement de l'économie d'un contrat**, il est admis que l'administration participe sous forme d'une indemnité aux pertes que le titulaire du marché a subies, sans pour autant lui garantir un bénéfice. Le bouleversement de l'économie du contrat peut être aussi le résultat des intempéries qui occasionnent des sujétions ou des dommages dus à des cas de force majeure.

Section 1

Les aléas imprévisibles

L'augmentation importante du coût de certaines matières premières peut-elle permettre au titulaire du marché de demander des indemnités au titre des aléas économiques imprévisibles ? La réponse est positive, seulement il faut rappeler que la mise en œuvre de l'imprévision économique répond à celle de certains critères restrictifs. Il faut un **événement extérieur** aux parties, **imprévisible** au moment de la conclusion du contrat, et qui a pour effet de **bouleverser l'économie du contrat**. Ainsi, selon la jurisprudence en France, l'augmentation du prix des produits pétroliers ne présente pas de caractère imprévisible ouvrant un droit à indemnité au titulaire du marché.

§1- Le déséquilibre ultérieur

Dans une célèbre formule, Alfred Fouillé affirmait : « Qui dit contrat dit juste. » Or, les aléas économiques et l'ampleur des variations du marché des produits faussent trop souvent l'équilibre économique et financier du contrat. À cet égard, par souci prophylactique, le contrat présente un aspect préventif lié à la protection économique. Il est fait référence ici à un déséquilibre survenant bien après la conclusion du contrat, une fois que le titulaire du

marché a commencé l'exécution de la prestation. Il est dû à un défaut de prévision de la part du titulaire du marché, qui fait que l'exécution du contrat devient plus onéreuse.

Souvent, il s'agit d'un contrat de fourniture ou de construction de courte durée, mais qui comporte des matières premières dont il est malaisé de prévoir l'évolution brusque des prix, d'où le recours à la théorie de l'imprévision pour justifier une indemnisation adéquate. À cet égard, **la jurisprudence a complètement changé** la tendance au Maroc, dans le but d'une protection a posteriori de l'équilibre du contrat. Dans l'hypothèse où certaines circonstances économiques ont entraîné le bouleversement de l'économie d'un contrat, et³ que l'administration n'admet pas de participer sous forme d'une indemnité aux pertes que l'attributaire a subies, le juge a rétabli l'équilibre. Le bouleversement de l'économie du marché est une modification d'une importance telle qu'elle remettrait en cause les conditions dans lesquelles a joué la concurrence lors de la passation du marché.

La jurisprudence rendue en 2007 par le tribunal administratif de Rabat sur le fondement du déséquilibre significatif du contrat a comblé ainsi les lacunes du législateur, notamment l'absence de définition légale de la notion du **déséquilibre significatif** du contrat, avec une mise en œuvre de la théorie de la notion d'imprévision. L'imprévision est une théorie jurisprudentielle qui impose à la personne publique cocontractante d'aider financièrement le titulaire du marché à exécuter le contrat. Dans le jugement n° 324 du 26/02/2007 – dossier n° 6/01 – Centre régional d'investissement agricole – Région du Gharb, le tribunal administratif a abordé la question de la répartition des risques liés à l'exécution du contrat administratif, puisqu'un événement imprévisible et étranger à la volonté des parties a provoqué le bouleversement de l'économie du contrat.

Trois conditions ont été évoquées par le juge :

- l'événement affectant l'exécution du contrat a été imprévisible au moment de la conclusion du contrat ;
- l'événement est dû d'un fait étranger à la volonté des parties ;
- l'événement a entraîné un bouleversement de l'économie du contrat, c'est-à-dire plus qu'une simple rupture de son équilibre financier.

§2- Les sujétions

Les sujétions sont des altérations de l'exécution du marché du fait de circonstances imprévisibles, induisant la survenance de frais supplémentaires pour le titulaire du marché. En conséquence, les prestations objet du marché ne peuvent pas être réalisées dans des conditions et circonstances normales, et ce sans qu'il y ait une erreur de la part du titulaire du marché, ni une intervention de la part de l'administration. À la différence de ce qui se passe dans le cas de la force majeure, l'exécution du marché est possible, mais elle se révèle aléatoire, eu

³ أثناء تنفيذ الصفقة موضوع النزاع، ظروف وأحداث لم يتم دليل في الملف على أنها كانت متوقعة عند إبرام العقد ممثلة في تعرض أصحاب الضيعات الفلاحية الكبرى المعنية بتنفيذ المشروع، من شأنها قلب اقتصاديات العقد بجعل تنفيذه أثقل عبئا وأكثر تكلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول وجعل خسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة استثنائية... ثبوت ذلك يجعل من حق المتعاقد المضار المطالبة من الإدارة أن تشاركه في هذه الخسارة بتعويضه عنها تعويضا جزئيا إذ أن التعويض الذي يدفع نتيجة للظروف الطارئة الناجمة عن تنفيذ العقد لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطي إلا جزءا من الضرر، ومن ثم فإن المتعاقد ليس له أن يطالب بالتعويض الكلي بدعوى أن ربحه قد نقص أو لفوات كسب ضاع عليه.

égard au caractère imprévisible, et engendre des frais qui occasionnent un bouleversement de l'économie du contrat. Les événements affectant l'exécution du contrat sont prévus par les dispositions de l'article 46 du C.C.A.G.-T. qui fait allusion au caractère imprévisible dans le cas des sujétions **techniques** et **naturelles** à la date de la signature du contrat ou de l'un de ses avenants, mais qui ne donne aucune définition à la notion de sujétion.

Les **sujétions techniques** sont prévues par l'article 46-a du C.C.A.G.-T. : « L'entrepreneur ne peut se prévaloir, ni pour éluder les obligations de son marché, ni pour élever aucune réclamation, des sujétions qui peuvent être occasionnées : **l'exploitation normale** du domaine public et des services publics et notamment par la présence et le maintien de canalisations, conduites, câbles de toute nature ainsi que par les chantiers nécessaires au déplacement ou à la transformation de ces installations. » Quant aux **sujétions naturelles**, le même article 46-3 du C.C.A.G. indique que « L'entrepreneur doit prendre, à ses frais et risques, **les dispositions nécessaires** pour que les approvisionnements, le matériel et les installations de chantier ainsi que les ouvrages en construction ne puissent être enlevés ou endommagés par les tempêtes, les crues, la houle et les autres **phénomènes naturels** qui sont **prévisibles** dans les circonstances où sont exécutés les travaux. »

Pour que les difficultés rencontrées lors de l'exécution du marché soient qualifiées de sujétions techniques imprévues, l'article 46-2 C.C.A.G-T pose la condition de l'absence de négligence de l'entrepreneur : « Il n'est alloué à l'entrepreneur aucune indemnité au titre des pertes, avaries ou dommages causés par sa négligence. » La reconnaissance des sujétions techniques et naturelles imprévues auxquelles le titulaire doit faire face et qui ont conduit au bouleversement du marché sont des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché, qui présentent un caractère exceptionnel, imprévisible « dans les **circonstances où sont exécutés les travaux** » et dont la cause est extérieure aux contractants. L'événement matériel doit être étranger à la volonté de l'entrepreneur, anormal et imprévisible lors de la conclusion du contrat, ce qui implique donc que les charges financières supplémentaires qui ne sont pas contractuelles et qui sont le fait de sujétion doivent être indemnisées.

§3- La force majeure

La **force majeure** est une notion qui se rencontre en droit de la responsabilité contractuelle (Code des Obligations et des Contrats, articles 268-269) et du cas fortuit. Il s'agit d'une circonstance exceptionnelle qui vient perturber l'exécution d'un contrat ou qui contribue, en tout ou partie, à la réalisation d'un dommage.

1. Définition de la force majeure

La force majeure ou le cas fortuit se définit comme un événement qui implique la non exécution d'une prestation en raison d'événements imprévisible – « caractère d'**imprévisibilité** » – et de circonstances anormales – « caractère **irrésistible** » – au-delà du contrôle de la personne qui invoque la force majeure – « caractère d'**extériorité** » – dont les conséquences n'auraient pas pu être évitées malgré l'exercice de **toute sa vigilance**.

Comme la notion de force majeure n'est pas facile à cerner, la signification de cette notion doit être déterminée sur la base des dispositions juridiques, notamment les articles 268 et 269 du Code des Obligations et des Contrats du 12/08/1913 et dans un cadre dans lequel il est destiné à prendre effet, notamment l'article 47 du C.C.A.G. ainsi que les stipulations contractuelles du Cahier des Prescriptions spéciales ainsi que de la jurisprudence.

2. Les critères de la force majeure

La force majeure –ou le cas fortuit, les deux termes sont utilisés par l'article 268 du D.O.C. – se définit comme un événement imprévisible, irrésistible et extérieur à l'activité de l'attributaire du marché. À cet effet, la demande d'indemnités, lors de la rupture contractuelle d'un marché public pour force majeure, doit être justifiée par l'imprévisibilité de l'événement lors de la conclusion du contrat et par l'irrésistibilité de ce même événement lors de son exécution.

a. L'irrésistibilité : l'article 269 du D.O.C. définit la force majeure comme « tout fait que l'homme ne peut prévenir, tel que les phénomènes naturels, l'invasion ennemie, le fait du prince, et qui rend impossible l'exécution de l'obligation. » Ce sont des conditions telles qu'un tremblement de terre, des inondations, qui mettent le titulaire du marché dans l'impossibilité absolue de poursuivre l'exécution du marché pour des raisons indépendantes de sa volonté en raison d'obstacles qui ne peuvent être surmontés.

b. L'imprévisibilité : l'imprévisibilité de l'événement s'oppose à ce qu'on puisse reprocher au titulaire du marché que les dommages soient causés « par sa négligence, son imprévoyance, son défaut de moyens ou ses fausses manœuvres. » Autrement dit, pour évoquer l'exonération de la responsabilité, l'imprévisibilité doit être absolue et à l'égard de tout le monde, c'est-à-dire que personne ne pouvait la prévoir : nul ne saurait se prémunir contre ce qui est imprévisible et le titulaire du marché doit être prévoyant. Si la force majeure est la cause unique du dommage, il y aura exonération totale de la responsabilité de l'attributaire du marché et cette situation lui ouvre droit à des indemnités. Dans un avis n° 263/03, la commission des marchés a estimé que « Les essais relatifs aux matériels installés dans le périmètre X devant permettre sa réception n'ont pu être réalisés, *faute d'une pluviométrie adéquate* permettant le remplissage du barrage pour pouvoir faire fonctionner le système pendant la période de trois mois requise par l'article 47 du CPS.»

Il s'agit donc **d'une situation imprévisible** au moment de la passation du marché et indépendante de la volonté des parties signataires du contrat, situation susceptible de relever du cas de force majeure tel que défini par les articles 268 et 269 du D.O.C., auxquels il est fait référence au niveau du C.C.A.G. pour traiter des cas de force majeure.

En conséquence, dans la mesure où il s'agit, dans le cas d'espèce, d'un cas résultant de la force majeure, il y a lieu de se référer aux dispositions prévues par le Cahier des Clauses administratives générales applicables en la matière sans qu'il y ait besoin de conclure d'avenant dérogeant aux stipulations du Cahier des Prescriptions spéciales.

c. L'extériorité : c'est un élément extérieur à la volonté de l'attributaire du marché. Elle l'empêche de se prévaloir d'un événement qui serait lié à son activité.

Section 2

Modalités d'indemnisation du préjudice

Abstraction faite des cas où l'indemnisation est prévue par le décret des marchés publics, dans les autres cas non prévus, l'indemnisation se trouve devant deux alternatives : soit de régler le différend à l'amiable, soit de recourir au juge qui doit trancher.

§1- L'indemnisation

Bien que de portée générale, l'indemnisation et la résiliation pour cause d'imprévision ne s'appliquent pratiquement que rarement ; il appartient aux contractants de procéder à l'amiable pour trouver un compromis. À défaut d'accord sur ce point, le C.C.A.G. renvoie à une procédure précontentieuse et éventuellement contentieuse selon laquelle les tribunaux se réservent le droit de prononcer l'indemnisation ou la résiliation du contrat.

Le palliatif que constitue l'indemnité d'imprévision dans la réglementation des marchés publics est, en effet, insuffisant pour assurer dans de bonnes conditions la continuité du service public. D'ailleurs l'article 71 du C.C.A.G.-T. relatif au calcul des indemnités indique que l'octroi de l'indemnité « est décidé par l'autorité compétente », ce qui peut être interprété comme une faveur de la part de l'administration et non comme un droit.

L'indemnisation n'est prévue ni dans le cas d'un marché à prix ferme, ni dans le cas de force majeure, tandis que dans le cas de la sujétion, elle est déduite à partir du moment où le titulaire n'a commis aucune faute et qu'il a pris toutes les dispositions nécessaires prévues par l'article 46 du C.C.A.G.-T., qui précise que l'entrepreneur ne peut élever aucune réclamation concernant des sujétions qui peuvent être occasionnées « par l'exploitation normale du domaine public, notamment par la présence et le maintien de canalisations, conduites, câbles de toute nature. » Or la découverte d'ouvrages enterrés et non signalés doit donner lieu à une indemnité pour sujétion.

En revanche, et conformément à l'article 47 du C.C.A.G.-T, « En cas de survenance d'un événement de **force majeure**, l'entrepreneur a droit à une **augmentation raisonnable des délais d'exécution** qui doit faire l'objet d'un avenant, étant précisé toutefois **qu'aucune indemnité ne peut être accordée** à l'entrepreneur pour perte totale ou partielle de son matériel flottant », ce qui signifie que le cas de force majeure **ne donne pas lieu à une indemnité**, mais à une **décharge** de l'attributaire du marché de ses obligations afin d'éviter les pénalités de retard. Cependant la commission des marchés, par l'avis n° 63.86 du 22/01/1986, a admis le principe d'indemnisation, même si les marchés ont été conclus sur la base de prix fermes et non révisibles, mais dont l'exécution a connu des retards imputables à la personne publique qui a dû, de ce fait, procéder à leur **révision**.

Toutefois le comptable payeur a refusé le paiement des décomptes définitifs établis suivant les nouveaux prix, au motif qu'ils dérogent ainsi aux clauses contractuelles initiales du C.C.A.G.-T. En effet cette procédure prévue par le C.C.A.G.-T. n'a pas été utilisée par la commune qui, au lieu de statuer sur les demandes **d'ajustement des prix** sur le plan **indemnitaire**, a procédé à une **révision des prix** qu'elle a tenté de régulariser ensuite par des avenants aux marchés initiaux.

La commission nationale de la commande publique, a proposé à cette occasion que la question soit réglée dans le cadre du C.C.A.G.-T., c'est-à-dire en **indemnisant** les entreprises co-contractantes pour le préjudice qu'elles ont subi **du fait du retard d'exécution** à la charge de la commune. En tout état de cause, le principe d'indemnisation a été retenu.

La demande d'indemnités, lors de la rupture contractuelle d'un marché public pour force majeure, doit être justifiée par l'imprévisibilité de l'événement lors de la conclusion du contrat et par l'irrésistibilité de ce même événement lors de son exécution.

§2- Une application restrictive

Cet aspect d'imprévisibilité n'est pas opérant dans certains cas, notamment quand le produit fait l'objet de fluctuations sporadiques, telles que les produits énergétiques, notamment le pétrole. Le titulaire d'un marché de produits bitumés ne peut faire fi du cours du pétrole dans un contexte de hausse continue sur les marchés internationaux, et compte tenu de la situation du marché des produits pétroliers soumis à de brusques variations des prix. De telles variations des prix des produits utilisés ne présentent pas un caractère imprévisible, du fait des flottements réguliers des cours sur une période très longue. Dès lors, même si les clauses de révision des prix ne corrigent pas l'évolution des prix des produits pétroliers, le titulaire ne peut obtenir une indemnité d'imprévision couvrant une charge supplémentaire.

Section 3

Les clauses financières particulières

Le Code des Marchés publics a introduit une innovation qui porte sur la prise en charge des droits de douanes. Il prévoit aussi des mesures relatives aux sommes à valoir.

§1- La prise en charge des droits de douane

53 du CCAG-t et l'article 15§1 du C.M.P., « Le prix du marché comprend le bénéfice et tous droits, impôts, taxes, frais généraux, faux frais et d'une façon générale toutes les dépenses qui sont la conséquence nécessaire et directe de la prestation objet du marché jusqu'au lieu d'exécution de ladite prestation. » Cela signifie qu'**en principe** les biens importés dans le cadre de marchés publics de travaux, de fournitures ou de services conclus par l'État, un établissement public à caractère administratif ou une collectivité territoriale sont soumis aux droits et taxes.

Cependant le même article 15-1 §2 et 3 du CMP, indique que le paiement de ces droits et taxes est pris en charge par l'État : « Toutefois, pour les marchés de fournitures et les marchés de services autres que les études qui ne comportent pas de prix réglementés et dont le délai d'exécution est supérieur à six mois, le maître d'ouvrage répercute la différence, résultant de la fluctuation du prix des prestations objet desdits marchés, intervenue entre la date de remise des offres et la date de livraison, sur le prix de règlement prévu au marché, dans les conditions et selon les modalités fixées par arrêté du Chef du gouvernement pris sur proposition du ministre chargé des finances. » Aussi, il y a la possibilité de prévoir dans le C.P.S, et à

titre contractuel, de prendre en charge les frais de dédouanement et /ou du transport. Dans ce cas il faut préciser si les droits de douane concernent les matériaux achetés utilisés pour la construction de l'ouvrage objet du marché, ou bien portent aussi sur les engins et les machines et outils techniques importés pour exécuter l'ouvrage objet du marché.

Il semble qu'en ce qui concerne le matériel de production ou d'exploitation, les outillages lourds et autres biens d'équipement appartenant au titulaire du marché ne peuvent être pris en charge par l'administration. Ce genre d'outils est assujéti au régime de l'admission temporaire qui peut être accordé aux entreprises étrangères sur demande.

Pour les autres matériaux et produits imposables, le titulaire du marché public doit, dans un premier temps, déclarer à la douane les marchandises destinées à la réalisation du marché ; la douane procède ensuite à la liquidation des droits et taxes ; enfin, le titulaire du marché doit déposer aux services de la direction de la douane un dossier de demande de paiement des droits et taxes auquel est joint un exemplaire du marché public. Pour les frais de transport, une somme à valoir doit être engagée pour couvrir les dépenses à la charge de l'administration, relatives soit à des frais de transport, soit à l'intervention de techniciens ou d'experts devant assurer une surveillance en cours de fabrication en usine ou une vérification. Il existe d'autres possibilités de sommes à valoir (différence de taux de change, remboursement de taxes). Les conditions d'acquittement de ces droits et taxes dont sont passibles les marchandises importées destinées aux administrations publiques sont fixées par la loi du 09/10/1977 (modifiée et complétée par la loi n°02-99 du 05/06/2000) formant code des douanes et le décret n°2-77-862 du 09/10/1977 pris pour son application.

§2- Les sommes à valoir

La somme à valoir (S.A.V.) est une provision prévisionnelle destinée à faire face à d'éventuelles dépenses. Cette somme à valoir, laissée à l'appréciation du maître d'ouvrage, ne devra pas être supérieure à cinq pour cent (5 %) du montant initial du marché ou de son avenant. Elle doit être engagée au même titre que le montant du marché.

L'ordonnateur ou le sous-ordonnateur peut ou doit proposer l'engagement d'une somme à valoir dans cinq cas :

1. La hausse éventuelle des prix

Pour tenir compte des hausses des prix éventuelles, les marchés et leurs avenants, le cas échéant, sont engagés pour leur montant majoré d'une somme à valoir pour couvrir la révision des prix. Sont concernés par cette mesure deux sortes de marchés : ceux conclus sur la base de **prix fermes** et non révisables d'une part, et tous les autres marchés à **prix révisable** d'autre part.

Dans le cas des marchés à **prix révisable**, le comptable, dans le cadre de son rôle de contrôleur des engagements, peut exiger que l'engagement d'une somme à valoir pour hausses éventuelles des prix ne soit opéré que pour ceux qui contiendront la clause de révision ; dans ce cas, il doit vérifier que son montant ne soit jamais inférieur à un vingtième (1/20^e) du montant du marché, en veillant à ce que la limite inférieure ne soit pas franchie. Bien sûr, le contrôle de cette somme à valoir en cours de travaux pose quelques interrogations. Lorsque

la révision des prix n'est effectuée, au vu des notes de calcul, qu'en fin de travaux, la garantie que procure la somme à valoir engagée à l'origine doit être, si elle est égale au un vingtième (1/20^e) du montant du marché, maintenue dans son intégralité jusqu'à la présentation du décompte définitif accepté par l'entrepreneur ou jusqu'à la fourniture du décompte provisoire, ce dernier appuyé des notes de calcul acceptées par l'entrepreneur pour toutes les variations constatées au cours du délai contractuel.

En ce qui concerne les marchés **à prix ferme**, ces marchés doivent faire l'objet d'une révision ou d'un réajustement dans le cadre des conditions évoquées par l'article 15-1§2C.M.P. : « Si le taux de **la taxe sur la valeur** ajoutée est modifié **postérieurement à la date limite de remise des offres**, le maître d'ouvrage répercute cette modification sur le prix de règlement. Pour les marchés portant sur l'acquisition de produits ou de services dont les **prix sont réglementés**, le maître d'ouvrage répercute la différence résultant de la modification des prix desdits produits ou services intervenue entre la date de remise des offres et la date de livraison sur le prix de règlement prévu au marché. »

Dans ce cas, l'article 15 de l'arrêté du Premier ministre du 10/03/2008 relatif à la révision des prix indique que la somme à valoir ne doit être engagée que **si le délai de notification de l'approbation est dépassé**. Cependant, si au cours de l'exécution du marché, ces sommes à valoir s'avèrent insuffisantes, elles peuvent être augmentées par voie d'engagements complémentaires sur production de pièces justificatives.

2. Les travaux supplémentaires

D'après la jurisprudence, les travaux supplémentaires et les ouvrages nouveaux nécessitent une nouvelle approbation et ne peuvent être imputés sur la somme à valoir.

En conséquence, seuls les **ouvrages imprévus** entraînant une augmentation dans la masse des travaux peuvent être engagés sur les crédits de la somme à valoir, et cela en respectant les conditions imposées par les dispositions de l'article 55-1§4 du C.C.A.G.-T., c'est-à-dire lorsque cette augmentation n'excède pas dix pour cent (10 %) du montant du marché.

3. Travaux exécutés en régie

Lorsqu'un marché comporte des prestations à exécuter en régie, une somme à valoir doit être demandée et engagée mais elle ne pourra pas être supérieure à deux pour cent (2 %) du montant du marché, puisqu'il s'agit là de la limite de l'obligation imposée à l'entrepreneur pour la réalisation de ces prestations.

4. Règlement des intérêts moratoires

Si l'entité publique paie le prestataire de service avec retard, elle lui doit des intérêts moratoires, calculés en fonction du nombre de jours de retard. Ces intérêts moratoires sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire. Afin de faire face à ces intérêts, l'article 6 de l'arrêté d'application du ministre des Finances n° 617-04 du 31/04/2004 relatif aux délais de paiement et aux intérêts

moratoires indique que « Pour tenir compte du paiement éventuel d'intérêts moratoires, tout marché ou avenant est engagé pour son montant majoré d'une somme à valoir à hauteur d'un pour cent (1 %) du montant initial du marché ou de l'avenant. »

Section 4

La compensation industrielle

L'accès aux marchés publics et aux services est désormais conditionné par le fait que les pouvoirs adjudicataires ne signent des contrats qu'en échange de contreparties, dans la mesure où les **compensations** (industrielles, commerciales ou financières) et les **offsets** sont au cœur du dispositif de la réciprocité des marchés publics.

Depuis 1986, un mouvement à l'échelle mondiale portant sur les marchés publics a commencé à s'accélérer à Punta del Este dans le cadre du cycle d'Uruguay. Il s'est achevé le 15/04/1994 à Marrakech, par l'adoption de l'Accord plurilatéral sur les **Marchés publics (A.M.P.)** qui établit un cadre convenu de droits et d'obligations entre les parties pour ce qui est de leurs lois, règlements, procédures et pratiques nationaux dans le domaine des marchés publics. Un principe fondamental à cet égard est la non discrimination.

Dans ce contexte, pour trouver un moyen d'équilibrer les relations commerciales entre les pays du Nord et du Sud, l'idée de **compensation** ou de **contrepartie** a fait son chemin. À cet effet, **la condition de signature des contrats de marchés** est, pour les firmes étrangères, une façon de contribuer au développement économique local, souvent sous la forme de transferts de technologie ou de localisation des fabrications qui s'y attachent. Les accords A.M.P. qualifient ces opérations de « traitement spécial et différencié ».

En principe, l'Accord plurilatéral sur les Marchés publics interdit explicitement l'utilisation des opérations de compensation ; mesures destinées à encourager le développement local ou à améliorer le compte de la balance des paiements au moyen de prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale, à l'octroi de licences pour certaines technologies, à l'investissement, aux échanges compensés ou prescriptions similaires. Les pays en développement peuvent toutefois négocier, au moment de leur accession, des conditions pour l'utilisation des opérations de compensation, pour autant que celles-ci soient utilisées uniquement aux fins de la qualification pour la participation au processus de passation des marchés et non pas comme critères pour l'adjudication des marchés.

La question qui se pose est de savoir si ce concept pourrait être validé entre pays en développement et pays développés en introduisant un élément de rattrapage appelé **compensation**.

§1- Principes

Le Maroc compte conditionner les avantages aux investisseurs par **l'introduction** de la clause de la **compensation industrielle** dans son ordonnancement juridique.

Dans ce sens, une circulaire du Premier ministre, datée du mois d'avril **2009**, avait deman-

dé à tous les établissements publics d'exiger pour tous les marchés de taille importante la signature de contrats offset ; l'objectif étant d'**assurer un transfert de technologies** aux entreprises marocaines et de développer l'industrie locale en vue de l'émergence des P.M.E.

Dans le plan d'action **2012**, la commission nationale de l'environnement des affaires (C.N.E.A.) a validé la proposition qui vise à introduire la compensation industrielle, ce qui permet d'assurer une meilleure intégration industrielle le long de la chaîne de valeur, générant ainsi des activités économiques supplémentaires.

Le décret **2023** sur les marchés publics indique dans son article 146 §1 dispose que « Les cahiers des prescriptions spéciales relatifs aux grands projets concernant, notamment, les secteurs liés à la défense, à la sécurité, à l'industrie, à l'énergie et aux nouvelles technologies peuvent comporter une ou plusieurs clauses de compensation industrielle, sous réserve du respect des engagements pris dans le cadre d'accords internationaux dûment ratifiés par le Royaume du Maroc. » C'est une disposition qui est à la portée de tous les ordonnateurs, mais l'article insiste à ce que les ordonnateurs qui assument des attributions dans les secteurs liés à la : défense, à la sécurité, à l'industrie, à l'énergie et aux nouvelles technologies, d'inscrire une clause relative à la compensation industrielle.

Le §2 du même article clarifie les domaines qui peut faire l'objet d'investissement de la compensation industrielle « La compensation industrielle peut porter, notamment, sur l'investissement direct, le transfert de compétences ou de technologies, la formation, l'achat ou l'utilisation de produits locaux, l'intégration industrielle, la maintenance et le service après-vente. » L'encadrement juridique de cette compensation est prévu par l'article 146 § 3 et 4 « Cette compensation ne donne lieu à aucune contrepartie financière de la part du maître d'ouvrage. Les critères devant servir à l'évaluation des éléments des offres des concurrents relatifs à la compensation industrielle sont fixés par le règlement de consultation. » En fait, la compensation industrielle peut être considérée comme une localisation d'une valeur ajoutée conditionnant l'accès à un marché.

C'est une exigence que le pays peut mettre en œuvre pour que les marchés publics de taille importante soient accompagnés d'un engagement du fournisseur, quand il est étranger, à réaliser des activités économiques. Le Maroc a commencé à cueillir les fruits de ses démarches par la conclusion d'une première convention signée par A.L.S.T.O.M. En effet, pour accompagner la réalisation de contrats d'infrastructure majeurs que le conglomérat a décrochés au Maroc, notamment dans le transport, A.L.S.T.O.M. s'est engagé dans la voie de la compensation industrielle. Parmi les projets on peut citer une unité industrielle qui réalisera à terme 310 millions d'euros à l'export, des contrats avec des entreprises marocaines, 535 millions d'équipements à acheter auprès de fournisseurs marocains. **Ces engagements ont fait l'objet d'une convention** signée entre le groupe français et le Gouvernement marocain. En outre, A.L.S.T.O.M. promet de contribuer à la création d'un institut de formation aux métiers du transport ferroviaire. Ces engagements d'A.L.S.T.O.M. ont été mis en œuvre au courant de l'année 2011 et devraient générer près de 5 000 emplois. **Dans le solaire**, cette compensation industrielle est prévue et permettra d'assurer une meilleure intégration industrielle le long de la chaîne de valeur, générant ainsi des activités économiques supplémentaires. Si, actuellement, la compensation industrielle est permise dans le Code des Marchés publics du 08/03/2023, elle n'a pas un caractère obligatoire et une telle exigence **n'est pas en contradiction avec le droit international**, ni avec les

engagements du Maroc vis-à-vis de l'Union européenne ou de l'Organisation mondiale du Commerce (O.M.C.). **En revanche, l'accord de libre-échange entre le Maroc et les États-Unis s'y oppose.** Cela signifie que les entreprises américaines ne seront pas soumises à la clause de la compensation industrielle ; par voie de conséquence, au moment du choix d'une entreprise étrangère, il faut intégrer cette donnée.

En outre, les pays membres du groupe B.R.I.C.S. (Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud,) et les 6 nouveaux arrivants (l'Arabie Saoudite, l'Égypte, les Emirats arabes unis, l'Éthiopie, et l'Iran) ne sont pas signataires de cet accord. La Chine assiste en tant « qu'observateur » depuis 2007, sans avoir eu à ce jour le feu vert pour intégrer les A.M.P. Son engagement en tant que membre est attendu par l'ensemble des autres parties.

Outre l'aspect juridique, l'aspect financier est à prendre en compte, dans la mesure où ce type de contrat est particulier aux marchés dont le montant dépasse 200 millions de dirhams. Il s'agit d'une exigence que les pays peuvent mettre en œuvre pour que les marchés publics de taille importante soient accompagnés d'un engagement du fournisseur, quand il est étranger, à réaliser des activités économiques. Cependant rien n'empêche de faire jouer cette clause quand le marché porte sur des sommes importantes, même si elles n'atteignent pas le montant sus-indiqué.

§2- Définition

La définition légale de la compensation est indiquée par l'article I-I de l'Accord des Marchés publics tel que révisé le 16/12/2011. Ces opérations sont normalement interdites (art. IV-6), excepté pour les pays en voie de développement (article V-3-b) signataires de cet accord. La compensation est une opération commerciale par laquelle le vendeur prend l'engagement d'effectuer dans le pays de son client des achats, des transferts, des services ou toute autre opération en échange d'une vente qui n'est obtenue qu'à cette condition. Il s'agit par exemple d'exiger du fournisseur qu'il réalise trente pour cent (30 %) de la valeur ajoutée de l'équipement acheté auprès d'entreprises nationales ou locales.

La compensation constitue un trait d'union qui permet de poursuivre la conclusion de grands contrats. Ce concept apporte une réponse à la raréfaction des devises dans les pays émergents et à leur besoin d'équipement. L'expression **opération de compensation** s'entend de toute condition ou de tout engagement qui encourage le développement national ou local ou qui améliore le compte de la balance des paiements d'une partie, comme l'utilisation d'éléments d'origine nationale, l'octroi de licences pour certaines technologies, l'investissement, les échanges compensés et les actions ou prescriptions similaires. Il s'agit tout simplement d'une politique de contrepartie industrielle.

Les pays peuvent mettre en œuvre cette exigence pour les marchés publics de taille importante, soit supérieurs à 200 millions de dirhams. La compensation doit se situer à cinquante pour cent (0 %) du montant du marché ; cette condition doit être accompagnée d'un engagement du fournisseur, quand il est étranger, à réaliser des activités économiques.

En d'autres termes, le fournisseur étranger s'engage sur un montant représentant un pourcentage du marché public à réaliser dans le pays sous une forme ou une autre. À titre

d'exemple, le fait de construire une école ou de réhabiliter une route rurale ne s'inscrit pas dans la logique d'une action de compensation industrielle ou autre.

La compensation industrielle se décline généralement sous forme d'achat de produits ou de services auprès du tissu industriel local, sous forme d'investissements directs, de sous-traitance ou de transfert de technologies.

§3- Nature de l'accord

Le contrat cadre de coopération peut avoir comme objet une alliance stratégique qui consiste en une collaboration commerciale officielle et convenue entre deux ou plusieurs parties. Les partenaires mettent en commun, échangent ou intègrent certaines ressources commerciales pour en tirer un avantage réciproque.

Il est important de bien identifier où se situe la figure du contrat cadre. Celui-ci se trouve en fait dans le contrat de contre-achat, qui ne constitue pas juridiquement parlant une vente internationale. C'est uniquement l'accord par lequel l'exportateur s'engage à acquérir durant toute la durée du contrat des produits de compensation pour un montant déterminé. Cependant, les précisions relatives à la livraison des produits sont laissées à des contrats complémentaires conclus sur la base de l'accord de compensation. Cette clause ou ce contrat prévoira en effet, plus ou moins précisément, les produits éligibles pour constituer la compensation. Ensuite, en fonction de la conjoncture et de leurs intérêts, les parties se montreront d'accord au fur et à mesure des contrats d'exécution sur le choix et la quantité des produits.

Les engagements économiques du fournisseur sont repris dans une clause qui fait normalement partie intégrante du marché. En vue d'assurer l'exécution des obligations économiques du fournisseur, le contrat contiendra des mesures contraignantes pour celui-ci. Une garantie bancaire exigible couvrira les pénalités prévues en cas d'inexécution de l'obligation économique.

§4- Les formes de la compensation

On relève l'existence de trois formes de compensation.

A. La compensation commerciale

Les **compensations commerciales** englobent le **troc**, le contre-achat et la compensation au sens strict. La contrepartie consiste en l'achat de produits de compensation différents des produits vendus.

a) Le **contre-achat**, ou **counter-purchase**, est un achat en contrepartie de la vente de biens de consommation, d'un certain pourcentage en marchandises locales, avec aussi un règlement financier distinct pour la valeur du contre-achat. C'est le cas le plus fréquent. C'est un accord par lequel l'exportateur s'engage à acheter ou à faire acheter des produits de compensation pour un montant correspondant à un pourcentage déterminé du contrat principal d'exportation.

b) Le **troc**, ou **barter**, est un échange, comme à l'ancienne, de marchandises sans transfert financier. Cette opération - très rare - consiste à échanger directement et simultanément des quantités déterminées de marchandises sans transfert financier et sans mentionner la valeur globale de la transaction, ni le prix unitaire des produits.

c) La **compensation** « *stricto sensu* » ressemble au troc mais fait mention de la valeur de la livraison de l'exportateur et de la contre-valeur des produits livrés par l'importateur ; par ailleurs elle fait l'objet d'un règlement en monnaie de part et d'autre.

B. La compensation industrielle

Les **compensations industrielles**, qui se fondent sur une implantation locale ou sur les transferts de technologie, englobent l'**achat en retour** (*buy-back*) et les **accords d'offset**. À cet effet, la contrepartie prend la forme d'un accord de coproduction ou de sous-traitance.

a) L'**achat en retour** ou **buy-back** consiste, pour l'exportateur, à s'engager à acheter tout ou partie de la production issue des installations et des équipements exportés ou de la licence cédée dans le cadre du contrat principal. L'importateur peut ainsi autofinancer son achat et obtenir la garantie qu'il écoulera une partie de sa production sur les marchés étrangers sans devoir prospecter. Le **buy-back** ou **achat en retour** est un paiement par crédit export classique plus achat d'une partie de la production élaborée grâce à l'équipement qui fait l'objet de la vente. On peut citer comme exemple la vente d'une usine en contrepartie de l'achat de dix pour cent (10 %) de la production.

b) L'**offset** correspond à de la sous-traitance avec transfert de technologie dans le pays de l'acheteur. C'est une forme de compensation dans laquelle le pays importateur participe lui-même à la production du bien qu'il achètera. Elle se traduit par des opérations de coproduction, de sous-traitance et de transfert de technologie. Le pays importateur peut ainsi améliorer ses capacités technologiques. Les offsets concernent généralement de grands groupes industriels issus de secteurs à haute valeur ajoutée technologique (aéronautique, armement...) et s'appliquent à des échanges dont les montants sont élevés.

On ne doit pas confondre un transfert de technologie avec une cession de licence, formule en usage, même si la terminologie et le droit varient suivant les nations. Le transfert de technologie comporte un volet important : la communication d'un savoir-faire, adapté au contexte de l'acquéreur. À titre d'exemple, la Chine a décroché la réalisation d'une usine d'assemblage aéronautique de la compagnie Airbus dans le cadre d'un contrat d'achat de 150 avions A320 à Pékin.

De même, la Pologne a pu obtenir un programme d'investissement américain de 12 milliards de dollars sur une période de dix ans contre un contrat d'armement de 3,5 milliards de dollars avec la société Lockheed Martin. Cependant, cette opération prend parfois l'allure d'une guerre de position économique entre pays développés. En septembre 2004, la Chine a lancé un appel d'offres pour la construction de quatre réacteurs nucléaires de troisième génération. Ce contrat a fait l'objet d'une âpre concurrence entre le groupe français A.R.E.V.A. et son principal concurrent américain Westinghouse (racheté par la firme japonaise Toshiba).

Cherchant à acquérir les moyens de son autonomie technologique et énergétique, la Chine a tiré parti de l'acuité de la concurrence entre les deux firmes Westinghouse et A.R.E.V.A., afin d'obtenir le maximum de concessions (prix et transfert de technologies).

Appuyée par les dirigeants américains, Westinghouse a obtenu le marché, en acceptant de transférer une technologie de pointe – les plans de son réacteur AP 1000 – pour permettre à la Chine de fabriquer elle-même les futurs réacteurs. Ce transfert prouve la détermination américaine, autant pour en retirer des bénéfices financiers que pour écarter et affaiblir durablement son concurrent français. Celui-ci a choisi de ne pas céder sa technologie et de refuser la stratégie chinoise de captation du savoir.

À cet égard il faut noter que l'offset a beaucoup été utilisé par l'Afrique du Sud, l'Inde et la Chine pour développer la coopération industrielle à l'occasion d'achat de technologie civile et militaire.

Les **compensations financières** comprennent notamment les **accords de clearing** et les mécanismes de **switch**. La contrepartie réside en une conversion de la dette. Ces formes de compensation généralement conclues d'État à État ont le plus souvent pour objectif d'aider les pays surendettés à éteindre une partie de leur dette (cessions de créances) en échange d'achats de matières premières ou de produits manufacturés.

Le **clearing**, forme financière de la compensation, est le règlement de mouvements financiers. C'est un mécanisme permettant à des banques et institutions financières, membres de la Chambre de Compensation, de régler les montants dus et de recevoir les actifs correspondant aux transactions qu'elles ont effectuées sur les marchés. Une transaction, matérialisée par l'achat d'une part, la vente d'autre part, a toujours un débiteur et un créancier. Le clearing n'est surtout pas à confondre avec un financement, même complexe. En revanche, pour sa mise en œuvre, il utilise toutes les formes possibles de crédits bancaires internationaux.

Un **accord de clearing** est un accord bilatéral entre deux États qui se fonde sur l'échange de leurs marchandises sans transfert de devises pendant une période déterminée. En fin de période, les deux parties établissent la balance entre les livraisons réciproques. Il est possible de réaliser des opérations de switch sur ces clearings. Par le mécanisme du **switch financier**, l'État qui dispose d'une créance en monnaie clearing sur l'autre pays peut vendre à un pays tiers sa créance contre un paiement en devises fortes et convertibles. Par le mécanisme du **switch commercial**, ce même État créancier peut céder sa créance contre un approvisionnement en marchandises.

TROISIÈME PARTIE

Le contentieux des marchés publics

Introduction

Les différends qui naissent des contrats trouvent un terrain propice dans le domaine des marchés publics. Pourtant la jurisprudence n'est pas aussi riche qu'on l'imagine, car les titulaires des marchés préfèrent trouver des compromis à l'extérieur des palais de justice que de s'engager dans une démarche de contestation longue et coûteuse.

Ceci est dû au poids que représente l'État, aux modalités d'octroi des marchés, à une procédure judiciaire lente et à un relâchement dans l'exécution des jugements rendus par les tribunaux. Les marchés publics génèrent de nombreux litiges qui peuvent survenir à n'importe quel stade d'une procédure, lors de la passation, en cours d'exécution du marché ou après le terme de ce dernier, notamment après la réception pour les marchés de travaux. Afin d'assurer une certaine sécurité juridique, la réglementation offre une panoplie juridique variée qui permet au soumissionnaire et à l'attributaire de faire valoir leurs droits.

La réglementation permet que ces différends ne se résolvent pas obligatoirement devant le juge administratif. Il existe des outils de règlement amiable des litiges dans le domaine des marchés publics. Toutefois, de nombreux outils sont spécifiques à la matière. Tous les marchés passés par l'administration ne sont pas du ressort du juge administratif. C'est le régime juridique du contrat qui détermine la juridiction compétente.

Les bons de commande, ainsi que les contrats conclus sous le régime de droit commun, par exemple, relèvent de la compétence des tribunaux judiciaires, étant assimilés à des contrats de droit commun. Les contrats administratifs sont de la compétence du juge administratif. La règle de la décision administrative, consacrée par l'article 8 de la loi 41/90 instituant les tribunaux administratifs, implique que le juge administratif ne peut être saisi que par la voie d'un recours formé contre une décision. Cependant, la saisine du juge administratif ne peut être engagée qu'après épuisement des recours administratifs préalables imposés par les textes, notamment les articles 81 et 82 du C.C.A.G. et 163 du C.M.P., qui organisent les recours administratifs mis à disposition au profit du **concurrent en amont** auprès du maître d'ouvrage - s'il n'est pas satisfait, auprès du ministre concerné - et **en aval au titulaire du marché** au cours de l'exécution du marché, par un recours auprès de l'autorité compétente et éventuellement auprès du ministre.

Les modes de règlement des litiges issus des Cahiers des Clauses administratives générales applicables aux marchés publics sont variés. La saisine d'une juridiction administrative, en premier lieu, n'est pas le seul mode de résolution des conflits. Il existe des voies différentes pour « **régler autrement les conflits** » : le règlement amiable des litiges par une décision unilatérale de l'administration, le règlement des litiges par la saisine de la commission marocaine des marchés, le recours à la médiation, à la réclamation, à la transaction mais aussi à ce qu'on appelle le protocole d'accord, à la conciliation et à l'arbitrage, sont autant de moyens de règlement non contentieux des litiges.

La réforme opérée par la loi 08-05 du 30/11/2007, abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du Code de Procédure civile (C.P.C.), a permis le recours à la procédure d'arbitrage pour résoudre les différends qui naissent des marchés publics. L'arbitrage, en tant que mode de règlement des conflits entre le titulaire d'un marché public et l'administration, trouve donc sa place en tant que moyen pour trouver une solution amiable aux conflits.

Les litiges qui surviennent lors de l'exécution d'un marché public sont réglés selon une procédure prévue par les articles 81 à 84 du C.C.A.G.- T. Cependant, si le différend persiste et avant de saisir un juge, l'article 84 prévoit des modes de règlement amiable des différends, notamment le recours à l'arbitrage, la médiation, la conciliation et la transaction.

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

Proverbe chinois

Chapitre I

Les procédures du règlement amiable

Un ensemble d'outils est mis à la disposition des soumissionnaires et des titulaires de marchés publics par la réglementation pour gérer « à l'amiable » les litiges et éviter par ce moyen des contentieux lourds, longs et coûteux. Clauses contractuelles pour gérer les litiges à l'arbitrage, commission des marchés ou transaction par le biais de la médiation, les outils ne manquent pas.

Section 1

L'arbitrage

L'arbitrage est un mode **consensuel** de règlement des différends nés ou susceptibles de naître concernant un rapport de droit déterminé à caractère **commercial** qui consiste à remettre d'un commun accord le règlement de ce différend à une autorité non juridictionnelle ou à une instance non investie par l'État, sans recourir à des juridictions compétentes, afin de trouver une solution acceptable par les deux parties.

La notion de volonté et de liberté des parties est au cœur du dispositif contractuel et arbitral : la liberté de préférer à la juridiction étatique une forme privée de règlement des conflits, de choisir leur arbitre juge, de fixer la procédure qui leur paraît la plus appropriée et son déroulement et de déterminer les normes applicables au litige. C'est l'équilibre entre le domaine privé, qui lui confère sa souplesse, et le domaine public, qui lui garantit son efficacité.

L'arbitrage peut être **interne** ou **international**. La distinction entre ces deux sphères est faite sur la base de deux critères : un critère matériel et un critère organique.

Critère matériel : quand l'intérêt du commerce international est en jeu, l'arbitrage international peut être invoqué ; en revanche l'arbitrage interne a un caractère strictement national qui est régi par des lois du pays.

Critère organique : il peut être invoqué quand l'une des parties en conflit a son domicile ou son siège à l'étranger. En revanche, quand les deux parties ont leurs raisons sociales au Maroc, le recours à l'arbitrage national est prévu par le C.P.C.

L'arbitrage international s'oppose donc à l'arbitrage interne, à caractère strictement national, qui est gouverné par l'ordonnement juridique du pays. On distingue aussi l'arbitrage organisé sur la base du mandat **ad hoc**, qui se déroule en dehors de toute institution permanente d'arbitrage et qui est entièrement organisé par les parties en litige, de **l'arbitrage institutionnel**, dans lequel les parties font appel à une institution d'arbitrage. En tout état de cause, l'arbitre est amené à prendre une décision et non à exprimer une opinion.

Historiquement, le Maroc a connu l'arbitrage depuis 1693, date de la signature du traité de Saint-Germain entre l'État marocain et l'État français pour recourir à l'arbitrage afin de régler les différends qui étaient susceptibles de naître.

Actuellement, le droit marocain de l'arbitrage est régi par la loi n° 08-05 du 30/09/2007 abrogeant et remplaçant le chapitre VII du titre V du Code de Procédure civile, notamment les articles 306 à 327-36. En ce qui concerne l'arbitrage international, la loi 05-08 relative à la création des tribunaux du commerce a déjà consacré un cadre juridique pour ce genre d'arbitrage.

Le Code des Obligations détermine dans quelle mesure des personnes peuvent compromettre, et le Code de Procédure civile, il fixe les règles procédurales propres à l'arbitrage, que ce soit l'arbitrage interne ou international.

§1- L'arbitrage interne

Les articles 306 à 327-38 du Code de Procédure civile (C.P.C.) ont fixé les règles relatives à l'organisation des règlements des litiges par le recours à l'arbitrage interne.

La lecture de l'article 310§3 du C.P.C. permet de constater que le recours à l'arbitrage dans les affaires qui portent sur les litiges concernant **les actes** ou les biens **soumis à un régime de droit public** rentre dans le champ d'application des dispositions relatives à l'arbitrage : « Les litiges relatifs aux contrats conclus par l'État, les collectivités locales ou les établissements publics » peuvent faire l'objet d'une convention d'arbitrage. L'article 82 du C.C.A.G.-T. prévoit le recours à la médiation ou à l'arbitrage « Dans un délai de trente (30) jours à compter soit de la date de réponse de l'autorité compétente, soit de la date d'expiration du délai de quarante-cinq (45) jours prévu à l'article 81 du présent Cahier, le maître d'ouvrage et l'entrepreneur peuvent, d'un commun accord, recourir soit à la médiation, soit à l'arbitrage et ce conformément aux dispositions du chapitre VIII du titre V du Code de Procédure civile approuvé par le dahir portant loi n° 1-74-447 du 28/09/1974, tel qu'abrogé et remplacé par la loi n°08-05 promulguée par le dahir n°1-07-169 du 30/11/2007. »

Cela signifie que le maître d'ouvrage peut conclure un compromis ou insérer une clause d'arbitrage dans un marché public et que le contrat peut faire l'objet d'un compromis formel.

§2- L'arbitrage international

En effet, le problème est posé depuis deux décennies par l'entrepreneur étranger qui soumissionne dans d'autres pays : il doit rechercher la sécurité de son investissement, une crainte qui découle du caractère étatique de son contractant, et par ailleurs rechercher des formules juridiques permettant ainsi de minimiser les risques.

C'est pourquoi on trouve dans les contrats de marchés publics dont le financement est assuré par des bailleurs de fonds étrangers ou par des entreprises dont les sièges sont à l'étranger, des clauses qui ont pour but de neutraliser le **pouvoir normatif** de l'État contractant au travers du recours à l'arbitrage international ou à la médiation.

L'arbitrage international n'est rattaché à aucun droit étatique. Cela signifie qu'il n'existe pas de **for** pour un arbitre international. À partir de ce constat, les praticiens peuvent affirmer que l'arbitrage international est autonome par rapport à l'ordonnement juridique du pays. Le Maroc est signataire des conventions de New York du 10/06/1958 et de Genève du 21/04/1961 relatives à la reconnaissance des sentences arbitrales internationales ; il est aussi membre de la Chambre de Commerce franco-arabe. Il reconnaît donc officiellement les

sentences arbitrales rendues à l'étranger. Les réformes amorcées par la loi 05-08 promulguée par le dahir du 30/11/2007 s'inscrivent dans cette logique qui vise à sécuriser les investisseurs étrangers. Aux termes de l'article 327-40 du Code de Procédure civile, l'arbitrage international est défini comme un arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international, l'une des parties au moins au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage ayant son domicile ou son siège à l'étranger. D'autres critères de rattachement à l'arbitrage international sont fixés par l'article 327-40, tels que le lieu de l'arbitrage, le lieu d'exécution d'une partie substantielle des obligations issues des relations commerciales...

Ce dernier critère du lieu d'exécution d'une partie substantielle de la prestation permet de conclure que, dans le cas de deux entrepreneurs marocains qui ont respectivement leur établissement et leur domicile au Maroc et qui sont liés par un contrat de marché en vue d'une opération à l'étranger, l'arbitrage est qualifié d'international.

A. Conditions de la validité du recours à l'arbitrage

Le recours à l'arbitrage repose sur quelques principes prévus par le C.P.C. : la capacité, l'écrit et le consentement.

La capacité : l'arbitrage résulte tout d'abord de la notion de capacité des parties prévue par l'article 306 du Code de Procédure civile. Cette capacité doit être comprise dans le sens de la capacité de contracter ou d'ester en justice selon les dispositions de l'article 3 du Code des Obligations et des Contrats, mais surtout quant à la capacité des parties sur les droits dont elles ont la libre disposition ; par voie de conséquence il est impossible de compromettre sur des droits dont on n'a pas la libre disposition.

Le consentement : le recours à ce mode de résolution résulte nécessairement du consentement des deux parties. Ce consentement peut s'exprimer soit sous forme d'un compromis prévu par l'article 314 du C.P.C., soit sous forme d'une clause d'arbitrage prévue par l'article 316 du C.P.C. Ce sont les deux catégories de conventions d'arbitrage reconnues par le Code de Procédure civile. La **clause d'arbitrage** est incluse au contrat liant les parties au moment de sa conclusion. Elle intervient donc avant que le litige naisse entre les parties selon la formulation de l'article 316 : « La clause d'arbitrage est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui **pourraient** naître... »

En revanche le **compromis** n'apparaît que lorsque le litige est déjà né. Ce qui différencie les deux procédures, c'est donc leurs dates de conclusion. L'article 314§1 dispose que « Le compromis d'arbitrage est la convention par laquelle les parties à un litige **déjà né** soumettent... »

Aussi, les termes de l'article 314§2 prévoient que le compromis peut intervenir même si le juge a déjà été saisi du litige : « Le compromis peut être conclu même au cours d'une instance déjà engagée devant une juridiction. » La volonté exprimée par les parties, dans ce cas d'espèce, est de renoncer à toutes les démarches juridictionnelles afin de permettre la désignation de la Cour arbitrale ainsi que du lieu de l'arbitrage. En effet, le compromis constitue une échappatoire pour les parties, dans l'éventualité où la clause d'arbitrage insérée dans le contrat est entachée d'un élément qui la rend inopérante : clause nulle, inefficace ou pa-

thologique ; c'est-à-dire si la rédaction de la clause d'arbitrage ne permet pas de dégager la volonté des deux parties d'une manière exacte, ou si la rédaction de la clause contient une erreur matérielle manifeste.

Dans ce cas, les arbitres vont soit procéder à la rectification de la clause d'arbitrage ou de son interprétation, soit déclarer qu'ils sont incompétents pour statuer ; dans ce cas, la procédure du compromis est déclenchée, sauf si les parties en décident autrement.

L'écrit : le législateur a prévu l'écrit comme moyen de preuve, soit formel c'est le cas de la convention d'arbitrage - soit informel, s'appuyant sur d'autres moyens de communication tels que l'échange de lettres, E-mails, Fax, Téléx, Télégrammes. Est gardé toujours présent l'élément de preuve qui constitue l'idée sous-adjacente de l'article 313§2 du C.P.C., qui prévoit que la preuve peut être faite par « tout autre moyen qui en atteste l'existence », notamment quand il s'agit d'échange de conclusions.

En effet, ce n'est pas parce que l'écrit est dématérialisé, c'est-à-dire que le texte n'est plus inscrit sur du papier mais sur un écran, après sa transmission également dématérialisée, qu'il perd pour autant sa qualité d'écrit. Il y a toujours une traçabilité de ces échanges qui peut être présentée comme preuve.

L'article 317 du C.P.C. prévoit que la clause d'arbitrage doit être stipulée par écrit, soit dans la convention principale, soit dans un document auquel celle-ci se réfère. Il s'agit ici d'éviter toute incertitude sur l'existence de la clause d'arbitrage qui permet de recourir directement à l'arbitrage. En cas de non respect de cette formalité, la sanction prononcée est la nullité de la clause d'arbitrage.

Quant au compromis, il doit être constaté lui aussi par un écrit sans équivoque, et ce conformément à l'article 317 du C.P.C. Cet écrit est exigé « ad probationem » - c'est une forme dont l'utilisation est exigée par la loi en vue d'apporter la preuve de son contenu - et non pas « ad validitatem », qui signifie « pour être valide », autrement dit, pour produire des effets juridiques, comme c'est le cas pour la clause d'arbitrage. L'article ci-dessus précise que la preuve écrite du compromis peut résulter d'un procès-verbal signé par l'arbitre et les parties. Elle peut également être établie par un acte notarié, par un acte sous seing privé ou encore par un échange de lettres.

En exigeant un écrit, le législateur ne vise que la protection des intérêts des contractants et non la simple pré-constitution de preuve. Seulement le problème de la preuve est occulté par celui de la validité, en ce sens qu'en l'absence d'un écrit dressé dans les formes légales, l'acte ne peut pas être prouvé parce que, juridiquement, il n'existe pas.

B. Conséquences du recours à l'arbitrage

À l'occasion d'un différend, le législateur a donné la priorité aux tentatives nécessaires de conciliation amiables. Avant de saisir la juridiction compétente pour statuer sur la question objet du conflit, le recours à un tribunal arbitral est exigé, même en cas de résiliation du marché. La sentence arbitrale règle le litige d'une manière définitive et acquiert l'autorité de la chose jugée.

Cette procédure s'appuie sur trois éléments : la primauté de l'arbitrage, l'autonomie de la clause d'arbitrage et enfin l'exequatur.

La primauté de l'arbitrage : les articles 314 et 327 imposent aux parties, mais aussi aux tribunaux, de prononcer l'irrecevabilité du litige et de soumettre les parties à l'arbitrage, jusqu'à épuisement de cette procédure. Cela signifie qu'il y a **une primauté de l'obligation de déférer** au tribunal arbitral les litiges visés par la convention arbitrale. L'article 327§1 dispose que « Lorsqu'un litige soumis à un tribunal arbitral en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction, celle-ci doit prononcer l'irrecevabilité jusqu'à épuisement de la procédure d'arbitrage ou annulation de la convention d'arbitrage. »

La compétence du tribunal arbitral pour régler les différends visés par la convention d'arbitrage résulte du principe de « la compétence de la compétence. » À partir de là, il est impossible pour une juridiction de statuer dans un premier temps sur un litige, ou de soulever d'office l'incompétence du tribunal arbitral en la présence d'une convention d'arbitrage. Dans un contrat conclu en France et qui contenait une contradiction entre une clause compromissoire et une clause attributive de juridiction, le juge du fond a écarté la clause d'arbitrage au motif qu'il y avait une contradiction entre ces deux clauses.

La Cour d'appel avait confirmé cette décision et en avait déduit que la commune intention des parties de recourir à l'arbitrage n'était pas établie (Paris, 1^{ère} Chambre, section D, 12/12/2001). Or, la Cour de cassation, dans un **arrêt** rendu le 18/12/2003, a rappelé qu'il appartenait à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence. Elle affirme par cette position la règle selon laquelle cette apparente contradiction ne suffit pas à elle seule à caractériser la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage et qu'il revient à l'arbitre de se prononcer sur sa propre compétence.

Cependant le législateur marocain a prévu une exception qui permet aux parties de saisir de l'urgence le juge administratif, qui ne juge pas du principal (p. ex. : ne prononce pas l'annulation d'une décision), mais permet d'obtenir des mesures provisoires et rapides destinées à sauvegarder les droits et libertés des cocontractants, et ce, soit avant d'engager la procédure d'arbitrage, soit au cours de celle-ci. C'est ce qui ressort des termes de l'article 327-1 du C.P.C. : « La convention d'arbitrage ne fait pas obstacle aux parties, soit avant d'engager la procédure d'arbitrage, soit au cours de celle-ci, d'avoir recours au juge des référés en vue de prendre toute mesure provisoire ou conservatoire conformément aux dispositions prévues par la présente loi. Les parties peuvent se rétracter au sujet desdites mesures de la même manière. »

L'autonomie de la clause d'arbitrage : il s'agit d'une règle matérielle du droit international (par opposition à une règle de conflit des lois) faisant partie des principes généraux du droit international, de l'arbitrage commercial notamment. Cette autonomie signifie que l'existence et la validité de la clause d'arbitrage doivent être examinées au regard de cette règle matérielle, abstraction faite de tout conflit de lois. Les sentences rendues par la Chambre de Commerce internationale sont constantes dans le même sens.

En effet, ce principe doit être apprécié d'une manière indépendante du contrat du marché auquel il se rapporte, mais aussi par rapport à la législation nationale régissant le contrat, car la clause

sera acceptée quelle que soit la solution donnée en droit interne. L'article 318 du C.P.C. prévoit que « La clause d'arbitrage est réputée être une convention indépendante des autres clauses du contrat. » La nullité, la résiliation ou la cessation du contrat n'entament en aucun cas la validité de cette clause et la question de la nullité du contrat absolue ne pose aucune difficulté.

En revanche, la notion de l'inexistence du contrat est une notion acceptée en droit public et susceptible de mettre en cause cette autonomie. Or l'arbitrage dans le domaine des marchés publics oppose bien entendu des personnes publiques à des personnes privées, et l'application du droit public est la règle. Ceci implique que l'application de la notion de l'inexistence du contrat risque de déboucher sur la position selon laquelle il n'y a jamais eu de contrat et par voie de conséquence, il n'y a jamais eu de clause d'arbitrage.

L'Exequatur : l'exequatur est défini comme un ordre d'exécution donné par une autorité judiciaire à une sentence rendue par une justice privée. Dans le cas de la sentence arbitrale, il s'agit en fait d'un « bon à exécuter » et nullement d'un « acte d'exécution ».

En principe, une sentence arbitrale définitive n'est passible d'aucun recours, dans la mesure où le législateur lui a reconnu l'autorité de la chose jugée, et ce en vertu de l'article 327-26 qui dispose que « Dès qu'elle est rendue, la sentence arbitrale a la force de la chose jugée. » L'article 327-34 confirme l'aspect exécutoire de la sentence : « La sentence arbitrale n'est susceptible d'aucun recours. »

Cependant, quand il s'agit d'un différend auquel est partie une personne morale de droit public, la force de la chose jugée ne lui est reconnue que lorsqu'elle est homologuée ou reconnue exécutoire par un acte qui émane d'une autorité publique.

En effet, aux termes de l'article 327-26§2, « La sentence arbitrale n'acquiert la force de la chose jugée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur. » Selon l'article 327-31, « La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur du président de la juridiction dans le ressort de laquelle la sentence est rendue. » En vertu de l'article 310§4 C.P.C., la demande d'exequatur est présentée sous forme de requête à la juridiction administrative selon une compétence territoriale, locale ou nationale.

L'exequatur des sentences arbitrales est assimilé à leur exécution forcée, en conséquence aucun débat ne peut avoir lieu, ce qui débouche sur une ordonnance d'acceptation ou de refus. Le contrôle exercé par le juge est assez restreint et permet seulement au juge de l'exequatur de contrôler que la sentence n'est pas entachée d'un vice trop grave. Dans le cas d'un refus, l'article 327-33 exige la motivation de l'ordonnance, ce qui ouvre la voie à l'appel dans les formes ordinaires prévues à cet effet.

Aux termes des dispositions de l'article 327-24 C.P.C., lorsque l'exequatur est obtenu, il est apposé sur la minute de la sentence arbitrale. L'ordonnance d'exequatur n'est susceptible d'aucun recours. L'effet principal que produit la sentence est pour les parties d'exécuter la décision prise par l'arbitre et de considérer le litige comme un point obscur clarifié durant la procédure de l'arbitrage.

Section 2

L'arbitrage non-institutionnel : médiation et ad-hoc

Souape de sécurité et une réelle alternative, la médiation et l'arbitrage ad-hoc, constituent un moyen pour résoudre les différends qui naissent entre le maître d'ouvrage et le titulaire du marché. Le recours à la médiation ou à l'arbitrage est prévu par l'article par l'article 82 du CCAG-T qui prévoit le règlement à l'amiable sans recourir à la justice étatique « Dans un délai de trente (30) jours à compter soit de la date de réponse de l'autorité compétente, soit de la date d'expiration du délai de 45 jours prévu à l'article 81 du présent cahier, le maître d'ouvrage et l'entrepreneur peuvent, d'un commun accord, recourir soit à la médiation, soit à l'arbitrage et ce conformément aux dispositions du chapitre VIII du titre V du code de procédure civile approuvé par le dahir portant loi n° 1-74-447 du II ramadan 1394 (28 septembre 1974), tel qu'abrogé et remplacé par la loi n° 08-05 (30 novembre 2007). » Les parties peuvent, dès lors, d'un commun accord, avoir recours, sous le respect de certaines conditions, à ces deux modes de règlement amiable des différends. Le maître d'ouvrage et le titulaire du marché ont la possibilité, en cas de litige, de faire appel à un tiers conciliateur, par exemple un magistrat administrative.

Le recours à ce mode de règlement des différends à l'amiable est dictée pour plusieurs raisons :

La confidentialité : c'est un avantage du fait de la non publicité de l'affaire et des débats contrairement aux jugements ;

La rapidité : la durée des débats est moins long que la procédure juridictionnelle. En théorie, une sentence peut être rendue dans un délai maximal de 6 mois, cependant, il est sans cesse prorogé.

Le choix : les parties jouissent d'une liberté pour choisir les arbitres. En effet, les parties peuvent le choisir en avance pour leurs compétences techniques et professionnelles adaptées au litige. Par ailleurs, il permet de créer un tribunal équilibré si les parties n'ont pas la même tradition juridique d'origine et chaque arbitre peut faire connaître ses différences à l'autre.

§1- L'arbitrage ad hoc

Parallèlement à l'arbitrage institutionnel, l'article 319 du C.P.C. prévoit le recours à **l'arbitrage ad hoc**, un mode de règlement **moins structuré et moins hiérarchisé**, dans la mesure où le tribunal arbitral se charge seulement de fixer la procédure à suivre.

Ad hoc est une locution latine qui signifie **qui va vers ce vers quoi il doit aller**, c'est-à-dire **formé dans un but précis** ou qui a été institué spécialement pour répondre à un besoin précis. Il s'agit en fait d'un **mandat**.

Personne ad hoc signifie, pour un individu donné, qu'il a une connaissance accrue d'une matière, et que cette personne est parfaitement qualifiée pour exécuter la tâche qui lui est confiée. La méthodologie est conçue spécifiquement pour résoudre le problème posé. Si le tribunal arbitral fixe la procédure, les parties peuvent suggérer au président du tribunal, sous réserve de son appréciation, le nom d'un **mandataire ad hoc**.

Le mandat ad hoc permet aux parties de négocier sous l'égide d'un mandataire **ad hoc**, désigné par les parties ou à défaut par le tribunal arbitral afin de permettre une négociation confidentielle et à l'amiable. La durée diffère selon la procédure envisagée par le tribunal arbitral, mais elle ne peut pas dépasser le délai prévu pour la médiation.

La mission du mandataire **ad hoc** peut avoir une durée plus longue. Il est généralement nommé pour trois (03) mois. La mission est renouvelable plusieurs fois. Elle aboutit à la signature d'un accord contractuel négocié entre les parties. Cependant, l'article 319 C.P.C. prévoit que la procédure de l'arbitrage ad hoc peut être aussi utilisée pour caractériser une procédure d'arbitrage dont les parties n'ont pas confié l'organisation à une institution spécialisée, le tribunal arbitral en l'occurrence, mais qui l'ont organisée elles-mêmes, en suivant les conseils de leurs avocats et conseillers.

§2 -La médiation

À moindre degré d'importance que l'arbitrage, **la convention de médiation** pourra être utilisée dans le cadre d'un marché pour régler un litige. Il s'agit d'un contrat par lequel les parties s'accordent pour désigner un **médiateur** chargé de faciliter la conclusion d'une **transaction** mettant fin au litige né ou à naître.

La médiation est prévue par l'article 327-55 du C.P.C. : « Afin de prévenir ou de régler un différend, les parties peuvent convenir de la désignation d'un médiateur chargé de **faciliter** la conclusion d'une **transaction** mettant fin au différend. » Aux termes de cet article, on constate que ce qui caractérise la médiation, c'est l'intervention d'une tierce personne physique ou morale, en vue d'obtenir un arrangement entre les parties. Le **médiateur** suit l'évolution du différend et **propose** lui-même aux parties **un projet** de solution du litige qui constitue une plateforme de discussion.

L'**accord** conclu à l'issue de la médiation **débouche** sur une **transaction** selon les dispositions de l'article 327-68 § 4 et 5.

La transaction suppose trois conditions :

- la présence d'un litige entre les parties, comme le prévoit l'article 327-55 susmentionné et l'article 1108 du Code des Obligations et des Contrats ;
- la volonté de trouver une issue par le biais d'un accord : l'article 327-56 prévoit que « La convention de médiation est le contrat par lequel les parties **s'accordent** sur un médiateur chargé de faciliter la conclusion d'une transaction pour mettre fin au litige né ou à naître » ;
- une solution qui suppose de part et d'autre des concessions mutuelles telles que prévue par l'article 1098 du Code des Obligations et des Contrats constituant le régime juridique de la transaction : « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation moyennant la renonciation de chacune d'elles à une partie de ses prétentions réciproques, ou la cession qu'elle fait d'une valeur ou d'un droit à l'autre partie. » La transaction met donc fin au litige de telle sorte qu'un recours contentieux

pour faire trancher celui-ci serait irrecevable, à partir du moment où le consentement des deux parties est acquis en amont.

Les C.C.A.G. des marchés publics financés par l'Union européenne prévoient une tentative préalable de règlement **amiable** des différends relatifs aux marchés financés par l'UE, et ce dans un délai de quatre (04) mois, notamment à travers les articles 54 du C.C.A.G.-Services, 61 C.C.A.G.-Travaux et 65 C.C.A.G.-Fournitures, qui disposent dans des termes identiques que « Tout différend survenant entre le maître d'ouvrage et l'attributaire ne peut faire l'objet d'un recours contentieux s'il n'a pas été soumis préalablement à une tentative de règlement amiable. »

La médiation peut être soit un compromis de médiation, lorsqu'elle est conclue après l'éclatement du litige, soit une clause de médiation, lorsqu'elle figure dans le contrat de base. Qu'elle soit un compromis ou une clause, la convention de médiation est, en règle générale, constatée par écrit. Selon les termes de l'article 327-57 C.P.C., l'écrit peut prendre les mêmes formes que celui prévu pour l'arbitrage.

Section 3

La Commission nationale de la commande publique

Héritière de l'ancienne commission marocaine des marchés instituée par le décret du 30/12/1975, la commission nationale de la commande publique (commission nationale), prévue par l'article 164 du C.M.P. et encadrée par le décret 2-14-867 du 21/09/2015, a pour vocation de permettre l'expression des concurrents, attributaires, titulaires d'un marché public ou d'organismes publics. Ce texte organise la composition, les missions et le mécanisme de fonctionnement de la commission nationale. Il prévoit aussi les modalités de saisine et l'étendue des compétences y afférentes.

Placée auprès du secrétariat général du gouvernement et présidée par un haut fonctionnaire nommé par le chef du gouvernement, conformément à l'article 8 du décret du 21/09/2015, la commission nationale a une composition hétérogène et diversifiée : y siègent les représentants d'administrations intervenant dans le domaine des marchés publics et des professionnels, en vertu de l'article 10 du décret de 2015, ce qui lui offre une indépendance dans la prise de décision, loin des intérêts limités de telle ou telle administration.

En outre, elle peut faire appel à tout moment à des techniciens experts pour l'éclairer sur des questions spéciales et complexes.

On peut distinguer trois sphères de compétences de la commission : d'une part elle est appelée à **émittre des avis** sur les projets de textes législatifs ou réglementaires qui portent sur les marchés publics, et d'autre part elle joue un rôle de catalyseur par les attributions qui lui sont assignées par les différents textes, notamment du fait qu'elle a la mission de **statuer sur les litiges** objets de sa saisine, et enfin la **mission de conseil** au profit des administrations et organes intervenant dans les marchés publics.

L'ancienne compétence consultative de la commission est maintenue, voire enrichie et élargie, dans la mesure où elle veille à la stricte application des dispositions de la réglementation qui gouverne les marchés publics. La commission nationale de la commande publique est un organisme consultatif de conciliation et de règlement amiable des différends ou des litiges relatifs aux marchés publics. Elle n'est ni une juridiction, ni une instance d'arbitrage au sens strict du terme. Elle est habilitée à donner des avis que l'administration est libre de suivre ou non ; éventuellement elle peut assumer un rôle d'arbitrage ad hoc (cf. : titre III - section 2) initié par l'article 14§1 du décret du 21/09/2015. À cet égard il faut noter que la saisine de la commission est facultative.

Chargée de trouver une solution amiable au litige, la commission rend un avis, puis la suite à donner à tel ou tel différend ou litige. Cette décision est prise éventuellement par l'administration concernée. En effet, l'article 170 du C.M.P. indique que « Tout concurrent **peut**, sans recourir ni au maître d'ouvrage ni au ministre concerné ou au président de l'organe délibérant, adresser directement une requête circonstanciée à la commission des marchés ». Cela signifie que le **recours à la commission** pour un règlement amiable des litiges est **souhaitable, mais non un préalable** à tout engagement d'une procédure contentieuse selon l'article susmentionné.

La commission nationale contribue ainsi à la participation aux différentes interventions qui rythment le déroulement de l'achèvement d'un marché public dans les règles de l'art. La place accordée à cette commission par le décret des marchés publics, répond à la nécessité de lever certaines contraintes qui s'opposaient au bon fonctionnement de la structure de l'ancienne commission des marchés, notamment sa constitution, son fonctionnement et la simplification de la procédure de sa saisine. La disparition de l'ancienne commission des marchés ne bouleversera pas les habitudes des maîtres d'ouvrage pour autant : le recours à celle-ci était – et est toujours - facultatif et ne concerne dans les faits que les dossiers les plus compliqués. En outre, cette disparition ne laisse pas un vide puisqu'elle a été remplacée par la commission nationale de la commande publique.

Pour quels types de contrats peut-elle intervenir ?

Conformément à l'article 2 du décret du 21/09/2015, la commission nationale est habilitée à statuer sur les différends qui portent sur les contrats suivants :

- les marchés publics, tels que définis par le décret n° 2-22-431 du 08//03/2023 relatif aux marchés publics ;
- les contrats de gestion déléguée et les contrats de partenariat public-privé, tels que définis et régis par la législation en vigueur.

Pour le compte de qui ?

Elle peut intervenir pour le compte des organismes publics, sauf les collectivités territoriales, qui doivent agir par le biais du ministre de l'Intérieur sur demande du comité de suivi des marchés. Elle peut intervenir au profit des concurrents, attributaire ou titulaire du marché.

§1- La composition

La commission nationale est tripartite puisqu'elle s'articule autour de trois (3) acteurs : le président, l'organe délibératif et les unités techniques. Elle intègre aussi d'autres entités relevant de ces trois (3) acteurs qui exercent leurs missions dans ***l'intérêt général et en toute indépendance***.

Elle a pour vocation de veiller au respect des règles et des principes édictés par la réglementation relative aux marchés publics, en jouant un rôle de conseil et de soutien aux organismes publics. Elle se charge de statuer sur les différends qui opposent les cocontractants d'un contrat qui porte sur la commande publique.

A. Le président

Si la commission nationale est placée auprès du secrétariat général du gouvernement, elle est dirigée par un président nommé par décret pour cinq (5) ans renouvelable une fois. Le profil du président de la commission nationale correspond à une personnalité neutre et indépendante. Cette position lui permet, d'une part, la possibilité de trancher dans l'éventualité d'une égalité des voix, puisque l'article 16§2 du décret 21/09/2015 dispose qu'« En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante. » D'autre part, « il gère les cas pouvant placer les membres de l'organe délibératif en situation de conflit d'intérêt. » Il s'agit en fait d'une situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés, qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction, situation dans laquelle peut se trouver un membre appartenant au secteur professionnel. Dans ce cas, le rôle du président est de l'empêcher de prendre part, soit aux débats, soit au vote (cf. III^e partie, section 1§1).

Le président est assisté dans ses fonctions par un vice-président nommé par lui parmi les membres de l'organe délibératif.

B. L'organe délibératif

En vertu de l'article 10 du décret du 21/09/2015, l'organe délibératif a une composition hétérogène et diversifiée : y siègent les représentants d'administrations intervenant dans le domaine des marchés publics et des représentants du secteur privé, ce qui lui offre une indépendance dans la prise de décision, loin des intérêts limités de telle ou telle administration ou de tel ou tel secteur. En outre, elle peut faire appel à tout moment à des techniciens experts pour l'éclairer sur des questions spéciales et complexes.

L'organe délibératif est composé de douze (12) membres nommés pour un mandat de cinq (5) ans renouvelable. Ils sont répartis en deux (2) catégories. La première catégorie est constituée des représentants de différentes administrations, au nombre de neuf (9), dont deux (2) du Ministère de l'Économie et des Finances.

En revanche, la deuxième catégorie, au nombre de trois (3) membres, est formée de professionnels, proposés par les organismes professionnels les plus représentatifs appartenant chacun à l'un des secteurs professionnels suivants :

- ✓ secteur du bâtiment et des travaux publics ;
- ✓ secteur du commerce ;
- ✓ secteur de l'ingénierie et du conseil.

L'organe délibératif joue, en principe, un rôle central de garant de l'intérêt général, ce qui fonde son monopole dans le domaine des avis et des propositions de décision qu'il soumet à la signature du chef du gouvernement, ainsi que la suite à réserver aux réclamations. L'article 4 prévoit la possibilité pour l'organe délibératif de créer en son sein des **comités permanents** ainsi que des **comités ad hoc** destinés à l'assister dans l'accomplissement de ses missions ou pour l'examen de questions particulières. Ils sont constitués en règle générale pour la durée du mandat de l'organe délibératif, mais peuvent être créés pour une durée limitée, dans le cadre de l'examen d'une question particulière, notamment pour le comité ad hoc.

a. Le Comité permanent : présidé par le président de la commission nationale, son rôle porte essentiellement sur les problèmes afférents aux contrats de partenariat public-privé. Il est constitué de trois (3) personnes désignées par la commission nationale parmi ses membres, et de trois (3) représentants du Ministère de l'Économie et des Finances désignés par le chef du gouvernement.

Le comité permanent, chargé des questions relatives aux contrats de partenariat public-privé et aux contrats de gestion déléguée exerce, seul, les missions suivantes :

- **examiner les réclamations des concurrents, attributaires ou titulaires** de contrats de partenariat public-privé et de contrats de gestion ;
- émettre des avis **juridiques** relatifs aux différends entre les concurrents soumissionnaires de partenariat public-privé et les contrats de gestion déléguée d'une part, et les administrations publiques d'autre part, en ce qui concerne l'application de la législation et de la réglementation à ces genres de contrats ;
- **formuler son avis**, selon le cas, sur les textes législatifs et réglementaires relatifs aux contrats de partenariat public-privé et de gestion déléguée ;
- **formuler son avis à la demande des administrations publiques** sur toutes questions à caractère juridique ou procédural relative à l'élaboration, à la conclusion ou à l'exécution des contrats de partenariat public-privé et de gestion déléguée ;
- **veiller à la publication** des avis de principes relatifs aux questions soumises à ce comité dans le domaine des contrats de partenariat public-privé et de gestion déléguée.

b. Le comité ad hoc : l'organe délibératif peut mettre en place un comité formé **temporairement** en vue de l'assister dans l'accomplissement de ses missions, soit pour l'examen de questions particulières, soit pour traiter une tâche limitée.

Le comité ad hoc a donc pour mission principale de fournir à l'organe délibératif une assistance d'ordre technique ou administratif pour prêter main forte à l'achèvement de l'une des missions de l'organe délibératif ; il peut également être chargé d'étudier et de prendre position, dans l'intérêt de l'organe délibératif, sur des questions précises ou un développement particulier concernant le domaine des contrats de partenariat public-privé et de gestion déléguée.

c. Les unités administratives et techniques. Il s'agit d'entités spécialisées affectées à des domaines bien précis qui assurent un soutien opérationnel à la commission nationale pour mener à bien les missions qui lui sont confiées.

Sous la responsabilité du président de la commission nationale, les unités reçoivent, examinent, instruisent les demandes et les réclamations. Elles examinent et préparent les textes réglementaires et législatifs. Elles proposent des évolutions technologiques ou planifient des cycles de formation (...) : telles sont quelques-unes des facettes de la fonction confiée à ces unités. Quatre (4) unités sont **dirigées** par un **rapporteur général** qui en coordonne les travaux, mais elles sont en même temps encadrées par des chefs de service chargés d'assurer les missions des unités dont ils sont responsables et de veiller à leur bon fonctionnement.

1. Le rapporteur général : le rapporteur général de la commission nationale est nommé par décret sur proposition du président de la commission. Il assiste aux réunions de l'organe délibératif avec voix consultative et établit les procès-verbaux desdites réunions. Il est chargé par le président de la commission nationale et sous son autorité d'assurer les missions suivantes :

- instruire les réclamations des concurrents en matière de commande publique qui lui sont soumises par le président de la commission ;
- examiner les demandes de consultation juridique émanant des administrations publiques concernant l'interprétation et la mise en application de la réglementation relative à la commande publique ;
- étudier les demandes d'avis juridiques concernant les difficultés d'exécution des commandes publiques présentées à la commission par les administrations publiques ;
- instruire les demandes d'avis juridiques émanant des titulaires des commandes publiques ayant un différend avec une administration publique concernant l'application de la réglementation régissant lesdites commandes ;
- étudier et examiner toute autre question relevant de la compétence de la commission, et qui lui est soumise par le président de la commission ;
- présenter devant l'organe délibératif les rapports et résultats d'études dont il a été chargé.

2. L'unité des réclamations : elle effectue un travail de préparation pour le compte de la commission nationale, puisqu'elle est chargée de :

- recevoir et instruire les réclamations et les demandes d'avis adressées à la commission respectivement par les concurrents et les titulaires des commandes publiques, tout en s'assurant des conditions de leur recevabilité, telles qu'elles sont prévues par le décret ;
- préparer les dossiers de réclamation et des demandes d'avis émanant des concurrents et des titulaires des commandes publiques, et les soumettre au président de la commission nationale et au rapporteur général ;
- préparer et mettre à la disposition du rapporteur général la documentation nécessaire pour l'instruction ;
- traiter les réclamations et les questions qui lui sont confiées.

3. L'unité des consultations : deux (2) axes constituent la sphère de sa compétence : d'une part, *l'examen des demandes d'avis* et des projets de consultation juridique, d'autre part *l'examen des projets de textes réglementaires et juridiques*.

À cet effet, elle assume les fonctions suivantes :

- encadrer les consultations juridiques adressées à la commission par les administrations publiques ;
- préparer les projets d'avis et de consultations juridiques dont elle est chargée par le président ;
- préparer toute étude ou recherche relevant de la compétence de la commission ;
- examiner tout projet de texte législatif ou réglementaire soumis à l'avis de la commission par le chef du gouvernement ou par les autorités gouvernementales concernées, selon le cas ;
- préparer tout projet de texte visant à la réforme du cadre réglementaire de la commande publique ;
- veiller à la consolidation et à l'actualisation des textes régissant la commande publique ;
- préparer les projets de directives de la commission, relatives à la bonne application des textes régissant la commande publique et au respect des procédures de passation et d'exécution de la commande publique, de même que des règles d'éthique, de transparence et de bonne gouvernance en la matière.

4. L'unité du système d'information : les besoins massifs et croissants en matière de nouvelles technologies de l'information et de la communication (N.T.I.C.) ont conduit à la création d'une unité informatique qui se caractérise par ses compétences techniques de maîtrise d'œuvre, puisqu'elle est chargée de mettre à la disposition de la commission nationale des ressources

humaines et matérielles pour réaliser un site Web. À cet effet elle est chargée de :

- veiller à la **dématérialisation** des procédures relatives à l'activité de la commission nationale ;
- élaborer et mettre à la disposition des différents organes de la commission les **bases de données** relatives à la commande publique et veiller à leur mise à jour ;
- concevoir, mettre en place et entretenir un **site Web** de la commission nationale ayant pour objet, notamment, la diffusion de toute information ou de documentation juridique relative à la commande publique et aux travaux de la commission nationale ;
- mettre en place un **système de veille juridique** relatif à la commande publique destiné aux différents organes de la commission ;
- gérer les ressources informatiques de la commission.

5. L'unité de la formation et des affaires administratives : en vertu de l'article 3§3 du décret du 21/09/2015, « La commission nationale est également chargée **d'assurer la coordination des actions de formation** initiale et continue dans le domaine de la commande publique, et l'homogénéisation des programmes de formation au profit du personnel des services gestionnaires de la commande publique dans les administrations publiques. » En effet, chaque organisme public établit un plan de formation. L'enjeu est de faire coïncider les souhaits individuels des gestionnaires et les besoins de l'organisme public. Au centre de cette alchimie se trouve la commission nationale, qui peut préparer et coordonner les programmes de formation initiale et de formation continue en matière de réglementation de la commande publique. Ces programmes sont **destinés aux différents intervenants** dans la gestion de la commande publique, laquelle englobe :

- la préparation d'une documentation, prévue par l'article 24, en vue de compléter cette démarche de formation, notamment via « les guides, les manuels de procédure et les documents types relatifs à la commande publique, conformément à la réglementation en vigueur » ;
- la gestion des correspondances de la commission ;
- la tenue des archives de la commission et leur conservation ;
- la gestion des affaires administratives de la commission.

Bien entendu, outre ces fonctions, l'unité se voit confier des tâches à caractère administratif, notamment la gestion des affaires administratives de la commission, telles que la gestion des correspondances et la tenue des archives.

§2 - Les missions

La commission nationale n'intervient pas d'office, mais sur la demande des différents partenaires d'un contrat relatif à l'exécution d'une commande publique. À cet égard, cinq (5) missions sont assignées à la commission :

- une mission de pilotage et d'orientation ;
- une mission d'accompagnement ;
- une mission de régulation ;
- une mission d'information ;
- une mission de règlement amiable des litiges.

A. Une mission de pilotage et d'orientation : en vertu de l'article 4 du décret du 21/09/2015, la commission nationale « élabore et donne son avis, selon le cas, sur tout **projet de texte législatif ou réglementaire** concernant la commande publique. **Elle élabore**, conformément à la réglementation en vigueur, **les documents types** relatifs à la commande publique. Elle prépare les projets de directives à soumettre au chef du gouvernement pour décision. L'article 6§2 indique que la commission nationale « contribue à la consolidation et à la codification des textes législatifs et réglementaires relatifs à la commande publique et veille à leur mise à jour permanente », d'où son rôle important dans la promotion de la littérature des marchés publics. La commission nationale a également **une mission d'accompagnement** : réactive, elle a pour mission principale de jouer **le rôle de conseiller** des administrations publiques, puisqu'elle les accompagne dès la phase de préparation jusqu'à la phase d'exécution du marché.

À cet égard, l'article 4§3 confirme ce statut, dans la mesure où elle « **donne son avis**, à la demande des administrations publiques, sur toute question d'ordre juridique ou procédural relative à la préparation, à la passation, à l'exécution, à la cessation de l'exécution ou au règlement de la commande publique. »

À ce titre, elle formule des recommandations sur des problématiques relatives à la définition des besoins, la rédaction des documents de la consultation ou des documents à caractère contractuel, la rédaction d'un appel d'offres, « **porte assistance**, sur le plan juridique, aux services de l'État, et à leur demande, quant à la préparation des documents relatifs à la commande publique. » Cette souplesse de fonctionnement lui permet d'élargir le champ d'accompagnement des administrations publiques.

B. Une mission de régulation : grâce aux compétences qui lui sont dévolues, la commission nationale assure un fonctionnement correct du déroulement du processus de la commande publique ainsi que de son environnement. L'article 4§6 dispose que la commission nationale propose au chef du gouvernement les mesures de toute nature, notamment d'ordre juridique, visant à promouvoir la transparence et l'efficacité de la commande publique et permettant le respect des principes et des règles d'éthique et de bonne gouvernance en la matière, prévus par le décret susvisé n° 2-22-431 du 08//03/2023 relatif aux marchés publics, dont notamment les principes suivants :

- la liberté d'accès à la commande publique ;
- l'égalité de traitement des concurrents ;
- la garantie des droits des concurrents ;

- la transparence dans les choix de l'administration publique pour l'attribution de la commande publique.

La commission nationale est également chargée **d'assurer la coordination des actions de formation** initiale et continue dans le domaine de la commande publique, et l'homogénéisation des programmes de formation au profit du personnel des services gestionnaires de la commande publique dans les administrations publiques.

C. Une mission d'information : outre son rôle dans l'examen des avis sur toute question d'ordre juridique et l'examen des réclamations, la commission nationale a la charge, sur les questions relevant de sa compétence, d'assurer la diffusion des avis de principe⁴ concernant les questions qui lui sont soumises en matière de commande publique. Son rôle s'étend par ailleurs à la conception et à la mise en place d'un site Web dédié à la commission nationale, ayant notamment pour objet la diffusion de toute information ou documentation juridique relative à la commande publique et aux travaux de la commission nationale.

En outre, l'une de ses attributions est la communication des décisions prises par le chef du gouvernement aux administrations et aux concurrents concernés, ainsi qu'au Trésorier général du Royaume. Ces décisions sont publiées sur le site Web de la commission nationale et sur le portail des marchés publics.

D. Une mission de règlement amiable des litiges : dans le domaine précontentieux, plusieurs textes donnent à la commission nationale des compétences pour que chacun des contractants puisse remplir sans arrière-pensée ses obligations, sachant que toute infraction à la législation sera dénoncée. Elle assure ainsi un climat de confiance entre les acteurs économiques et l'administration et permet de disposer d'une proposition de solution dans un délai sensiblement plus court que par les autres voies amiables ou judiciaires.

En premier lieu, les articles 3§2 et 5§1 du décret du 21/09/2015 susvisé confient à la commission la tâche d'examiner « les **réclamations émanant** de toute personne physique ou morale de droit privé, en qualité de **concurrent, d'attributaire ou de titulaire** d'une commande publique » et de statuer sur les **contestations** relatives à la **procédure des appels d'offres** et des concours. 164-1 du C.M.P. est un témoignage de son efficacité. En effet, cet article a confié à la commission des marchés la mission de statuer sur les requêtes en matière de marchés conclus par les services centraux de l'État, les établissements publics concernés et les collectivités territoriales. Ces requêtes qui portent sur :

- le non respect des règles de la procédure de passation ;
- la présence de clauses discriminatoires ou de conditions disproportionnées par rapport à l'objet du marché dans le dossier d'appel à la concurrence ;
- la contestation des motifs d'élimination de l'offre d'un soumissionnaire.

⁴ Un avis de principe est un avis dans lequel est posé un principe d'application générale qui permettra de régir des cas futurs analogues.

Enfin, l'article 61 du C.C.A.G.-Travaux des marchés financés par l'Union européenne indique qu'« À défaut de règlement, le différend est porté devant la commission des marchés, qui fait connaître son avis dans un délai de deux (02) mois à compter de la date de la saisine ». Cette formulation suppose-t-elle que la saisine de la commission est un préalable ?

§3 - La saisine de la commission nationale

Il y a une amélioration de la position de la Commission en matière de recours.

A. Qui peut saisir ?

Il faut citer le principe posé tout d'abord par l'article 170 du Code des Marché du 20/03/2015 et confirmé par l'article 30 du décret sur la commission nationale, qui indiquent que tout **concurrent** peut adresser **directement** une requête circonstanciée à la commission. Notons ensuite l'article 36 du décret 21/09/2015 relatif à la commission nationale, qui prévoit que « Tout titulaire d'une commande publique ayant un différend concernant l'exécution de ladite commande avec une administration publique peut **demande** l'avis de la commission nationale sur ce différend. » Cela signifie que la commission nationale peut intervenir **en amont** de la procédure de la conclusion du contrat, puisqu'il est question de **concurrents**, ou **en aval** de la procédure durant la conclusion du contrat de la commande publique, dans la mesure où l'article 36 évoque le cas d'un **attributaire**, ou après la notification de l'approbation, puisqu'il est question de **titulaire**. Cette démarche s'inscrit dans le cadre de la sauvegarde des droits des participants dans la soumission ou l'exécution de la commande publique.

Ensuite, c'est en fonction de **la nature de l'objet de la saisine** que la personne publique habilitée à saisir la commission est désignée. En effet, l'article 26 du décret du 21/09/2015 a fixé les catégories qui induisent la saisine de la commission.

En ce qui concerne la première catégorie, elle désigne **le chef du gouvernement et le secrétaire général du gouvernement** qui peuvent consulter directement la commission sur **toute question relevant de sa compétence**. L'autre catégorie englobe les personnes suivantes qui peuvent consulter la commission nationale *sur les questions juridiques ou procédurales* :

- les ministres concernés ;
- les hauts-commissaires et le délégué général ;
- le Trésorier général du Royaume ;

les présidents des conseils d'administration et les directeurs des établissements publics, outre les responsables des autres personnes morales de droit public ;

B. Les modalités de la saisine

Il ressort des dispositions du décret du 21/09/2015 que la saisine de la commission est effectuée par le biais **d'un écrit** en guise de **demande** ou de **lettre**. Selon l'article 27 susvisé, la

saisine est opérée par une **demande** s'il s'agit d'une **procédure de consultation**, ou bien par une lettre, selon l'article 31§3, s'il s'agit d'une procédure d'instruction de réclamation.

Dans le premier cas de figure, la **consultation** porte sur **la phase postérieure à la notification de l'approbation du contrat**, voire sur l'**exécution** de celle-ci. Par contraste, la **réclamation** concerne **la phase précontractuelle** : les règles de la procédure de passation, le dossier d'appel à la concurrence ou l'éviction d'un concurrent.

La demande de consultation est transmise ou déposée directement à la commission nationale, accompagnée d'une **fiche technique** qui expose la question objet de la demande d'avis ou de consultation et comportant tous les éléments d'information nécessaires à l'examen de ladite question et, le cas échéant, de toute pièce ou document dont dispose la partie consultante concernant la question objet de la consultation.

Les **lettres de réclamation** émanant des concurrents sont **déposées directement** dans les bureaux de la commission nationale ou adressées au président de la commission **par voie postale**, par courrier recommandé avec accusé de réception. Elles peuvent également lui être adressées **par voie électronique**. Cette mention d'envoi électronique signifie que la demande ou la lettre, appuyés des pièces justificatives, peuvent être transmises sous forme dématérialisée, donc la transmission peut être indifféremment sur un support électronique ou sur papier. La lettre peut être présentée de manière simplifiée, sans exigence particulière. Cependant, il faut qu'elle soit motivée et qu'elle contienne un exposé aussi clair que possible de la situation et des éléments de preuves, conformément à l'article 31§3 et 4, qui indique que le concurrent doit exposer dans sa lettre l'objet de sa réclamation et les éléments qu'il conteste, et qu'il doit également « fournir, à l'appui de sa réclamation, toutes les pièces justificatives, les éléments d'information et les documents dont il dispose.

Il doit déclarer que l'affaire sur laquelle il a saisi la commission n'a pas fait l'objet d'un recours devant les tribunaux. » Les moyens de preuve sont libres et parfois la charge de la preuve incombe à l'administration, même si elle est en défense.

En effet les motifs des recours sont intentés par le concurrent :

- s'il constate que l'une des règles de la procédure de passation d'une commande publique, prévue par la réglementation en vigueur, n'a pas été respectée ;
- s'il relève que le dossier d'appel à la concurrence contient des clauses discriminatoires sous des conditions disproportionnées par rapport à l'objet de la commande publique ;
- s'il conteste les motifs de l'élimination de son offre ;
- s'il n'est pas satisfait de la réponse qui lui a été donnée par l'administration concernée ou en absence de réponse à sa demande ;
- bien entendu il ne faut pas oublier de préciser le but de la requête, c'est-à-dire s'il souhaite l'annulation ou la reconsidération de l'acte.

C. L’instruction des réclamations

Le déclenchement de l’instruction de la réclamation est mis en œuvre par les organes compétents de la commission nationale. En effet, en vertu de l’article 20 du décret du 21/09/2015 sur la commission nationale, « Le rapporteur général est chargé par le président de la commission nationale et sous son autorité d’instruire les réclamations des concurrents en matière de commande publique qui lui sont soumises par le président de la commission. »

Cependant le rapporteur est aidé dans sa mission par l’unité de réclamation qui est chargée, selon l’article 21 du décret, «de recevoir et d’instruire les réclamations et les demandes d’avis adressées à la commission respectivement par les concurrents et les titulaires des commandes publiques, et de s’assurer des conditions de leur recevabilité telles qu’elles sont prévues par le présent décret ». Autrement dit, cette unité procède à un examen du dossier à la lumière des éléments contenus dans le dossier de réclamation. L’article 32 du décret prévoit un délai de quinze (15) jours ouvrables à partir de la réception de la lettre de réclamation. Ce délai peut être encore prorogé, par décision motivée par le président de la commission nationale, de quinze (15) jours ouvrables, pour un complément d’information présenté par l’administration ou le concurrent, ou les deux à la fois. Cette décision est notifiée aux intéressés.

D. Le déroulement de la procédure

L’organe délibératif possède la maîtrise de l’action, puisque c’est lui qui juge la suite à donner à la réclamation déposée. S’il juge que les arguments avancés par le concurrent ne sont pas fondés, le président informe le concurrent de l’irrecevabilité de sa réclamation. Par contre, lorsque l’organe délibératif juge, sur la base des arguments présentés par le concurrent, que le bien-fondé de la réclamation est justifié, le **président de la commission nationale informe l’administration concernée et propose au chef du gouvernement de suspendre la procédure de passation de la commande publique, ou de surseoir à son approbation**, jusqu’à l’émission de sa proposition de décision concernant la suite à réserver à la réclamation dans les délais prévus à l’article 32 du décret. En tout état de cause, la suspension de la procédure de passation de la commande publique, ou le fait de surseoir à son approbation, ne peut avoir lieu que par **décision du chef du gouvernement**. Cependant cette procédure est inapplicable lorsqu’il s’agit de considérations urgentes et d’intérêt général.

À l’issue de l’examen de la réclamation et sur la base du rapport du rapporteur, l’organe délibératif propose une décision qui a pour finalité :

- d’annuler la procédure lorsqu’il s’agit d’une irrégularité substantielle viciant la procédure ;
- de rectifier l’irrégularité en procédant aux modifications nécessaires afin d’écartier les clauses ou les prescriptions qui méconnaissent les obligations de mise en concurrence et de publicité, en poursuivant ensuite la procédure. Si l’administration concernée adopte une position contraire, la question est soumise au chef du gouvernement pour décision ;
- de déclarer la réclamation irrecevable pour manque de fondement juridique valable.

Les propositions de décisions présentées par l'organe délibératif concernant les réclamations des concurrents sont soumises à la **signature du chef du gouvernement** par le président de la commission. Cependant, il y a un impératif prévu par l'article 39 du décret à respecter : lorsque le différend a fait l'objet d'un jugement ou qu'il a été déféré devant une juridiction, la procédure de l'instruction doit être suspendue et abandonnée.

E. Le fonctionnement

L'organe délibératif de la commission tient un certain nombre de sessions ; les unes, obligatoires, ont lieu une fois par mois, les autres sont tenues en fonction de la nécessité de se réunir, que ce soit pour examiner un texte ou suite à la saisine de la commission. Conformément à l'article 15 du décret du 21/09/2015, le président de la commission doit convoquer l'organe délibératif en session obligatoire, alors même qu'il n'aurait aucune affaire à mettre en délibération, tout membre pouvant avoir d'utiles propositions à faire. En dehors de ces sessions périodiques, le président doit réunir l'organe délibératif chaque fois qu'il le juge utile. Aucune durée des sessions n'est fixée par le décret, puisque c'est l'épuisement de l'ordre du jour fixé par le président ou de l'affaire objet de la réunion qui entraîne la clôture de la session.

L'organe délibératif ne peut valablement délibérer que **si la moitié de ses membres** au moins sont présents. Si le **quorum** n'est pas atteint, la réunion est reportée pour une période de quarante-huit (48) heures au moins et a lieu alors valablement, quel que soit le nombre des membres présents. L'organe délibératif **délibère à huis clos** sur toutes les questions relevant de la compétence de la commission inscrites à l'ordre du jour de la réunion. Il statue sur les affaires qui lui sont soumises **à l'unanimité des membres présents** ou, à défaut, à la majorité des voix. En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.

Chapitre II

Le recours précontentieux et contentieux

Le **recours administratif** est adressé par le soumissionnaire, l'attributaire ou le titulaire du marché aux **autorités administratives** concernées. Le **recours contentieux** est introduit devant une **juridiction** compétente. Le recours administratif, gracieux ou hiérarchique est motivé par des considérations d'opportunité. L'administration n'est pas tenue de statuer sur la demande présentée. Il lui appartient ou non de statuer et de se prononcer sur les arguments avancés par le demandeur. Un recours contentieux doit être motivé par des arguments de droit. Il est destiné au respect du droit ; le juge n'est pas tenu de prendre en compte les considérations d'opportunité, mais seulement la légalité de la décision administrative.

Section 1

Le recours récontentieux

Nous avons déjà mentionné que les marchés publics génèrent de nombreux litiges qui peuvent apparaître lors de la passation, en cours d'exécution du marché ou après le terme de ce dernier, notamment après la réception pour les marchés de travaux.

La réglementation permet que ces derniers ne soit pas différés d'emblée devant le juge administratif. Elle prévoit à cet effet des outils de règlement amiable des litiges dans le domaine des marchés publics. Toutefois, dans ce domaine, de nombreux outils sont spécifiques à la matière. Dans ce cas, la saisine de l'autorité de recours est un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux. À défaut, le recours contentieux tendant à l'annulation de la décision administrative se verrait opposer une exception d'irrecevabilité. L'irrecevabilité tenant à l'absence d'exercice du recours administratif préalable est d'ordre public, c'est-à-dire que le juge est tenu de la soulever d'office.

Le respect de cette procédure est opposable à toute personne justifiant d'un intérêt lui donnant qualité pour introduire ce recours contentieux ; elle s'impose donc non seulement au bénéficiaire de la décision, mais aussi, le cas échéant, aux tiers. Les outils mis à la disposition du maître d'ouvrage pour régler sans l'intervention du juge des différends ou des litiges éventuels sont nombreux. Le règlement peut être effectué dès l'instant où le litige naît ou en fonction de l'outil utilisé. Chaque procédure contentieuse est conditionnée par l'instant du litige. Dans le cadre des marchés publics, **trois grandes phases** doivent être distinguées. Chacune d'entre elles peut faire l'objet de litige entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services ; ces litiges peuvent éventuellement être réglés de manière amiable. En premier lieu, le litige ou le différend peut naître **avant la notification du marché** à l'attributaire du marché, c'est-à-dire en matière de mise en concurrence. La procédure applicable à ce stade est le **référé précontractuel**, avec pour finalité procédurale d'annuler la procédure de passation. Un ou plusieurs soumissionnaires qui s'estiment lésés en considérant qu'ils ont été évincés à tort peuvent introduire un recours en annulation.

En deuxième lieu, le litige peut naître « **durant l'exécution** du marché », enfin le conflit peut naître à la **clôture de la procédure** du marché. Certes, dans la plupart des cas, ces litiges se règlent devant les tribunaux ; toutefois, dans certains cas précis, le litige peut être réglé par un outil du « précontentieux ». Ce sont aussi toutes les situations qui précèdent les recours de plein contentieux : recours gracieux et recours hiérarchique. Le recours préalable gracieux doit être formé devant l'autorité compétente et le recours hiérarchique devant le ministre.

Le terme de « précontentieux » est un terme issu de la pratique pour désigner un règlement non juridictionnel des différends qui surgissent entre les parties du contrat. Il regroupe l'ensemble des outils, des règles et des démarches d'ordre administratif qui permettent un règlement administratif des litiges sans l'intervention du juge.

Le recours précontentieux est une phase préliminaire de règlement d'un différend à l'amiable avant d'entamer une action en justice en poursuivant des démarches internes afin d'éviter un contentieux devant le juge. Le respect de cette procédure s'impose alors, sous peine d'irrecevabilité du recours contentieux, aux personnes qui sont expressément énumérées par les dispositions qui en organisent l'exercice. L'objet du recours administratif est de régler à l'amiable un différend qui oppose le titulaire du marché à l'administration. Ceci étant, l'existence des recours administratifs ne fait pas obstacle à l'exercice du recours juridictionnel. L'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de service peut s'adresser à cet effet à l'administration elle-même. Cette demande est adressée soit au supérieur hiérarchique à l'égard des actes de son subordonné, soit à l'auteur même de l'acte. Dans le premier cas, on parle d'un recours hiérarchique ; dans le second cas, il s'agit d'un recours gracieux.

Le recours administratif peut être fondé sur tout moyen utile. Il peut être étayé par de simples considérations d'opportunité. C'est ce qui ressort de la formulation de l'article 81-1 du C.C.A.G.-T., qui dispose : « Lorsqu'un différend, de quelque nature que ce soit, survient lors de l'exécution du marché, l'entrepreneur doit établir une réclamation décrivant le différend, les incidences sur l'exécution du marché et le cas échéant les conséquences sur le délai d'exécution et sur les prix à laquelle il joint un mémoire de ses revendications. La réclamation est adressée au maître d'ouvrage par lettre recommandée avec accusé de réception. » Il appartient à l'administration d'apprécier dans quelle mesure elle doit ou non tenir compte des raisons invoquées par le requérant.

Il peut aussi s'agir d'un recours fondé sur des moyens juridiques établissant que le maître d'ouvrage n'avait pas le droit d'agir comme il l'a fait. L'article 81-3 du C.C.A.G. indique que « Si le maître d'ouvrage ne répond pas dans le délai prévu au paragraphe 1 du présent article ou si l'entrepreneur n'est pas satisfait de la réponse qui lui faite, celui-ci dispose d'un délai de trente (30) jours, pour faire parvenir à l'autorité compétente, par lettre recommandée avec accusé de réception, une réclamation et un mémoire indiquant les motifs et le cas échéant, le montant de sa réclamation. »

Les dispositions de ces deux articles impliquent un recours non juridictionnel en deux étapes : le recours devant l'autorité compétente et le recours devant le ministre en cas de contestation avec cette autorité. La décision prise par cette autorité administrative sur un recours gracieux ou hiérarchique est une décision exécutoire de caractère non juridictionnel.

Conformément aux dispositions de l'article 4 du décret du 20/03/2013, par autorité compétente il faut entendre l'ordonnateur ou la personne déléguée par lui pour approuver le marché ou toute autre personne habilitée à cet effet par un texte législatif ou réglementaire. À ces deux personnes il faut ajouter le maître d'ouvrage habilité à recevoir ce recours dans les cas prévus par les articles 42-3, 43§3 et 45 du C.C.A.G.-T.

§1- La procédure

Pour que le recours soit recevable, il doit remplir certaines conditions de fond et de forme. Tout d'abord il doit être un véritable recours administratif : sa **finalité est l'annulation ou la réformation de l'acte entrepris**. Ensuite il doit impérativement avoir été **formé dans les délais prévus** par la réglementation afin d'éviter la forclusion. Enfin il doit être **adressé à l'autorité administrative compétente**, c'est-à-dire à l'auteur de l'acte pour un recours gracieux et à son supérieur hiérarchique pour un recours hiérarchique.

Cependant une question s'impose : une autorité administrative saisie d'un tel recours et incompétente a-t-elle l'obligation ou non de le transmettre à l'autorité compétente ? Rien dans les textes ne l'oblige à transmettre l'acte soumis par erreur à son appréciation.

§2- Les conséquences

En principe, l'existence de recours administratifs ne fait pas obstacle à l'exercice du recours juridictionnel. Seulement le recours administratif constitue un préalable obligatoire à l'exercice du recours juridictionnel, lorsqu'une telle procédure a été instituée :

- soit par un texte législatif ou réglementaire ;
- soit par une clause contractuelle.

À cet effet, le non respect de ce préalable est opposable au requérant, tant devant le juge du fond que devant le juge des référés :

- lorsqu'un texte prévoit l'obligation d'un tel recours, celui-ci a le même effet suspensif que le recours juridictionnel. Si le recours juridictionnel a un effet suspensif, le recours pré-contentieux administratif préalable à la saisine de la juridiction produit le même effet ;
- l'autorité hiérarchique saisie apprécie la demande en se situant à la date à laquelle elle statue, et peut donc prendre en compte des circonstances postérieures à la décision initiale ;
- la décision prise sur ce recours préalable se substitue dans tous les cas, quels qu'en soient le sens ou la forme (explicite ou implicite), à la décision initiale contestée. Le recours contentieux doit donc être formé contre cette décision et non contre la décision initiale ;
- lorsque le recours préalable obligatoire est un recours hiérarchique, un recours gracieux ne conserve pas les délais de recours contentieux.

Les recours en annulation pour excès de pouvoir contre les décisions des autorités administratives doivent être introduits dans un délai de soixante (60) jours à compter de la publica-

tion ou de la notification de la décision attaquée. Toutefois, les intéressés ont la faculté de saisir, avant l'expiration du délai du recours contentieux, l'auteur de la décision d'un recours gracieux ou de porter devant l'autorité administrative supérieure un recours hiérarchique. Dans ce cas, le recours à la Cour suprême peut être valablement présenté dans un délai de soixante (60) jours à compter de la notification de la décision expresse de rejet, total ou partiel, du recours administratif préalable. Le silence gardé plus de soixante (60) jours par l'autorité administrative sur le recours gracieux ou hiérarchique vaut rejet. Si l'autorité administrative est un corps délibérant, le délai de soixante (60) jours est prolongé, le cas échéant, jusqu'à la fin de la première session légale qui suivra le dépôt de la demande.

Lorsque la réglementation en vigueur prévoit une procédure particulière de recours administratif, le recours en annulation n'est recevable qu'à l'expiration de ladite procédure et dans les mêmes conditions de délais que ci-dessus. Le silence conservé par l'administration pendant un délai de soixante (60) jours, à la suite d'une demande dont elle est saisie, équivaut à un rejet. L'intéressé doit alors introduire un recours devant la Cour suprême dans un délai de soixante (60) jours à compter de l'expiration du premier délai spécifié.

Le recours en annulation n'est pas recevable contre les décisions administratives lorsque les intéressés disposent pour faire valoir leurs droits du recours ordinaire de pleine juridiction. Le décret du 08/03/2023 et le C.C.A.G.-T. du 13/05/2016 fixant les règles générales relatives aux marchés publics, présentent laconiquement les recours administratifs.

Section 2

Le recours gracieux et le recours hiérarchique

Les recours administratifs sont soit *gracieux*, soit *hiérarchiques*. En principe les deux recours sont indépendants et liés en même temps : indépendants dans la mesure où, lorsque le recours doit être adressé au ministre, il n'implique pas un recours gracieux. Ils sont liés car pour saisir l'autorité hiérarchique il faut tenter d'abord un recours gracieux.

Le recours gracieux n'est pas un mode de contrôle juridictionnel au sens strict du terme, car il ne s'exerce pas devant le juge. Il s'agit d'éviter un procès. Le concurrent ou le titulaire du marché mécontent d'une décision prise à son encontre par l'administration lui adresse une réclamation afin qu'elle reconsidère sa position.

Ce recours peut prendre deux formes : le **recours gracieux**, par lequel le concurrent ou le titulaire s'adresse à l'auteur même de la décision, ou le **recours hiérarchique**, par lequel il se tourne vers le supérieur hiérarchique de l'auteur de l'acte. Le recours administratif proroge le délai de recours contentieux (devant le juge), qui ne court pas tant que l'administration n'a pas, expressément ou implicitement, rejeté le recours administratif. Mais cette prorogation du délai ne vaut que pour un seul recours administratif.

Le C.C.A.G.-T. ou l'E.M.O. distinguent les différends qui surviennent entre le titulaire du marché et le maître d'œuvre « dans le cours de l'exécution du marché » de ceux qui opposent l'entrepreneur et la personne responsable du marché « en cas de contestation avec l'autorité

compétente ». Les articles 81-3 §1 et 2 du C.C.A.G.-Travaux et 53 et 54 du C.C.A.G.-E.M.O. évoquent respectivement l'intervention de maître d'ouvrage dans un premier temps, et l'intervention de l'autorité compétente après la réponse du maître d'ouvrage par la suite. Il faudrait donc deux niveaux d'intervention, un recours gracieux devant le maître d'ouvrage et un recours hiérarchique devant l'autorité cométente.

§1- Le recours gracieux

Le recours gracieux est l'action qui va servir à déclencher une réaction du maître d'ouvrage. Le cadre plus classique où l'on note l'utilisation d'un tel recours est celui des réclamations encadrées par les C.C.A.G., où il constitue un préalable impérieux dont le manque peut engendrer l'irrecevabilité de l'action contentieuse. Il peut être aussi un préalable pour la procédure d'arbitrage.

C'est le recours qui est porté **devant l'autorité même qui a pris la décision** dont on veut obtenir la réformation ou l'annulation. Ce recours est organisé par le décret du 08/03/2023 et du C.C.A.G. du 13/05/2016, que ce soit au niveau de la préparation du marché ou de son exécution. À cet égard, au niveau de **la préparation**, l'article 22-6§2 du C.M.P. dispose que lorsque, pour une raison quelconque, le dossier d'appel d'offres n'est pas remis au concurrent ou à son représentant qui s'est présenté au lieu indiqué dans l'avis d'appel d'offres, le maître d'ouvrage lui délivre, le même jour, une attestation exposant le motif de la non remise du dossier et indiquant le jour prévu pour son retrait, permettant au concurrent la préparation de son dossier. Une copie de ladite attestation est conservée dans le dossier du marché.

En cas de non remise du dossier au jour fixé dans l'attestation qui lui a été délivrée, le concurrent peut saisir, par lettre recommandée avec accusé de réception, l'autorité dont relève le maître d'ouvrage concerné, pour lui exposer les circonstances de présentation de sa demande pour l'obtention d'un dossier et la réponse qui lui a été faite. Aussi, l'article 142 §5 prévoit une période appelée standstill pour permettre aux concurrents évincés de procéder à des recours, notamment au recours gracieux : «L'approbation des marchés ne doit être apposée par l'autorité compétente qu'après l'expiration d'un **délai d'attente d'une durée de quinze jours** à compter du jour suivant la date d'achèvement des travaux de la commission d'ouverture des plis ou la date de signature du marché par l'attributaire lorsque ce marché est un marché négocié. » Le délai de suspension permet à un candidat évincé de contester en temps utile la méconnaissance par un pouvoir adjudicateur, de ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence. Il permet aux candidats évincés d'engager un référé précontractuel prévu, par la loi n° 41-90 instituant des tribunaux administratifs du 10 septembre 1993, pour les contrats de droit public.

Le respect du délai de suspension dit «délai de stand still» n'est pas exigé:

- ✓ En cas d'attribution du marché suite à une offer unique;
- ✓ Dans le cas des bons de commande.

Au niveau de l'exécution, ce recours est organisé par l'article 53 du C.C.A.G.-E.M.O., qui dispose que :

Si, dans le *cours de l'exécution* du marché, des difficultés s'élèvent avec le titulaire, celui-ci adresse à l'autorité compétente un mémoire de réclamations présentant ses griefs. L'autorité compétente fait connaître sa réponse dans un délai maximum de deux (2) mois. Par ailleurs, l'article 81-1 du C.C.A.G.-T. du 13/05/2016 indique que : « Lorsqu'un différend, de quelque nature que ce soit, survient lors de *l'exécution du marché*, l'entrepreneur doit établir une réclamation décrivant le différend, les incidences sur l'exécution du marché et le cas échéant les conséquences sur le délai d'exécution et sur les prix à laquelle il joint un mémoire de ses revendications. La réclamation est adressée au maître d'ouvrage par lettre recommandée avec accusé de réception. » Donc le recours gracieux, selon les deux C.C.A.G., peut être introduite lors de *l'exécution du marché*.

Le recours administratif gracieux peut être fondé sur tout moyen utile. Il peut être étayé par de simples considérations d'opportunité. C'est ce qui ressort de la formulation de l'article 81-1 du C.C.A.G., qui dispose : « Lorsqu'un différend, de quelque nature que ce soit, survient lors de l'exécution du marché (...) », ou les dispositions de l'article 53 E.M.O. : « Lorsqu'un différend, de quelque nature que ce soit (...) ». Il appartient à l'administration d'apprécier dans quelle mesure elle doit ou non tenir compte des raisons invoquées par le requérant.

Les délais

L'alinéa premier de l'article 81 du C.C.A.G.-T. prévoit un délai de trente (30) jours et l'article 53 du C.C.A.G.-E.M.O. prévoit deux mois pour que le maître d'ouvrage notifie à l'entrepreneur sa proposition pour le règlement du litige. Si aucune réponse n'est formulée, l'entrepreneur peut considérer ce silence comme un rejet de sa demande. Les réclamations relatives à la procédure de passation des marchés ou au dossier d'appel d'offres, ou bien pour des motifs qui relèvent de l'éviction d'un concurrent, sont assujetties à des règles de fond et de forme.

Conformément à l'article 163 du C.M.P : Tout concurrent peut, par tout moyen pouvant donner date certaine, introduire une requête auprès du maître d'ouvrage concerné, lorsqu'il :

- A. constate un vice de procédure dans la passation du marché ;
- B. relève que le dossier d'appel à la concurrence contient des clauses discriminatoires ou des conditions disproportionnées par rapport à l'objet du marché ;
- C. constate que l'un des membres de la commission d'appel d'offres ou du jury de concours est en situation de conflit d'intérêts tel que défini à l'article 162 du présent décret ;
- D. conteste les motifs d'écartement de son offre qui ont été portés à sa connaissance par le maître d'ouvrage.

Dans les cas prévus aux a), b) et c) ci-dessus, la réclamation du concurrent doit être introduite à compter de la date de publication de l'avis d'appel à la concurrence et, au plus tard, le cinquième jour après la publication du résultat de cet appel à la concurrence au portail des marchés publics. Dans le cas prévu au d) ci-dessus, la réclamation du concurrent doit être introduite dans les cinq jours suivant la date de réception de la lettre l'informant des motifs d'écartement de son offre.

§2- Le recours hiérarchique

Il s'agit d'un recours par lequel le demandeur saisit le supérieur hiérarchique de l'autorité qui a formulé la décision. Ce recours peut être déclenché sans qu'un recours gracieux soit formulé pour autant. La procédure prévue pour le recours hiérarchique diffère selon que le marché est un marché de travaux ou de service.

Les délais

En effet, en vertu de l'article 81-3 du C.C.A.G.-T., « Si le maître d'ouvrage ne répond pas dans le délai prévu au paragraphe 1 du présent article ou si l'entrepreneur n'est pas satisfait de la réponse qui lui faite, celui-ci dispose d'un délai de trente (30) jours pour faire parvenir à l'autorité compétente, par lettre recommandée avec accusé de réception, une réclamation et un mémoire indiquant les motifs et le cas échéant, le montant de sa réclamation. »

L'entrepreneur qui n'accepte pas les propositions qui lui ont été faites bénéficie d'un délai de trente (30) jours à partir de la notification du maître d'ouvrage pour adresser à l'autorité compétente un mémoire qui doit indiquer « **les motifs et le montant** » de sa réclamation.

L'article 54 du C.C.A.G. – E.M.O. indique qu'en cas de contestation avec l'autorité compétente, l'entrepreneur peut, dans un délai de **soixante (60) jours** à partir de la notification de la réponse de l'autorité compétente, faire parvenir à celle-ci, par lettre recommandée avec accusé de réception, pour être transmis avec son avis au ministre, un mémoire où il indique les motifs et le montant de ses réclamations. L'absence de notification d'une réponse dans un délai de quarante-cinq (45) jours à partir de la réception du mémoire de l'entrepreneur par l'autorité compétente est considérée comme un rejet.

Dans un tel cas de silence de l'autorité compétente, le règlement du différend relève alors des procédures prévues par les articles 82 et 83 du CCAG-T. C'est à partir de l'expiration du délai de quarante-cinq (45) jours que le requérant peut saisir l'autorité juridictionnelle. Il ne doit évoquer devant la juridiction que les **griefs énoncés** dans le mémoire transmis à l'autorité compétente. En effet, conformément à l'article 54-5 C.C.A.G.-E.M.O., « Si l'entrepreneur ne donne pas son accord à la décision prise par le ministre dans les conditions prévues au paragraphe 3 ci-dessus, les modalités fixées par cette décision sont appliquées à titre de règlement provisoire du différend : le règlement définitif relève alors de la juridiction compétente. »

L'article 81-3§3 du C.C.A.G.–T. dispose que « Si la réponse de l'autorité compétente satisfait l'entrepreneur, le différend est réglé. Dans le cas contraire ou en cas de silence de l'autorité compétente, le règlement du différend relève alors des procédures prévues par les articles 82 et 83 du CCAG-T. »

Pour les marchés de service, le C.C.A.G.-E.M.O. implique que, si la réponse de l'autorité compétente ne satisfait pas le titulaire du marché, « celui-ci peut, dans un délai maximum de soixante (60) jours comptés à partir de la notification de la réponse de l'autorité compétente, faire parvenir à celle-ci par lettre recommandée avec accusé de réception pour être transmis avec son avis au ministre, un mémoire où il indique les motifs et le montant de ses

réclamations. La réponse du ministre doit intervenir dans un délai de soixante (60) jours à partir de la remise de mémoire à l'autorité compétente. »

Réflexion faite, lorsque le recours hiérarchique est exercé, il a une certaine influence sur le délai du recours pour excès de pouvoir. En effet, quand l'attributaire du marché intente ce recours hiérarchique et si le supérieur hiérarchique donne une réponse, on est face à un acte nouveau (la décision du supérieur hiérarchique) qui pourra faire l'objet d'un recours pour excès du pouvoir dans les délais impartis. Cependant l'article 82 du C.C.A.G.-T., indique que dans un délai de trente (30) jours à compter soit de la date de réponse de l'autorité compétente, soit de la date d'expiration du délai de quarante-cinq (45) jours prévu à l'article 81, le maître d'ouvrage et l'entrepreneur peuvent, d'un commun accord, recourir soit à la médiation, soit à l'arbitrage. Le cas échéant, l'affaire peut être déférée devant le juge administratif.

En effet, conformément à l'article 81-3§3 ou à l'article 54-3 du C.C.A.G.-T., le règlement définitif relève alors de la juridiction compétente. Après l'expiration du délai de quarante-cinq (45) jours accordé à l'autorité compétente, l'entrepreneur dispose de soixante (60) jours pour porter l'affaire devant la juridiction compétente. Passé ce délai, l'entrepreneur est réputé avoir accepté la décision de l'autorité compétente et toute réclamation se trouve éteinte. » C'est la même disposition prise par le C.C.A.G.-E.M.O. dans son article 54-4.

Dans ce cas, le contenu de cette décision est applicable à titre provisoire, le règlement définitif étant du ressort du tribunal. Au-delà de ces délais, et en l'absence d'un recours devant la juridiction compétente, l'entrepreneur est considéré comme ayant accepté la décision. Cependant, force est de constater qu'avec ce système on arrive à une solution qui risque de porter atteinte à la notion de sécurité juridique de l'acte administratif initial, au motif que le recours gracieux et hiérarchique peut être intenté très longtemps après la parution de l'acte que ce recours conteste.

Dans l'éventualité où la réponse de l'autorité compétente ne satisfait pas le titulaire du marché, celui-ci doit adresser à cette autorité, dans un délai de soixante (60) jours à partir de la notification de cette décision, un mémoire sous pli recommandé avec accusé de réception. Il doit préciser dans son mémoire les motifs et le montant de sa réclamation. L'autorité compétente transmet le mémoire au ministre, qui dispose de soixante (60) jours pour trancher. Le délai commence à courir à partir de la remise du mémoire à l'autorité compétente.

À partir de l'expiration du délai de soixante (60) jours et en l'absence d'une réponse de l'autorité compétente, le titulaire du marché peut saisir la juridiction compétente. Il ne doit évoquer devant cette juridiction que les griefs énoncés dans le mémoire transmis à l'autorité compétente. Si l'autorité compétente notifie sa décision, l'entrepreneur dispose d'un délai de soixante (60) jours pour porter l'affaire devant la justice s'il considère que la décision prise par l'autorité compétente n'est pas satisfaisante. Dans ce cas, le contenu de cette décision est applicable à titre provisoire, le règlement définitif étant laissé au tribunal. Au-delà du délai de soixante (60) jours et en l'absence d'un recours devant la juridiction compétente, l'entrepreneur est considéré comme ayant accepté la décision.

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

Proverbe chinois

Chapitre III

Le recours contentieux

Les règles de la responsabilité qui découlent des stipulations contractuelles des marchés publics impliquent l'obligation qui incombe à toute personne de réparer un préjudice subi par l'autre partie du contrat.

Le titulaire d'une action relative aux marchés publics, devant une juridiction administrative, tient son droit des clauses contractuelles et de la loi elle-même. L'épuisement des recours internes prévus par le décret ouvre la voie à ce que les litiges relatifs à la passation des marchés publics soient soumis aux tribunaux compétents. Ceci étant, il convient de s'adresser à la juridiction compétente, faute de quoi la forclusion est opérante, dans la mesure où la Cour suprême a jugé que « Le fait d'avoir saisi une juridiction incompétente ne permettait pas de prolonger le délai du recours pour excès de pouvoir. » Un candidat n'a le choix entre une branche de contentieux ou une autre que si l'objet à laquelle sa requête se rattache ne relève pas nécessairement, par sa nature même, d'une branche contentieuse déterminée. « Le recours en annulation n'est pas recevable contre les décisions administratives lorsque les intéressés disposent pour faire valoir leurs droits du recours ordinaire de pleine juridiction. » La procédure est dite *inquisitoire* lorsqu'elle est dirigée par le juge, par opposition aux procédures dites *accusatoires*, laissées à la discrétion des parties. La question est de savoir si les pouvoirs inquisitoriaux reconnus au juge administratif ne lui laissent pas toute latitude pour orienter l'évolution de la procédure.

Section 1

Contentieux des référés précontractuels

Le référé précontractuel est une procédure rapide qui peut être diligentée lorsqu'il y a traditionnellement « urgence » ou « absence de contestation sérieuse » permettant d'obtenir l'annulation partielle ou totale du marché qui a abouti au rejet d'une offre.

Prévu par *l'article 149 du Code de Procédure civile*, il est en principe un recours contentieux introduit devant une juridiction administrative, et ce selon les termes de l'article 19 du C.P.C. : « Le président du tribunal administratif ou la personne déléguée par lui est compétent, en tant que *juge des référés* et des ordonnances sur requête, pour connaître des demandes provisoires et conservatoires. » C'est une procédure d'urgence, qui concerne le non respect des principes de mise en concurrence et d'égalité de traitement des soumissionnaires. Le référé peut donc être utilisé pour demander des mesures *provisoires et conservatoires ou de remise en état, destinées à prévenir un dommage imminent*. Cependant, si le juge décide qu'il n'y a pas urgence, il se déclare incompétent. Cette appréciation est *susceptible d'être soumise au contrôle de la Cour d'Appel*. Cependant, compte tenu du risque de voir que la demande formulée devant le juge des référés n'aboutit pas, ce qui ferait perdre un temps précieux, le requérant doit faire une analyse approfondie de l'urgence avant de saisir le juge des référés.

La loi prévoit donc deux catégories d'ordonnances de référé : les unes, dites de sauvegarde, tendent à « **geler** » la situation, tandis que les autres, dites de réglementation, se traduisent par des **mesures provisoires** qui empêchent la survenance de dommages liés au caractère tardif de la décision principale du juge. Fixant un délai d'au moins vingt (20) jours pour que le maître d'ouvrage puisse statuer sur la requête d'un concurrent évincé, l'article 163-b du C.M.P. facilite le recours au référé précontractuel. Ensuite, l'article 142 du C.M.P. impose un délai d'attente de quinze (15) jours pendant lequel le contrat ne peut pas être approuvé. « **L'approbation des marchés ne doit être apposée** par l'autorité compétente **qu'après expiration d'un délai de quinze (15) jours** à compter de la date d'achèvement des travaux de la commission ou du jury ou de la date de signature du marché par l'attributaire lorsqu'il est négocié après publicité et mise en concurrence. » Cette disposition doit permettre aux concurrents évincés de disposer de suffisamment de temps pour exercer les recours administratifs prévus par l'article 163 du C.M.P. susvisé et d'entamer les démarches pour un recours précontractuel.

§1- Le champ d'application

Ce recours est ouvert aux personnes ayant un intérêt à conclure et qui sont susceptibles d'être lésées, autrement dit il est ouvert aux seuls concurrents évincés, et non à toute personne qui s'estimerait lésée par le contrat mais qui ne fait pas partie du marché. Ces tiers ne peuvent pas exercer de recours direct contre ce contrat. La preuve de l'atteinte aux intérêts du concurrent évincé repose sur le raisonnement du juge et sur la production de pièces et de preuves.

L'objectif de cette limitation est double : ne pas risquer de remettre en cause la stabilité des relations contractuelles et assurer ainsi la sécurité juridique manifestée par la réglementation qui gouverne les marchés publics. Donc, cette opportunité de recours n'est ouverte qu'aux concurrents évincés de la conclusion d'un contrat administratif. Par le biais d'un recours leur permettant de contester directement devant le juge compétent la validité de ce contrat, les concurrents évincés peuvent ainsi demander à ce juge de contraindre l'administration à respecter les règles de publicité ou de mise en concurrence, et donc de suspendre la procédure de passation du marché.

Toutefois, si les mesures provisoires prises par le juge de référé ont pour objet de sauvegarder les intérêts des concurrents face à l'administration, les ordonnances de référés ne statuent qu'au provisoire et sans préjudice de ce qui sera décidé au fond, car ces ordonnances ne lient pas le juge du fond et n'ont pas autorité sur la chose jugée. Ainsi, le fait de ne pas communiquer les motifs du rejet d'une candidature constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible de motiver une mesure de référé précontractuel. Le recours doit être introduit avant la conclusion du contrat, et seuls peuvent être invoqués les manquements aux règles de publicité.

Lorsque le soumissionnaire d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière, il appartient au juge de vérifier si le requérant qui le saisit a été lésé ou susceptible de l'être, ou s'il était ou non dépourvu de toute chance de remporter ce marché. En vertu de l'article 47§5 du C.M.P., « Aucun concurrent ne peut prétendre à indemnité si son offre n'a pas été acceptée », s'il s'avère que l'éviction est justifiée. Dans le cas contraire, il a le droit d'être indemnisé. Le montant de cette indemnité correspond aux frais engagés pour participer à la consultation. En revanche, aucun montant en guise d'indemnisation pour le manque à gagner ou le préjudice commercial ne peut être alloué.

Cela signifie, d'une part, qu'il ne revient pas au requérant lui-même d'établir la certitude du lien existant entre le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence et l'existence du préjudice, et d'autre part de confiner l'action du juge du référé à la seule présomption de lésion.

§2- Les critères du recours

La notion d'**urgence** constitue la pierre angulaire pour qu'il y ait un examen de l'affaire par le juge. Il s'agit, en fait, à ce niveau de recours pour excès de pouvoir, d'un recours contre un acte préalable détachable du contrat qui permet au candidat évincé de contester la légalité de cet acte détachable du contrat puis, une fois cet acte annulé, de faire saisir le juge administratif pour que le contrat lui-même soit reconnu illégal et annulé.

Cependant la jurisprudence n'a pas voulu accorder aux dispositions de l'article 19 du C.P.C. susmentionné la dimension souhaitée, ni donner à ce recours une efficacité maximale et son effet platonique qui permettrait aux candidats à un marché public de saisir le président du tribunal administratif d'un manquement aux obligations de publicité et de concurrence qui s'imposent par la force de la loi aux personnes publiques ; les concurrents évincés pourraient donc choisir entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif.

Ainsi le juge administratif a-t-il pu juger dans l'affaire de la société Chicopat vs le ministre de l'Enseignement supérieur (affaire n° 437 du 21/03/2004) relative à l'affichage des résultats prévu par l'article 42 du C.M.P. du 31/12/1998, indiquant que « Si l'administration était tenue de respecter un délai de quinze (15) jours francs à partir du moment où elle reçoit la demande pour motiver les raisons de l'élimination d'un candidat, c'est pour laisser le délai du recours ouvert afin d'exprimer les motifs de l'éviction du candidat. » Or ces arguments relèvent des dispositions de l'article 44 qui portent sur la justification des éliminations, et non de l'article 42 qui concernent les résultats définitifs, notamment l'affichage de ces résultats. Il semble que le juge se soit égaré dans sa tentative d'arguer.

Dans cette affaire, le juge n'a pas à se prononcer sur l'aspect d'éviction du candidat (article 44 du C.M.P. de 1998), mais devrait seulement trancher sur cette question : la méconnaissance des règles d'information des candidats par l'affichage dans les locaux du maître d'ouvrage (article 42 du C.M.P. de 1998) ont-ils ou non pour conséquence la nullité du marché ?

§3- L'acte détachable

Par actes détachables, il faut entendre les actes qui ont par rapport à l'acte principal une autonomie suffisante. Il s'agit par exemple d'un acte pris **en amont** du contrat en vue de sa conclusion ou **en aval**, c'est-à-dire dans le cadre des prérogatives dévolues à l'administration, en vue de son exécution, tel que la modification unilatérale ou la résiliation du contrat. C'est **un acte unilatéral**, ayant le caractère d'une décision faisant grief, pris en vue de la conclusion ou de l'exécution du marché, détachable de son contenu. Il est alors susceptible de recours pour excès de pouvoir.

Il s'agit, par exemple, d'une décision de rejet d'une candidature ou d'une offre, sélection ou choix de l'entreprise attributaire, ou d'une délibération d'un conseil municipal autorisant son président à signer le marché avec une entreprise déterminée. Cette délibération, qui est un

acte détachable du contrat proprement dit, fait grief aux autres soumissionnaires évincés et peut donc être attaquée par voie du recours pour excès de pouvoir.

Il n'en reste pas moins que l'annulation d'un acte détachable ne peut aboutir automatiquement à l'annulation d'un contrat : « **Il appartient à l'administration, selon les circonstances propres à chaque affaire et sous le contrôle du juge, de déterminer les conséquences à tirer de l'annulation.** »

Le juge administratif au Maroc considère les actes pris avant la conclusion du contrat comme des actes détachables ; et par voie de conséquence, ces actes peuvent faire l'objet d'un recours pour annulation. Cette jurisprudence s'appuie sur le fait que ces actes résultent d'une volonté unilatérale de l'administration dans le cadre de l'exercice de ses compétences générales et non d'une volonté consensuelle entre les deux parties du contrat. La Chambre administrative de la Cour suprême a accepté dans son arrêt n°864 du 11/03/1999 (affaire Belkadi Mohamed vs Président de la commune de Sidi Harazem) un recours contre un arrêté visant à reporter une adjudication pour la location des locaux d'estivage de cette commune.

Par ailleurs, le tribunal administratif de Rabat a annulé, par le jugement n°1059 du 25/10/2004 - dossier n°701/03, un arrêté administratif qui a écarté un concurrent de participer à une soumission. Cependant, une telle autorisation est accordée seulement à tout tiers à un contrat administratif **susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine** par les conditions de passation ou les clauses dudit contrat ; dans un tel cas, ce tiers est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles.

Section 2

Contentieux des référés contractuels

Le référé contractuel peut être engagé par toute personne ayant un intérêt à agir, à condition de porter le litige devant le juge avant la signature du marché.

§1- Action et recours pour contentieux

Les articles 83 du C.C.A.G.-T. et 55 C.C.A.G.-E.M.O. prévoient en termes presque identiques que « Tout litige entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur est soumis aux tribunaux compétents. » L'article 8 de la loi 41/90 susvisée précise les actions susceptibles d'être déférées pour excès de pouvoir : « Les tribunaux administratifs sont compétents sous réserve des dispositions des articles 9 et 11 de la présente loi, pour juger, en premier ressort, les **recours en annulation pour excès de pouvoir** formés contre les décisions des autorités administratives, ou les litiges relatifs aux **contrats administratifs**. »

ela signifie, d'une part, que tout acte administratif, quelle que soit l'autorité dont il émane, est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, et d'autre part, que les conclusions à fin d'annulation dirigées contre des stipulations contractuelles pour excès de pouvoir sont recevable par un tribunal administratif. En matière de marchés publics, seuls les actes administratifs préalables qui peuvent être détachés des procédures de passation de marchés

publics sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, portant essentiellement sur deux types de recours contentieux :

- recours pour excès de pouvoir signifie que l'existence d'un droit permet à l'attributaire du marché l'exercice d'une **action** en justice, qui a pour objet de faire reconnaître ce droit. À cet effet, le requérant demande au juge de reconnaître l'illégalité de la décision administrative et d'en prononcer **l'annulation** ;
- le plein contentieux a pour fonction de faire **constater** par le juge un **droit contesté**. Dans ce cas, le requérant demande au juge d'utiliser l'ensemble de ses pouvoirs juridictionnels et de prononcer des condamnations **pécuniaires**. Cela revient à dire que tout contentieux spécifiquement pécuniaire est par nature de pleine juridiction.

§2- Le recours pour excès de pouvoir

En recours pour excès de pouvoir, les moyens invoqués contre l'acte détachable du contrat sont limités à l'illégalité de l'acte ou à l'existence d'un vice de forme ou de procédure. Cela implique que, dans le cas d'un acte postérieur à la conclusion du contrat, les moyens ne pourront pas porter sur la méconnaissance par l'une ou l'autre des parties des stipulations contractuelles, mais bien sur des décisions unilatérales de l'administration. Le recours pour excès de pouvoir est ouvert, même sans texte. Le but est l'annulation d'un acte administratif ou d'un acte matériellement détachable. Il ne peut avoir d'autre objet que de faire prononcer par le juge l'annulation de l'acte avec effet rétroactif et de le faire disparaître comme s'il n'avait jamais existé. C'est un procès « fait à un acte », selon l'expression de Laferrière.

Cela peut être le cas de l'exclusion d'un candidat d'un appel d'offres sans que cette exclusion soit fondée sur des critères objectifs. C'est ce que le tribunal administratif d'Agadir a affirmé dans son jugement n°27/99 du 06/05/1999, suite au recours introduit par la société Tirs Layoune le 20/12/1996 : la société contestait son élimination de participer à l'appel d'offres au motif que l'administration est souveraine de choisir son prestataire et par ailleurs que la société ne remplissait pas les conditions exigées par le C.M.P. du 14/10/1976, notamment l'article 33. Le tribunal a rendu son jugement sur cette affaire le 22/10/1996 en annulant la décision de la commission d'appel d'offres réunie le 22/10/1996. Les actes détachables ont été regroupés par le commissaire du gouvernement Kahn dans ses conclusions sur l'arrêt de section du 05/12/1968, Secrétaire d'État à l'Agriculture vs Union des Pêcheurs à la ligne, dans quatre catégories : autorisation, adjudication, passation et approbation :

- décision antérieures : il s'agit des actes qui font partie de l'opération de préparation du contrat : exclusion ;
- décision d'accompagnement de la conclusion du contrat : refus d'approbation d'un contrat par l'autorité de tutelle ;
- décision prise au moment de l'exécution du contrat ;
- décision prise par l'administration en tant que pouvoir public et non en tant que contractant.

§3- Le recours de plein contentieux

Le juge administratif est le juge du contrat de droit public et de son exécution. Il peut condamner l'un des cocontractants à payer à l'autre une somme d'argent, soit dans le cadre du règlement financier du contrat, soit au titre de la responsabilité contractuelle. Ce recours donne lieu à un procès au cours duquel les prétentions des parties s'opposent et à l'occasion duquel le juge administratif dispose de pouvoirs très étendus.

Contrairement au recours pour excès de pouvoir, le juge saisi d'un tel recours jouit de pouvoirs très étendus ; c'est un contentieux subjectif qui tend à la reconnaissance d'un droit subjectif résultant d'un contrat ou d'un droit à des dommages et intérêts. Ce type de recours a notamment pour objet de mettre en jeu la responsabilité de l'administration. L'attributaire du marché devient ainsi titulaire d'un droit de créance. Par ailleurs, c'est un contentieux objectif qui ne pose rien d'autre qu'une question de légalité, si une règle de droit a été méconnue et que le procès est intenté à un acte et non à une personne.

Ainsi, toutes les actions tendant à faire déclarer l'État débiteur relèvent de la seule autorité administrative, la juridiction administrative n'étant, en fin de compte, qu'une partie de l'autorité administrative. Aux termes de l'article 18 des Tribunaux administratifs, « Par dérogation à l'alinéa 1 de l'article 15 du Code de Procédure civile, la juridiction ordinaire saisie de la demande principale est compétente pour statuer sur toute demande reconventionnelle ayant pour objet de déclarer une personne publique débitrice. »

Ceci étant, il est à rappeler que toute illégalité commise par l'administration est fautive et engage donc la responsabilité de celle-ci. Cette responsabilité découle en fait des dispositions de l'article 79 du D.O.C. : « L'État et les municipalités sont responsables des dommages causés directement par le fonctionnement de leurs administrations et par les fautes de service de leurs agents. »

La jurisprudence distingue plusieurs causes juridiques à la reconnaissance de la responsabilité administrative, qui peut être extracontractuelle, contractuelle, voire quasi-contractuelle. La garantie biennale ou décennale, la garantie de parfait achèvement par exemple, sont des demandes subsidiaires susceptibles d'être accueillies comme causes distinctes de la responsabilité contractuelle. Le juge du référé précontractuel est juge de plein contentieux. Il apprécie la légalité de la décision qui lui est déférée d'après l'ensemble des circonstances de fait dont il est justifié par l'une et l'autre des parties à la date de son jugement. Le juge de plein contentieux se prononce lui-même sur le droit des intéressés ; il peut substituer sa propre décision à celle de l'administration.

Pour déclarer recevable l'action dans le recours de pleine juridiction, la demande obéit à certaines conditions telles que l'intérêt personnel pour agir, la nécessité d'une décision préalable, etc. Le requérant ne peut pas saisir immédiatement le juge administratif. Il doit au préalable s'adresser à l'administration et provoquer de sa part une décision refusant de lui faire droit.

Or, il arrive que le requérant, soit le titulaire du marché, se trouve dans l'impossibilité de se prévaloir de cet acte préalable. C'est le cas pour une réclamation qui porte sur l'établissement du décompte définitif et général. En effet, l'article 68-3 prévoit que l'entrepreneur

est invité par ordre de service afin de prendre connaissance du contenu, selon le cas, du décompte définitif, des décomptes partiels définitifs ou du décompte général définitif, et à signer ceux-ci pour acceptation. Cet ordre de service lui est notifié dans un délai maximum d'un (1) mois à partir de la date de réception provisoire ou de la réception provisoire partielle ou de la dernière réception provisoire partielle.

Si l'entrepreneur ne défère pas à l'ordre de service prévu au paragraphe 3 dudit 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 et 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. Passé ce délai, le décompte est censé être accepté par l'entrepreneur et un procès-verbal est établi par le maître d'ouvrage à cet effet.

A. Recours en indemnité : ce contentieux relatif à la nature de l'action, analogue à celui que connaissent les tribunaux judiciaires, donne lieu à une indemnité. Cependant, l'État ou toute autre collectivité ne peut être condamné à payer une indemnité que si le demandeur justifie d'une créance.

La responsabilité d'une collectivité publique est engagée sur le terrain extracontractuel ou contractuel dès qu'il existe un lien contractuel. Ainsi, lorsque le paiement des prestations prévu par le marché connaît des retards, le juge n'hésite pas à condamner l'administration à verser des indemnités. Dans l'affaire El Bachir Belkhalfi vs Municipalité de Boujaad, le tribunal administratif a rendu son jugement le 07/02/2005, « Considérant que l'article 1^{er} du dahir du 01/06/1948 prévoit que l'administration est obligée à verser à l'entrepreneur des intérêts moratoires dans le cas où les sommes dues n'ont pas été liquidées et réglées dans les délais », ce qui signifie que la réciprocité des engagements fonctionne dans les deux sens : en faveur de l'administration comme en faveur de l'entreprise. Cette position a été confirmée par le jugement rendu le 30/11/2005 dans l'affaire de la société Aniblic, service électrique vs Conseil municipal d'Oued Zem. Si un marché est passé par une personne qui n'est pas habilitée, le contrat est nul et la faute commise engage la responsabilité quasi-délictuelle et non la responsabilité contractuelle.

B. Le recours parallèle : le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que si le requérant n'a pas à sa disposition un autre recours, dit recours parallèle, autrement dit lorsque le requérant dispose d'une autre voie que le recours pour excès de pouvoir.

En effet, conformément à l'article 23 de la loi relative aux tribunaux administratifs, « Le recours en annulation n'est pas recevable contre les décisions administratives lorsque les intéressés disposent pour faire valoir leurs droits du recours ordinaire de pleine juridiction. » L'objectif est d'amener le requérant à privilégier le recours pour excès de pouvoir à toute autre voie de droit spécialement aménagée dans la matière en cause, à condition qu'il fournisse au requérant le même résultat.

C'est ce que le tribunal administratif de Rabat a confirmé dans son jugement rendu le 11/04/1996 dans l'affaire S.I.G.T. vs Office national de l'Électricité qui avait annulé un marché passé avec cette société : « La décision de résiliation du contrat est une partie intégrante de l'exécution du contrat qui entre dans le domaine du recours de pleine juridiction et la décision objet du recours est à considérer comme une décision liée au contrat principal et non pas comme un acte détachable. En conséquence, la voie du recours parallèle est ouverte dans cette affaire et la requérante pouvait obtenir satisfaction en exerçant un recours parallèle, chose que la requérante n'a pas faite. »

Section 3

Procédure et répartition des compétences

Une action en justice ne présente pas nécessairement un caractère d'unité. L'action *principale* qui porte sur l'objet principal du litige peut se voir greffer soit d'une action *subsidaire* formée à titre éventuel pour le cas où l'action principale ne serait pas admise, soit d'une action *accessoire* formée comme conséquence de l'action principale. En vertu de l'article 12 de la loi 41/90, « Les règles de compétence à raison de la matière sont d'ordre public. L'incompétence à raison de la matière peut être soulevée par les parties à tout stade de la procédure. Elle est relevée d'office par la juridiction saisie. » Cette situation explique la rédaction de l'article 83 du C.C.A.G. du 13/05/2016, qui dispose que « l'entrepreneur peut porter le litige devant la juridiction administrative compétente. La compétence est déterminée par le fondement juridique de la demande. Le juge ne doit considérer que ce que la requête présente à juger : c'est cela seul qui commande la compétence.

Ainsi, la répartition entre tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires porte sur les matières qui prêtent par définition à interprétation, mais dont le ressort relève de la juridiction administrative ou judiciaire selon que le contrat litigieux est un contrat administratif ou un contrat qui tombe sous le coup du droit commun.

§-1 Compétence selon le critère matériel

Le critère retenu pour déterminer l'ordre juridictionnel compétent est normalement un critère matériel tenant à la nature du litige, par contraste avec des critères formels qui tiendraient à la nature de l'autorité contre laquelle l'action est engagée, voire à la nature de l'acte litigieux.

§-2 Compétence selon le critère territorial

Aux termes de l'article 8 de la loi 41/90, « Les tribunaux administratifs sont compétents sous réserve des dispositions des articles 9 et 11 de la présente loi, pour juger, en premier ressort, les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les décisions des autorités administratives, les litiges relatifs aux contrats administratifs et les actions en réparation des

dommages causés par les actes ou les activités des personnes publiques, à l'exclusion toutefois de ceux causés sur la voie publique par un véhicule quelconque appartenant à une personne publique ». La finalité de ces termes est de faciliter les démarches entreprises par le défendeur, c'est-à-dire l'administration, qui se trouve face à un recours pour excès de pouvoir dirigé contre ses décisions. En effet, chaque tribunal administratif a son ressort géographique et pour résoudre le problème d'organisation du ressort contentieux, la juridiction compétente, dans plusieurs cas, sera le domicile du défendeur.

L'article 10 de la loi 90/41 dispose que « Les règles de compétence territoriale prévues par les articles 27 à 30 du Code de Procédure civile sont applicables devant les tribunaux administratifs. »

L'article 28 §7 et 8 du C.P.C. précise que « Les actions sont portées devant les juridictions suivantes :

- en matière de fournitures, travaux, locations, louage d'ouvrages ou d'industrie, devant le tribunal du lieu où la convention a été contractée ou exécutée, lorsque l'une des parties est domiciliée en ce lieu ; à défaut, devant le tribunal du lieu du domicile du défendeur ;
- en matière de **travaux publics**, devant le tribunal du lieu où les travaux **ont été exécutés** ;
- en matière de contrats dans lesquels l'État ou une autre collectivité publique est partie, devant le tribunal du **lieu où le contrat a été signé**.

Au travers de cette qualification, deux critères de compétence peuvent être dégagés : un critère matériel, celui des travaux publics, et un critère organique qui fait référence à l'État et à la collectivité publique. Quant à la définition d'un travail public, elle renvoie soit à la notion d'un ouvrage à faire, soit d'un ouvrage fait, mais le dénominateur commun entre les deux cas est qu'il s'agit d'un **travail immobilier** qui peut avoir le caractère d'un travail public :

- ✓ les travaux d'aménagement, d'entretien et de réparation des bâtiments ;
- ✓ les travaux d'aménagement, d'entretien et de réparation des ouvrages...

La définition d'une collectivité publique correspond en fait à une personne morale de droit public, c'est-à-dire soit à l'État, soit à une collectivité locale ou à un établissement public. Or toutes ces entités sont impliquées dans la réalisation des travaux publics par le biais des marchés publics.

C'est pour cette raison que les travaux publics sont l'œuvre des personnes publiques et sont citées par le second alinéa de cet article. Ainsi, la combinaison de ces éléments de réponse permet d'affirmer que les dispositions de l'article 28 du C.P.C. sont tout à fait applicables, car elles permettent au juge de constater sur pièce et éventuellement sur place les violations dénoncées par l'une ou l'autre partie lors de l'exécution du marché. Cette position règle le problème soulevé par les dispositions de l'article 20 du C.C.A.G., qui prévoit que « L'entrepreneur est tenu d'élire domicile au Maroc. » Or cette élection de domicile n'a pour objet que la notification des actes qui se rapportent au marché, conformément à l'alinéa 2 de cet article. Ce critère d'élection de domicile prendra une importance au moment où le recours pour

excès de pouvoir vise à l'annulation de l'acte. En effet, conformément à l'alinéa 2 de l'article 10 de la loi n°41-90 instituant des tribunaux administratifs, les recours en annulation pour excès de pouvoir sont portés devant le tribunal administratif **du domicile du demandeur** ou devant celui **dans le ressort territorial duquel la décision a été prise**. C'est une atténuation des dispositions prévues par l'article 27 du Code de Procédure civile, qui prévoit que le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur.

Le tribunal administratif est saisi par une requête écrite, signée par un avocat inscrit au tableau de l'un des barreaux du Maroc.

La requête doit être présentée dans les formes prévues par le Code de Procédure civile. Après enregistrement de la requête, le président du tribunal administratif transmet le dossier au Commissaire de la Loi et du Droit et à un juge rapporteur qu'il désigne pour instruire l'affaire. Dans le cadre de son instruction, le juge rapporteur est soumis aux dispositions prévues par le Code de Procédure civile.

La requête ne peut être présentée que dans un délai de deux (02) mois à compter de la date à laquelle la conclusion du contrat est rendue publique, par des mesures de publicité appropriées.

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

Proverbe chinois

Chapitre IV

Les pratiques frauduleuses

La fraude constitue un danger permanent pour le bon déroulement de la procédure de préparation et d'exécution des marchés publics. Le phénomène n'est pas nouveau, mais les risques de généralisation ont incité les pouvoirs publics à réagir. La réglementation des marchés publics apporte-t-elle une réponse efficace au besoin de déontologie ? Éthique et déontologie, une réponse à la fraude et à la corruption dans les marchés publics?

Il semble que l'orthodoxie voulue par tous les acteurs n'est pas encore à l'ordre du jour. Les méthodes frauduleuses utilisées, sources de contentieux, portent généralement sur les trois phases des marchés publics : au stade de la préparation du marché pour faute de transparence, lors du lancement de l'appel d'offres, au stade de la remise des candidatures, de leur analyse et de celle des offres, et pendant la phase de l'exécution du marché. Les mécanismes frauduleux qui sont utilisés ont toujours pour but de donner une apparente régularité aux divers stades de la procédure et de détourner éventuellement les fonds destinés au marché.

En 2022 **la commande publique** au Maroc représentait environ **245 milliards de dirhams**, soit 20 % du P.I.B. Certains secteurs économiques réalisent l'essentiel de leurs chiffres d'affaires grâce à ces achats : 70 % dans le secteur des bâtiments et travaux publics et 80 % dans celui de l'ingénierie. À de tels montants en jeu s'ajoutent la diversité des intervenants, la multiplicité des règles et leur complexité dans les marchés publics. Ces éléments montrent à quel point ce domaine est exposé aux risques de fraude, de corruption et de collusion. La commande publique, « cette manne », attire d'autant plus les convoitises depuis l'adoption des lois organiques du 15/07/2015 relatives aux collectivités territoriales. Pour tirer profit de cette enveloppe budgétaire, tous les moyens sont bons. La fraude aux marchés publics est mécaniquement liée à la corruption dont les deux principaux acteurs sont le corrompu (le décideur public) et le corrupteur (l'entreprise). On ne transgresse le Code des Marchés publics que pour favoriser un candidat aux dépens des autres ou pour utiliser **la fraude** afin d'obtenir le marché. **La panoplie de textes juridiques** mise en place par le gouvernement insiste beaucoup sur la sécurisation de la passation des commandes, mais reste silencieuse en ce qui concerne les moyens à même d'en garantir la performance.

Plusieurs textes constituent une arme pour garantir la mise en œuvre des principes de transparence et éviter les pratiques malsaines (fraude, corruption, favoritisme, délit d'initié...) :

- la Constitution ;
- le Code des Obligations et des Contrats ;
- le Code pénal ;
- la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence ;
- la loi relative au Conseil déontologique des Valeurs mobilières ;
- les lois organiques relatives aux régions, provinces et communes ;
- la Convention des Nations unies contre la Corruption.

L'article 36 de la Constitution de 2011 dispose : « Les infractions relatives aux **conflits d'intérêts**, aux **délits d'initié** et à **toutes infractions d'ordre financier** sont sanctionnées par la loi ». En se fondant sur le Code des Obligations et des Contrats, l'article 62 dispose que « La **cause est illicite** quand elle est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou **à la loi**. » L'article 62 du D.O.C dispose aussi que « l'obligation sans cause ou fondée sur une cause illicite est non avenue », cela signifie que toute commande publique obtenue, ou renouvelée au moyen de pratiques frauduleuses ou d'actes de corruption est nulle et de nul effet. Les articles 128-129 et 360 à 367 du Code pénal incriminent la fraude et les infractions d'ordre financier sont se rendent coupables les agents publics.

Avec le nouveau C.C.A.G., l'objectif principal escompté de la réforme est de garantir **un meilleur équilibre des contrats, tout en assurant une meilleure maîtrise de l'exécution des travaux et de renforcer les droits et obligations des cocontractants, en préservant les intérêts de l'administration** et du secteur privé dans le cadre d'un partenariat équilibré en vue d'assurer des prestations de meilleure qualité et dans les délais requis. L'article 1^{er} du décret des marchés publics indique d'une manière claire que « **la passation des marchés publics obéit, également, au principe d'intégrité** »

Les mécanismes frauduleux qui sont utilisés ont toujours pour but de donner une **apparente régularité** aux divers stades de la procédure et de détourner éventuellement les fonds destinés au marché.

Section 1

La responsabilisation de la personne publique

Tout contrat non conforme à l'ordre public est affecté d'une clause de nullité ; toute personne intéressée peut saisir le tribunal pour prononcer sa validité ou sa nullité. Cette démarche peut être effectuée en fonction des circonstances de fait et de droit : tantôt le contrat est objectivement contraire à l'ordre public, tantôt il est objectivement conforme à l'ordre public mais lui est **subjectivement contraire**, en raison des **motifs** qui ont inspiré l'un des cocontractants. En se fondant sur le Code des Obligations et des Contrats, l'article 62 dispose que « La cause est illicite quand elle est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la loi » ; le juge peut alors procéder à une démarche psychologique pour déceler les motivations qui sont contraires à l'ordre public ou aux mœurs, telles que la corruption.

Le terme de « **corruption** » renvoie à toutes les formes de déviance consistant à abuser de l'autorité publique à des fins essentiellement privées ou, plus globalement, le fait d'abuser de prérogatives officielles pour en tirer un gain personnel. Le Code pénal distingue la corruption passive (articles 248 et 249) de la corruption active (article 251-253). Elle peut se définir comme l'agissement par lequel une personne **investie d'une fonction** déterminée, publique ou privée, **sollicite ou accepte** un don, une offre ou une promesse **en vue d'accomplir, retarder ou omettre d'accomplir un acte** entrant, d'une façon directe ou indirecte, **dans le cadre de ses fonctions**.

La **corruption passive** correspond à la situation de l'agent public qui sollicite ou agréé les offres et promesses, c'est-à-dire la **personne corrompue**. La **corruption active** est le fait de la personne auteur des offres et promesses : le **corrupteur**. Passive ou active, la corruption est punie parce qu'elle est immorale. Signataire de la Convention des Nations unies contre la Corruption depuis 2003, ratifiée le 09/05/2007, le Maroc a lancé en 2005 son premier plan d'action, qui vise au renforcement de la lutte contre la corruption et à la transparence dans la gestion des marchés publics.

Les démarches commencées depuis ont été jugées suffisamment importantes pour qu'elles fassent l'objet de l'article 36 de la Constitution de 2011, qui a abordé la question de la probité dans la gestion publique, dans la passation des marchés publics et dans le traitement des contrats publics.

« Les infractions relatives aux **conflits d'intérêts**, aux **délits d'initié** et toutes infractions d'ordre financier sont sanctionnées par la loi. Les pouvoirs publics sont tenus de prévenir et de réprimer, conformément à la loi, toutes formes de délinquance liées à l'activité des administrations et des organismes publics, à l'usage des fonds dont ils disposent, à la passation et à la gestion des marchés publics. Le trafic d'influence et de privilèges, l'abus de position dominante et de monopole, et toutes les autres pratiques contraires aux principes de la concurrence libre et loyale dans les relations économiques sont sanctionnés par la loi. »

La volonté actuelle des pouvoirs publics est d'intégrer plus d'éthique dans la pratique des marchés publics. Il s'agit de démontrer que le choix des entreprises est effectué en fonction des critères objectifs mentionnés dans les documents de consultation destinés aux entreprises. Cette volonté est manifeste dans le contenu du décret des marchés publics, qui affirme dans son article 1^{er} que « La passation des marchés publics doit obéir aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des concurrents et de transparence dans le choix du maître d'ouvrage. » Cette disposition essentielle de l'achat public correspond au droit par son caractère impératif, mais aussi à l'éthique par ses principes fondamentaux de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité entre les candidats : ces conditions ne sont pas des sous-entendus, mais figurent bel et bien dans le Code des Marchés publics, avec comme leitmotiv la bonne utilisation des deniers publics. Sur la base de cette disposition, le délit de favoritisme est susceptible de s'appliquer en cas de manquement commis à l'occasion de la mise en œuvre de procédures bien spécifiées par le maître d'ouvrage et dont les modalités ont été précisément prévues par le Code des Marchés.

Ces principes auront, certes, des incidences importantes sur la thématique de l'intégrité dans les marchés publics, qui constituent une activité vulnérable à la corruption et à la fraude. La transgression de ces principes déclenche l'application des règles coercitives qui sanctionnent les délits de favoritisme, d'initié, ou de conflit d'intérêts. Il semble donc que cette réglementation apporte une réponse efficace au besoin de déontologie et une parade à la corruption contemporaine dans les marchés publics.

§1- Fraude et corruption

« **Fraus omnia corrumpit** » est un adage juridique latin qui signifie « La fraude corrompt tout ». Adage particulièrement connu des juristes, qui sert parfois de visa unique à des arrêts de la justice pour garantir la loyauté des rapports juridiques et le principe de bonne foi. La corruption et la fraude constituent un danger permanent pour le bon déroulement de la procédure de préparation, de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics.

Ceci étant, une définition et une démarcation entre fraude et corruption s'imposent.

La fraude est donc un acte qui a été mis en œuvre par le biais de **moyens déloyaux** dans le but d'obtenir un **avantage matériel ou moral indu** ou réalisé avec l'intention d'**échapper à l'exécution des lois**. La fraude peut être présente dans toutes les étapes du marché.

§2- De la corruption

La corruption implique donc la violation, par le coupable, des devoirs de sa charge. Le Code pénal distingue la corruption passive (articles 248 et 249) de la corruption active (articles 251 à 253) mais sans donner de définition à la corruption. Ces deux infractions, certes complémentaires, sont distinctes et autonomes. Elles peuvent être poursuivies et jugées séparément et la répression de l'une n'est nullement subordonnée à la sanction de l'autre, sauf en l'absence de la notion de complice (intermédiaire). Elle correspond à la situation de l'agent public qui sollicite ou agréé les offres et promesses, c'est-à-dire **la personne corrompue**.

- A) **La corruption passive** : prévue par l'article 251 du Code pénal qui indique que « Lorsqu'une personne exerçant une fonction publique profite de cette fonction en sollicitant ou en acceptant des dons, promesses ou avantages en vue d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte dans le cadre sa fonction, cette personne reçoit le nom de corrompu, **.elle est le** fait de la personne qui est l'auteur des offres et promesses : **le corrupteur**. À cet égard il faut souligner que l'article 256-1 du Code pénal protège les personnes qui dénoncent la corruption : « Bénéficie d'une excuse absolutoire, le corrupteur, au sens de l'article 251 de la présente loi, qui dénonce aux autorités judiciaires une infraction de corruption, lorsque la dénonciation a eu lieu avant de donner suite à la demande présentée à lui à cet effet, ou s'il établit dans le cas où il a donné suite à la demande de corruption que c'est le fonctionnaire qui l'a obligé à la verser. »
- B) **La corruption active** : ce cas est prévu par l'article 248 du Code pénal, qui indique que : « Lorsqu'une personne physique ou morale obtient ou essaie d'obtenir, moyennant des dons, des promesses ou avantages, d'une personne exerçant une fonction publique, qu'elle accomplisse ou retarde ou s'abstienne d'accomplir ou de retarder un acte de sa fonction ou un acte facilité par elle, le tiers reçoit le nom de corrupteur. »
- C) **Les personnes concernées** sont le corrompu et le corrupteur. Tant les personnes susceptibles de se rendre coupables des infractions de corruption passive (articles 248-249 du Code pénal) que celles en direction desquelles sont dirigés les agissements de corruption active commis par des particuliers (article 251 du Code pénal) doivent présenter la quali-

té de « personnes exerçant une fonction publique ». Il en existe trois catégories :

- **les personnes dépositaires de l'autorité publique** : est dépositaire de l'autorité publique, la personne qui est investie par délégation de la puissance publique d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les individus et sur les choses, pouvoir qu'elle exerce de façon permanente ou temporaire. Cette définition englobe les représentants de l'État et des collectivités territoriales, les fonctionnaires de l'ordre administratif, les représentants de la force publique, les officiers publics et ministériels ainsi que toute autre personne exerçant des fonctions d'autorité, à l'exemple des militaires ;
- **les personnes chargées d'une mission de service public** : il s'agit par exemple, des administrateurs judiciaires et mandataires liquidateurs, des huissiers, des personnes qui appartiennent à des établissements publics, à des administrations placées sous le contrôle de la puissance publique ou à des services publics concédés, ou encore des membres de commissions ou d'organismes chargés de donner leur avis à l'autorité publique ou de statuer sur des demandes ;
- **les personnes investies d'un mandat électif** : cette catégorie vise toute personne élue chargée d'agir au nom et pour le compte de ses électeurs, qu'elle soit ou non investie d'un pouvoir de contrainte. Sont donc concernés les parlementaires (députés et conseillers), ainsi que tous les élus locaux (conseillers communaux, provinciaux, régionaux et les exécutifs de ces collectivités territoriales) ;
- **le régime spécial** : un régime spécial s'applique pour la corruption active ou passive du personnel judiciaire, afin de protéger l'action de la justice (article 249-1 et 2 du Code pénal). Sont concernés les magistrats, greffiers, médiateurs, conciliateurs ou arbitres.

D) **La qualité du corrupteur** : l'article 251 du Code pénal vise tous tiers (personnes physiques ou morales). Ce sont eux qui, en intervenant auprès d'une personne exerçant une fonction publique, font figure de corrupteurs en sollicitant l'accomplissement ou l'abstention d'un acte de la fonction, ou une démarche facilitée par la fonction publique. Ils peuvent également, au lieu de prendre l'initiative, se contenter de céder aux sollicitations émanant d'une personne chargée d'une fonction publique.

E) **Éléments matériels** : outre la qualité du corrupteur et du corrompu, le législateur a posé certaines conditions tenant à la nature et à la finalité des agissements coupables :

Première condition : l'activité matérielle délictueuse, tenant à :

- la nature des actes corrupteurs ;
- la proposition du corrupteur.

Deuxième condition : le but des manœuvres corruptrices.

Première condition : l'activité matérielle délictueuse

1- La nature des actes corrupteurs : l'article 248 du Code pénal incrimine, au titre de la corruption passive commise par des personnes exerçant une fonction publique, le fait « de solliciter ou d'agréer » des avantages.

L'article 251 du Code pénal emploie les termes de « proposer ou de céder ». Dans la pratique, ces expressions sont équivalentes.

« Solliciter ou proposer », c'est formuler une demande ou une offre d'avantages, directement ou par personne interposée, selon que le corrompu ou le corrupteur prend l'initiative de la démarche.

« Agréer ou céder », c'est accepter l'offre ou la sollicitation émise, selon la circonstance, par le corrompu ou le corrupteur.

Cet accord qui scelle une rencontre de volonté entre deux protagonistes est souvent désigné sous le nom, très imagé, de pacte de corruption.

L'infraction de corruption entre dans la catégorie juridique des délits formels existant indépendamment des effets qu'elle produit.

Du côté du corrupteur, peu importe en effet que la proposition de corruption ait été acceptée ; sa seule formulation suffit à caractériser l'infraction.

Du côté du corrompu, dès lors que la proposition de corruption a été acceptée, il importe peu que les actes réalisés par l'agent public se révèlent inutiles ou sans objet.

- 2- La proposition du corrupteur : la loi vise « les offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques ». Cette énumération très large englobe des avantages directs (biens en nature, sommes d'argent, octroi d'un prêt ou ouverture d'une ligne de crédit, exécution d'un travail gratuit, ristourne...) ou des avantages indirects (acquittement d'une dette, embauche d'un proche...) parfois obtenus grâce à l'intervention d'un tiers. De bonne foi, ce tiers échappe à toute sanction. De mauvaise foi, il pourra être poursuivi en tant que coauteur ou complice.

Deuxième condition : le but des manœuvres corruptrices

Le délit de corruption ne sera constitué que s'il existe un lien de causalité entre les choses offertes ou agréées et les actes ou abstentions attendus. Ces manœuvres corruptrices doivent avoir pour but précis d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir soit des actes de la fonction, de la mission ou du mandat, soit des actes facilités par cette fonction, cette mission ou ce mandat.

- 1- Actes facilités par la fonction, la mission ou le mandat :

La doctrine désignait autrefois ces actes sous le nom de « para-corruption » ; ce sont donc des actes qui sont en dehors des prérogatives personnelles concédées à l'intéressé par la loi ou les règlements, mais qui ont cependant été rendus possibles en raison des liens étroits unissant les attributions et l'acte.

- 2- L'élément moral : la corruption est une infraction institutionnelle. Elle requiert la démonstration d'un dol spécial, au-delà du dol général, consistant en la recherche d'un but déterminé, à savoir :

- soit provoquer l'accomplissement ou le non accomplissement par l'agent public d'un acte de sa fonction (pour le corrupteur) ;
- soit accepter d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte de sa fonction (pour le corrompu).

§3- De la fraude

La fraude est une action faite de mauvaise foi dans le but de **détourner la loi** à des fins personnelles. Quelques exemples courants en sont la falsification d'une attestation fiscale ou de la C.N.S.S. **Un tel acte** a été mis en œuvre par le biais de **moyens déloyaux, dans le but d'obtenir un avantage matériel ou moral indu ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'exécution des lois.**

Le délit de faux comprend le fait de :

- ✓ **fabriquer un document entièrement faux** : à titre d'exemple, telle société présente, dans le cadre de tel appel d'offres, une attestation qui, après vérification, s'avère non authentique, ou une attestation de référence constatant des prestations que l'entreprise n'a pas effectuées ;
- ✓ ou de **modifier frauduleusement un document** : par exemple, en apportant des modifications à l'attestation de qualification et de classification des entreprises, notamment l'activité de l'entreprise ou l'attestation de la C.N.S.S.
- ✓ Le document est authentique à la base, mais des modifications contraires à la vérité y ont été apportées.

Sont également punis, la simple détention de faux documents, les mensonges lors des démarches administratives : une fausse déclaration est toute altération frauduleuse de la vérité par la fabrication d'un document ou par sa modification intentionnelle ; une fausse attestation est la fabrication d'une pièce altérant ou modifiant délibérément la réalité à des fins frauduleuses.

À titre d'exemple, un établissement public a déféré devant la commission des marchés une affaire concernant une entreprise qui a présenté une **attestation fiscale dont la date a été considérée comme falsifiée par la commission d'appel d'offres**. Interrogé, le percepteur concerné, tout en n'étant pas catégoriquement affirmatif, a souligné dans sa réponse n° CDO/D/562 du 06/08/2002, en utilisant le conditionnel, qu'« il semblerait que la copie de cette attestation qui a été produite par la société concernée serait falsifiée ». Dans l'avis n° 251/03 CM du 27/01/2003, la commission des marchés estimé que « Dans ces conditions, il s'agit d'un cas de faux commis dans certains documents administratifs et certificats qui relèvent de l'appréciation de l'autorité judiciaire. »

La fraude peut également porter sur des données comme la définition des besoins : c'est une étape qui implique des décisions sur la portée, la viabilité économique et les impacts environnementaux et sociaux du projet, ainsi que sur l'allocation budgétaire correspondante. Les risques de fraude, à ce stade, sont liés à la validation de ce qui est inutile, de mauvaise qualité ou relève d'achats ou d'investissements surestimés. **Les prestations** qui font l'objet des

marchés doivent **répondre exclusivement** à la nature et à l'étendue des **besoins à satisfaire**. L'estimation du besoin est une étape importante puisqu'elle permet de déterminer **le type du marché**. Cette estimation doit être sincère et raisonnable et en aucun cas ne doit **sous-estimer le montant** du marché public. L'article 1^{er} indique que : « la passation des marchés obéit aux règles de **bonne gouvernance**. » La bonne gouvernance **résulte** en effet de **l'efficacité de la commande publique** et **la bonne utilisation des deniers publics**.

Pour atteindre ce résultat, **une détermination et une définition préalable des besoins** sont requises. **La combinaison de la détermination des besoins et l'établissement des coûts des prestations sur la base des prix pratiqués sur le marché**. L'estimation des coûts des prestations doit être réalisée **sur la base des prix pratiqués sur le marché**. Il s'agit de **l'ensemble des dépenses et des gains** attachés à l'option examinée sur **une durée donnée**, dont chaque poste peut être assorti d'un prix, ce prix, positif ou négatif, étant valorisé par l'acheteur. Les professionnels traduisent ce concept par l'« **économie globale** », afin de souligner l'importance de prendre en compte la valorisation non seulement des **charges indirectes**, mais aussi des **bénéfices indirects** attachés à une option donnée (réduction des consommations ou matériau moins onéreux...).

Le concurrent doit avoir une conduite irréprochable.

L'obligation est faite aux concurrents, par l'article 25-a et 26-d, d'avoir **une conduite irréprochable** durant la phase de soumission. Ainsi, le délit de complicité, défini par les articles 128 et 129 du Code pénal, inclut **le concurrent** qui participe ou qui **prend part à l'exécution matérielle de l'infraction**. Pour respecter les exigences du décret du 20/03/2013, deux éléments constituent la base de cette intégrité :

- ✓ **l'exactitude des informations (a contrario : fausse déclaration) ;**
- ✓ **l'authenticité et la véracité des documents (a contrario : délit de faux).**

L'exactitude des informations :

Si, après vérification, la déclaration sur l'honneur ne correspond pas à la réalité, ou si l'administration détecte des actes frauduleux ou un non respect des engagements pris par le soumissionnaire, la décision d'exclusion temporaire ou définitive du soumissionnaire est prise par le ministre concerné après avoir consulté la commission nationale de la commande publique. Ainsi, la violation de cette règle de sincérité des déclarations du candidat peut être constitutive d'une infraction pénale. **Conformément à l'article 351** du Code pénal, une fausse déclaration est toute altération frauduleuse de la vérité par la fabrication d'un document ou par sa modification intentionnelle.

À titre d'exemples, le délit de faux comprend le fait :

- ✓ **de fabriquer un document entièrement faux** : une fausse fiche de paie, un faux diplôme, un faux passeport, un faux arrêt maladie... Imiter une signature est également un cas de faux ;
- ✓ Ou de **modifier frauduleusement un document** : falsification d'une attestation fiscale ou de la C.N.S.S.

Sont également punis : la simple détention de faux documents, les mensonges lors des démarches administratives (les fausses attestations pour des travaux exécutés auparavant) ; ou les qualifications du personnel appelé à exécuter le marché (des personnes présentées, par exemple, comme des ingénieurs, alors qu'il ne s'agit que de techniciens...). Le document est authentique à la base, mais des modifications contraires à la vérité y ont été apportées. Lorsqu'un document dépourvu, de par sa nature, de force probante (cas des documents comptables ou des documents constitutifs du marché) peut constituer un faux dès lors qu'il produit certains effets juridiques, il convient de se référer à l'utilisation du document – et donc à ses effets juridiques – plutôt qu'à sa nature. Si une entreprise a conclu un marché avec une administration mais n'a pas réalisé de travaux, tout en adressant à l'administration des faux décomptes, elle a ainsi faussement affirmé posséder une créance sur l'administration.

Il s'agit en fait d'une altération de la vérité par désignation dans les factures d'une personne censée être le véritable titulaire de la créance, dans la mesure où ces factures ont été établies mensongèrement pour créer l'apparence d'une participation aux travaux réalisés pour l'administration. Une telle falsification matérielle, c'est-à-dire une altération physique du document, peut être considérée comme une atteinte à son authenticité. Dans ce cas, la faute présente bien le caractère d'un titre entrant dans les dispositions des articles 150 et 151 du Code pénal alors applicables ; sur les plans comptable et financier, l'entrepreneur peut donc être déclaré **comptable de fait** puisque il a manié des deniers publics.

Il y a usage de faux lorsqu'on utilise de tels documents pour **obtenir un droit** ou pour **prouver un fait**. L'usage de faux est puni, même si l'auteur des faits n'a pas fabriqué les faux en question. La fabrication et l'usage de faux documents sont des délits. On parle de *faux* et d'*usage de faux*. L'auteur des faits sait parfaitement qu'il ment. Le document a ou peut avoir pour but d'obtenir un droit ou de prouver certains faits ayant des conséquences juridiques (obtenir des papiers, prouver ses revenus...).

Faits concernés et sanctions pénales

- Ce faux document doit avoir une **valeur juridique** en lui-même et constituer une véritable preuve solide ; par exemple, une fausse carte d'identité reconnue comme telle. À l'inverse, faire une fausse déclaration écrite (par exemple, affirmer qu'on a été témoin de tel fait) n'est pas un délit de faux au sens strict, mais un délit de fausse attestation.
- **L'article 360 du droit pénal dispose que** « Quiconque contrefait, falsifie ou altère les permis, certificats, livrets, cartes, bulletins, récépissés, passeports, ordres de mission, feuilles de route, laissez-passer ou autres documents délivrés par les administrations publiques en vue de constater un droit, une identité ou une qualité, ou d'accorder une autorisation, est puni de **l'emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 200 à 1 500 dirhams**. Le coupable peut, en outre, être frappé de l'interdiction de l'un ou plusieurs des droits mentionnés à l'article 40 (droits civiques, civils ou de famille) pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. » Le **fonctionnaire aussi est concerné : celui qui délivre ou fait délivrer un des documents** falsifiés à une personne qu'il sait n'y avoir pas droit, est puni de l'emprisonnement d'un à quatre ans et d'une amende de 250 à 2 500 dirhams, à moins que le fait ne constitue l'une des infractions plus graves prévues aux articles 248 et suivants.

L'apprt du décret du 08/03/2023 :

L'apprt du décret du 08/03/2023 dans ce domaine a pour objet de renforcer la lutte contre, les pratiques qui sont condamnables et qui portent sur un ou plusieurs des éléments énumérés par l'article 29 – e, f et g ainsi que l'article 152 qui prévoit les sanctions adéquates.

On peut évoquer des pratiques frauduleuses, en cas de présentation d'une déclaration sur l'honneur inexacte ou de pièces falsifiées, ou lorsque des actes frauduleux ou de corruption, des infractions réitérées aux conditions de travail ou des manquements graves aux engagements pris ont été relevés à la charge d'un concurrent ou du titulaire, selon le cas, des sanctions ou l'une d'entre elles seulement sont prises, sans préjudice, le cas échéant, des poursuites pénales.

L'article 29 du décret des marchés publics précise qu'une pratique frauduleuse est quand les renseignements contenus dans la déclaration sur l'honneur et dans les pièces fournies dans son dossier de candidature ne sont pas exactes. C'est pourquoi le concurrent « s'engage à ne pas recourir par lui-même ou par personne interposée à des pratiques de fraude ou de corruption des personnes qui interviennent, à quelque titre que ce soit, dans les procédures de passation, de gestion et d'exécution du marché ;

f) s'engage à ne pas faire, par lui-même ou par personne interposée, de promesses, de dons ou de présents, en vue d'influer sur la procédure de conclusion du marché et de son exécution ;

g) atteste qu'il n'est pas en situation de conflit d'intérêt. » Faute de quoi, l'application des mesures coercitives prévues à l'article 152 du décret s'imposent. Il s'agit des pratiques qui contiennent ou véhiculent **des éléments faux qui sont susceptibles d'induire en erreur le maitre d'ouvrage et la commission chargée d'analyser et évaluer les offres.**

En cas de présentation d'une déclaration sur l'honneur inexacte ou de pièces falsifiées ou lorsque des actes frauduleux ou de corruption, des infractions réitérées aux conditions de travail ou des manquements graves aux engagements contractuels conclus ont été relevés à la charge d'un concurrent, d'un attributaire ou d'un titulaire, selon le cas, des sanctions ou l'une d'entre elles seulement, sans préjudice, le cas échéant, des poursuites judiciaires, sont prises:

a) par décision de l'autorité gouvernementale concernée prise, après avis de la commission nationale de la commande publique, l'exclusion temporaire ou définitive du concurrent concerné de la participation aux marchés lancés par les services relevant de son autorité et/ou aux marchés de l'établissement ou des établissements publics dont elle assure la tutelle ;

b) par décision du président de l'organe délibérant de la personne morale de droit public visée à l'article 2 du présent décret, après avis de la commission nationale de la commande publique, l'exclusion temporaire ou définitive du concurrent concerné de la participation aux marchés lancés par les services relevant de ladite personne morale ;

La mesure d'exclusion prévue au a) ci-dessus peut être étendue aux marchés lancés par l'ensemble des administrations de l'Etat et des établissements publics par décision du Chef du gouvernement, prise sur proposition du ministre concerné et après avis de la commission nationale de la commande publique.

Fraude dans la phase d'exécution : les montages sont conçus et adaptés à chacune des phases des marchés et permettent de « guider » la décision portant le choix du bénéficiaire. Ces manipulations ont pour conséquence financière une surévaluation du coût de la prestation. En effet, le paiement de la corruption inhérente à ces manipulations exige pour l'entreprise l'émission de surfacturations des prestations qui permettent de payer le corrompu. **Les montages générant des flux de fraude et par voie de conséquence de corruption concernent l'ensemble des opérations liées aux marchés :**

Les études effectuées en amont de la passation du marché peuvent faire l'objet de surfacturations, voire, pour des montants plus faibles, de vraies fausses factures. S'agissant de prestations immatérielles il est plus aisé de procéder de cette manière. Ces études peuvent aussi orienter les offres vers un bénéficiaire. L'évaluation du besoin et la préparation de l'appel d'offres peuvent également faire l'objet de manipulations.

L'évaluation des offres et la désignation du bénéficiaire peuvent également être biaisées. Les manipulations affectant la gestion administrative de la procédure de sélection, l'enjeu est de protéger les données au format papier.

Cette carence dans la sécurité se rencontre dans les situations suivantes :

- La réception, le stockage et l'ouverture des offres, des armoires et vitrines ouvertes à tous vents ;
- Le maniement inapproprié des offres reçues.
- Les indices de cette carence sautent aux yeux en cas :
 - D'ouverture non autorisée d'une enveloppe scellée ;
 - D'altération du dossier d'offre ou de falsification de registres concernant la réception des offres ;
 - D'omission des signatures sur une ou plusieurs offres.

La fraude de consommation : c'est la plus répandue, et elle ne prête généralement pas à grande conséquence. Il s'agit de détourner des produits de consommation, du matériel ou encore des équipements mineurs de leur circuit habituel. Il est généralement question de produits servant à assurer la gestion quotidienne de l'entreprise (papier, produits de nettoyage, petite fourniture...). L'entrepreneur est tenté de fournir des produits autres que ceux prévus au C.P.S., ou de les remplacer par d'autres produits équivalents qui s'avèrent par la suite de moindre qualité. La réglementation ne prévoit rien dans ce cas mais la commission des marchés est vigilante.

§3- Le conflit d'intérêts

A) Un problème de définition

La notion de conflit d'intérêts couvre une situation d'interférence entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission, lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme pouvant influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions.

L'intérêt privé d'une personne concourant à l'exercice d'une mission de service public s'entend d'un avantage pour elle-même, sa famille, ses proches ou des personnes ou organisations avec lesquelles elle entretient ou a entretenu des relations d'affaires ou professionnelles significatives, ou avec lesquelles elle est directement liée par des participations ou par des obligations financières ou civiles.

La définition du conflit d'intérêts est malaisée : le conflit d'intérêt est malléable, abstrait, difficile à circonscrire ; son interprétation est subjective en fonction de chaque individu, selon l'importance relative qu'il accorde à ses intérêts personnels par rapport à ceux de son employeur, de sa profession, de l'ensemble de la société et selon la frontière entre légitimité et illégitimité. D'ailleurs, certains considèrent que le conflit d'intérêts n'est pas un délit ; en revanche, c'est **l'enrichissement illicite** ou **la prise illégale d'intérêts**, qui bien souvent en découle, qui est sanctionnée pénalement. En effet la notion de conflit d'intérêts n'existe pas dans notre Code pénal. L'absence d'incrimination du conflit d'intérêts est bien une notion inconnue du droit pénal. Il est vrai que cette ignorance ne lui est pas propre, puisque aucune branche du droit ne définit les conflits d'intérêts.

C'est ce qu'a relevé l'ancien président de l'Instance centrale de Prévention de la Corruption⁵, M. Boudrar : « En l'absence de contre-pouvoirs fonctionnels et d'un arsenal juridique dissuasif, la pratique des conflits d'intérêt tend à s'épanouir librement au Maroc. »

Cependant on trouve des bribes éparpillées entre les différentes réglementations, qui font allusion au conflit d'intérêt : citons à ce sujet l'article 15 du dahir du 24/02/1958, qui dispose qu'« Il est interdit à tout fonctionnaire d'exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. » Mais si la réglementation considère que le conflit d'intérêts n'est pas un délit, la tendance est d'incriminer l'acte **d'enrichissement illicite**, qui bien souvent en découle, et qui est sanctionné pénalement.

Un projet discuté au Conseil du gouvernement a limité les dispositions de ce projet aux fonctionnaires soumis à déclaration de patrimoine, dans les cas où leur patrimoine financier ou celui de leurs enfants mineurs a connu une hausse injustifiée après leur prise de fonctions et par rapport au patrimoine déclaré au regard de leurs ressources.

Que signifient les termes « **conflit** » et « **intérêt** »? Ainsi, il existe un subtil distinguo entre :

- ✓ les **liens actuels** qui créent une **situation de conflit** à la condition qu'ils soient d'une forte intensité (la présence, par exemple, du fils d'un candidat au sein de la commission d'appel d'offres) ;
- ✓ les **liens passés** et pour lesquels il serait naïf de considérer que, parce que passés, **ils n'exerceraient aucune influence**. S'il existe bien évidemment un lien entre relation passée et influence présente, il n'en demeure pas moins qu'il existe aussi un droit à l'oubli.

Pour affiner la définition, il n'est pas inutile d'approfondir quelque peu le sens de chacun des termes « conflit » et « intérêt ».

⁵ Un avis de principe est un avis dans lequel est posé un principe d'application générale qui permettra de régir des cas futurs analogues.

A) Le conflit

La signification du terme ne soulève pas de difficulté, il s'agit de la « rencontre d'éléments contraires qui s'opposent ». Un faisceau d'indices en facilite la signification : un conflit peut être réel, apparent, potentiel...

« **Le conflit réel** » ou effectif : lorsqu'il est avéré qu'un intérêt personnel peut venir « influencer » le comportement de la personne exerçant ses fonctions professionnelles ;

« **Le conflit apparent** » : lorsque les faits en cause ne sont pas certains : aucun intérêt particulier suspect n'ayant pu être prouvé, le conflit n'est que « possible ». Une analyse de la situation devra être menée pour écarter tout doute sur la probité de la personne suspectée.

Le conflit reste « potentiel » lorsque *l'agent possède des intérêts privés* qui ne sont pas suffisants à l'instant où la question du conflit est posée, puisqu'il n'existe pas encore de relation entre ses fonctions et ses intérêts privés. En revanche, **si les fonctions de l'agent changent ou évoluent** (prise de fonction, promotion, mutation), il convient de vérifier que ses intérêts privés ne sont pas de nature à influencer sur la façon dont il pourrait s'acquitter de ses nouvelles fonctions, et de s'assurer ainsi que le conflit reste seulement potentiel.

B) L'intérêt

Le conflit suppose l'opposition entre deux intérêts divergents : **les intérêts que l'agent doit défendre dans l'exercice de sa profession**, et que l'on peut qualifier d'intérêts supérieurs, et **ses intérêts personnels**. **L'intérêt personnel** est compris de façon très large. Il peut être direct, concerner la personne seule (dans ce cas, il est appelé intérêt propre). Il peut également concerner **sa famille et ses proches**. Dans ce cas il est nécessaire d'évaluer jusqu'où l'on peut considérer que va la famille. La question est tout aussi délicate **pour les proches**. Il est alors nécessaire d'évaluer la question au cas par cas en tenant compte de la force et de la nature des liens, qu'ils soient familiaux ou amicaux.

✓ **Les activités et situations susceptibles de créer des conflits d'intérêts** pour les agents publics englobent :

- ✓ les relations personnelles ;
- ✓ les relations familiales ;
- ✓ les intérêts commerciaux ;
- ✓ les activités et fonctions externes ;
- ✓ les cadeaux, avantages et marques d'hospitalité.

L'intérêt supérieur est défini par certains comme « l'exécution des fonctions et des responsabilités officielles ». D'autres évoquent seulement « des décisions à prendre par les agents publics dans le cadre de leur mission », ou « l'exercice impartial et objectif des fonctions officielles ».

L'enrichissement illicite repose sur un élément matériel flexible, du fait du caractère direct ou indirect de l'intérêt. Ainsi, un élu qui attribue un marché à une société qui entretient des liens d'affaires avec la société qu'il détient ou qu'il dirige commet, matériellement au moins, le délit d'enrichissement illicite. Avant d'attribuer un marché, il est donc nécessaire de faire toute la lumière sur les liens financiers et de contrôle entre les élus qui auraient à se prononcer et les éventuelles attributaires. À cet égard, il y a urgence pour la mise en place d'un mécanisme préventif qui consisterait à instaurer un dispositif de déclaration d'intérêts pour les ordonnateurs et les sous-ordonnateurs, notamment au niveau des collectivités territoriales, mais il semble que l'administration soit irréfutable de l'intérieur.

La Convention des Nations unies contre la corruption encourage les États parties à combattre ce phénomène dans l'alinéa 5 de son article 8 qui dispose que : « Chaque État Partie s'efforce, s'il y a lieu et conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, de mettre en place des mesures et des systèmes faisant obligation aux agents publics de déclarer aux autorités compétentes notamment toutes activités extérieures, tout emploi, tous placements, tous avoirs et tous dons ou avantages substantiels d'où pourrait résulter un conflit d'intérêts avec leurs fonctions d'agent public ».

B) Des soupapes de sécurité juridiques

Il existe une réglementation qui constitue une soupape de sécurité pour limiter l'ampleur de la corruption et qui permet d'engager des sanctions en cas d'infraction à la réglementation.

En vertu de l'article 26 du Cahier des Clauses administratives générales applicable aux Marchés de Services de l'État portant sur les prestations d'Études et de Maîtrise d'Œuvre (C.C.A.G.-E.M.O.), 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.

Par ailleurs, il y a lieu de rappeler que l'article 6 de la loi n° 06.99 sur la liberté des prix et de la concurrence dispose que « sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes ou coalitions expresses ou tacites, sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, notamment lorsqu'elles tendent à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ».

C) Conflits d'intérêts à l'échelon territorial

À l'échelon territorial, ce sont bien sûr d'autres conflits d'intérêts qu'il faut prévenir, objectif d'autant plus difficile que le droit pénal marocain ne connaît pas cette notion juridique. Les délits qui existent sont la prise illégale d'intérêt, le délit de favoritisme ou la corruption. Pour autant, absence de définition ne veut pas dire absence de condamnation, d'autant que les textes ont largement durci le ton, avec la publication des lois organiques relatives à la commune, la province et la région. Désormais, l'intérêt personnel est prohibé et clairement condamné par les trois textes. Cette interdiction pour les élus des communes, provinces et régions d'entretenir des intérêts privés avec leurs collectivités respectives est prévue par les articles (65/commune - 66/province - 68/région) qui disposent en termes identiques qu'« Il est in-

terdit, à peine de révocation prononcée dans les formes prescrites aux articles (65/commune - 66/province - 68/région), sans préjudice de poursuites judiciaires, à tout conseiller communal d'entretenir des intérêts privés avec la commune dont il est membre, de conclure des actes ou des contrats de location, d'acquisition, d'échange ou toute transaction portant sur des biens de la collectivités territoriale, ou de passer avec elle des marchés de travaux, de fournitures ou de services, ou des contrats de concession, de gérance et toutes autres formes de gestion des services publics territoriaux, soit à titre personnel, soit comme actionnaire ou mandataire, soit au bénéfice de son conjoint, ses ascendants et ses descendants directs. Si le membre intéressé est le président de la commune, il doit se faire remplacer par un suppléant n'ayant aucun lien avec un candidat dans les conditions prévues par les dispositions (47/commune - 48/province - 50/région).

Cependant, la formulation des articles 47, 48 et 50 susvisés, qui prévoient que cette participation est « sans préjudice de poursuites judiciaires », signifie que la participation de la personne intéressée investie d'un mandat électif peut s'analyser comme une prise illégale d'intérêt sanctionnée pénalement, et tombe donc sous le coup de l'article 250 du Code pénal. La loi organique n°59-11 relative à l'élection des membres des collectivités territoriales prévoit également, en ce qui les concerne, des inéligibilités et des incompatibilités dans le but de prévenir les conflits d'intérêts.

Le principe d'impartialité : le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un marché public, qui a pour corollaire le principe d'impartialité, implique notamment l'irrégularité des procédures dont le résultat est susceptible d'avoir été affecté par la participation d'une personne en situation de conflit d'intérêts. Donc, toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction, constitue une violation du principe d'impartialité qui figure au nombre des principes généraux du droit.

Aux termes des lois organiques, constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public.

Donc le champ d'application est très large, puisque l'interdiction concerne le fait d'exercer, de manière générale, toute activité pouvant conduire à un conflit d'intérêts, soit à titre personnel, soit comme actionnaire ou mandataire d'autrui, soit au bénéfice de son conjoint, ses ascendants ou descendants. On ne peut avoir des définitions différentes des conflits d'intérêts selon qu'il s'agit d'un élu local ou national, d'un fonctionnaire territorial ou d'un agent de l'État. La seule chose qui peut choquer est de tirer un avantage personnel de sa fonction, pour soi ou pour sa famille. Est sanctionné tout membre reconnu responsable de délit d'initié, de trafic d'influence et de privilèges, ou qui commet une infraction d'ordre financier portant préjudice aux intérêts de la collectivité territoriale.

Cette définition a le mérite de prévenir toute situation de conflit d'intérêts. Elle apparaît en revanche beaucoup trop large, puisque visant « toute personne ayant participé au déroulement de la procédure », de sorte qu'elle porte une atteinte excessive à la liberté d'accès à la commande publique.

En premier lieu, pour qu'il y ait conflit d'intérêts, il faut que la personne intéressée ait été, bien évidemment, susceptible d'influencer l'issue de la procédure litigieuse. Il s'agit là d'un contrôle que l'on peut qualifier d'objectif. On peut légitimement penser que le risque d'influence sera d'autant plus grand si la personne participe à l'évaluation de l'offre. Ainsi le fils du dirigeant d'un candidat à une procédure de publicité et de mise en concurrence ne peut siéger au sein de la commission d'appel d'offres chargée de sélectionner les offres sans que cela constitue un conflit d'intérêts. Le principe d'impartialité, principe général du droit, s'impose au pouvoir adjudicateur à tous les stades de la procédure de publicité et de mise en concurrence.

En **second lieu**, **l'influence** doit avoir été **effective** et faire naître un doute légitime sur l'impartialité de la procédure. Ce doute résulte habituellement d'un lien personnel ou professionnel laissant présumer le caractère intéressé de la personne à l'attribution.

Par exemple, une personne qui a participé à la rédaction du Cahier des Clauses techniques particulières et à l'analyse des offres des candidats, alors qu'elle avait exercé des responsabilités importantes au sein de l'entreprise attributaire jusqu'à moins de deux ans avant le lancement de cette procédure, présente un risque de conflit d'intérêts.

Cependant, il n'existe aucune automaticité du degré de l'influence, car priver d'accès ou exclure un candidat sous prétexte que ce dernier a eu un lien économique ou personnel avec l'organisme public serait le condamner a priori et sans preuve.

Un membre du conseil communal intéressé ne peut, à aucun titre, participer au débat de la commission d'appel d'offres. En effet, la présence d'un représentant d'une entreprise candidate au marché est de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement. Un conseiller municipal candidat à un marché ne peut participer ni à la réunion d'ouverture des plis, ni à la commission d'examen des offres. La participation d'un membre intéressé vicie la procédure d'attribution de tous les lots auxquels l'entrepreneur concerné avait soumissionné, y compris ceux que ce dernier n'a pas obtenus. Deux cas montrent qu'en cas de conflit d'intérêts, la sanction peut être l'annulation de la procédure de passation de ce marché.

En France, l'intervention, en qualité **d'assistant à maîtrise d'ouvrage** d'un **ancien salarié** à haut niveau de responsabilité de la société déclarée attributaire d'un marché public, entraîne l'annulation de la procédure de passation de ce marché en raison du risque de conflit d'intérêts qu'elle fait naître. Dans son arrêt « Région Nord-Pas-de-Calais » (C.E., 14/10/2015, n°390968), le Conseil d'État a adopté une position assez sévère concernant le respect du principe d'impartialité dans le cadre de la mise en œuvre des procédures de passation des marchés publics. Au Maroc, la commission des marchés (C.N.C.P.) est très vigilante au sujet du conflit d'intérêts. À cet effet, la commission des marchés a été sollicitée pour connaître la suite à réserver à l'appel d'offres dans lequel une entreprise concurrente a relevé que la société qui a réalisé l'étude du tracé du gazoduc en question, et la société 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**, ce qui constitue du point de vue de l'entreprise requérante un conflit d'intérêt. Cependant, bien qu'elles constituent deux sociétés distinctes, il ressort de l'article 16 du statut de la société chargée de l'étude du tracé du gazoduc, et de l'article 17 de statut de la société concurrente dans l'appel d'offres en question, que

ces deux sociétés sont dirigées par un même gérant (en l'occurrence M. qui est, à la fois, actionnaire et gérant dans les deux sociétés) et ont des sièges sociaux domiciliés à la même adresse.

Par un avis n° 313/07 C.M. du 14/03/2007, la commission des marchés s'est prononcée, en estimant que compte tenu de ce qui précède, elle recommande :

- d'écarter la société en cause si la commission d'appel d'offres n'a pas encore désigné l'attributaire du marché ;
- d'annuler la procédure et de relancer la concurrence, le cas échéant, si l'attributaire a été déjà désigné par la commission d'appel d'offres.

§3- Le trafic d'influence

C'est un délit qui consiste à recevoir des dons (argent, biens) pour favoriser les intérêts d'une personne physique ou morale auprès des pouvoirs publics. C'est une forme de corruption. L'article 250 du Code pénal donne une définition large de l'influence et multiplie la peine par deux si la personne incriminée est un magistrat ou un fonctionnaire public. Le Code pénal prévoit aussi la multiplication par deux pour les élus. Il définit le trafic d'influence comme le fait, pour la personne concernée, « de solliciter ou d'agréer, sans droit, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui. » Et ce, dans le but « d'abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable. » En 1972, la Cour spéciale (modifiée par la Loi n°79-03 du 15/09/2004), a étendu aux **ministres la qualité de fonctionnaires** dans les affaires de corruption et de trafic d'influence.

Cette assise juridique s'appuie sur deux éléments légaux : le **trafic d'influence actif** commis par **un particulier**, prévu par l'article 251 du Code pénal, et **trafic d'influence passif**, commis par des personnes exerçant une fonction publique, prévu par l'article 254 du Code pénal.

A - Les personnes concernées : les personnes susceptibles de commettre l'infraction prévue aux articles 251 et 254 du Code pénal sont :

- les « dépositaires de l'autorité publique : juges ou administrateurs » ;
- les personnes « chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public » ;
- les particuliers : « **Quiconque**, pour obtenir soit l'accomplissement ou l'abstention d'un acte, soit une des faveurs ou avantages prévu, est puni des mêmes peines que celles prévues auxdits articles contre la personne corrompue. »
- Au sein des collectivités territoriales, il s'agira donc de tous les élus et de tous les agents dès lors qu'ils font, ou proposent de faire, commerce de leur influence auprès du décideur.

B - Les actes incriminés : comme dans le cas de la corruption passive, le trafic d'influence nécessite d'abord, pour être constitué, que l'élu ou l'agent ait soit sollicité, soit accepté des offres (notamment d'argent ou de services) pour commettre l'acte. La différence entre la corruption et le trafic d'influence tient seulement à la nature de l'acte à commettre en contrepartie de ces offres : si cet acte entre dans les prérogatives légales du décideur public, le délit est celui de corruption

passive ; si, à l'inverse, l'acte n'entre pas dans les prérogatives de celui qui bénéficie des avantages, le délit commis est le trafic d'influence.

Encore faut-il, pour que le délit de trafic d'influence soit constitué, que « le bénéficiaire des dons ou présents soit considéré ou se présente comme un intermédiaire dont l'influence, réelle ou supposée, est de nature à faire obtenir une faveur quelconque ou une décision favorable d'une autorité publique ou d'une administration. » Quels sont les avantages que le trafiquant s'engage à fournir ? Ils sont définis en termes très larges par le Code pénal, qui mentionne expressément les distinctions, les emplois et les marchés, mais également toute « décision favorable ». À cette aune, il pourra s'agir de la délivrance d'un permis de construire, ou encore d'une autorisation d'occupation du domaine public. Peu importe que le trafiquant d'influence exécute ou non le pacte, en jouant de son influence supposée, et, s'il en joue, peu importe que la décision favorable soit finalement prise ou non : le délit est constitué par la conclusion du pacte.

Bien entendu, le trafic d'influence, prévu par l'article 250, se distingue de l'escroquerie, prévue par l'article 540 du Code pénal. Les éléments qui forment l'escroquerie s'appuient notamment sur la qualité de corrompu et de corrupteur, l'activité matérielle délictueuse et le but de manœuvres corruptrices.

C - Champ d'application du trafic d'influence : la condamnation est également encourue, même si la décision à prendre ne relève pas des compétences de la collectivité employant l'agent qui fait trafic de son influence. Par exemple, un fonctionnaire peut être condamné pour trafic d'influence après avoir reçu, en connaissance de cause, des sommes d'argent pour tenter de faciliter l'octroi d'un bon de commande, en faisant notamment une intervention auprès d'un assistant parlementaire. Le rang hiérarchique de l'agent poursuivi est indifférent, la condamnation pouvant intervenir malgré le caractère modeste de ses fonctions. Un agent public local peut également être condamné pour complicité de trafic d'influence, notamment, s'il a organisé un **dispositif de financement de partis politiques** par les responsables des entreprises attributaires de marchés publics. Il suffit que le décideur public ait eu conscience de l'altération à laquelle il procédait, sans nécessairement poursuivre un intérêt personnel ou privé, pour que l'élément intentionnel soit retenu contre lui.

C'est un délit qui consiste à recevoir des dons (argent, biens) pour favoriser les intérêts d'une personne physique ou morale auprès des pouvoirs publics. C'est une forme de corruption. L'article 250 du Code pénal donne une définition large de l'influence et multiplie la peine par deux si la personne incriminée est un magistrat ou un fonctionnaire public. Le Code pénal prévoit aussi la multiplication par deux pour les élus. En 1972, la Cour spéciale a étendu aux **ministres la qualité de fonctionnaires** dans les affaires de corruption et de trafic d'influence.

§4- Le délit de favoritisme

C'est l'octroi d'un avantage injustifié qui consiste à procurer ou à tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès aux marchés publics ainsi que l'égalité des candidats, ce qui constitue une infraction économique de droit commun. Le droit français en fait une catégorie à part entière. Le droit marocain doit se référer à des incriminations plus clas-

siques : ainsi, l'intention de commettre ce délit nécessite d'être caractérisée ; cette intention est assez librement appréciée par le juge, compte tenu de l'absence d'une définition des éléments susceptibles de constituer le favoritisme. Sont directement concernées les procédures réglementées, puisque le Code des Marchés publics définit les conditions réglementaires dans lesquelles le maître d'ouvrage et/ou l'autorité compétente respectent les obligations relatives à la liberté d'accès à la commande publique et à l'égalité des candidats. L'avantage est injustifié dès l'instant où le fournisseur ou l'entrepreneur est choisi par le maître d'ouvrage alors qu'il n'aurait pas dû l'être si les règles de passation des marchés publics avaient été respectées : par ces règles il faut citer notamment les procédures normales de mise en concurrence, les délais de publicité, l'appel d'offres, la composition de la commission ou du jury de concours. Aussi, par un fractionnement indu du marché et son partage entre plusieurs entrepreneurs, autant on peut morceler, autant on peut regrouper afin d'obtenir des lots importants et empêcher ainsi certaines entreprises de prendre part au marché afin de limiter la concurrence. La définition des clauses techniques « sur mesure », la désignation d'une marque ou d'un procédé technique de sorte qu'une seule entreprise soit en mesure de répondre à l'appel d'offres, ou encore l'information exclusive d'un acteur économique peuvent caractériser ce délit, tout comme l'exercice, par l'exécutif ou son représentant, de son influence pour conditionner ou entériner, avant même la réunion de la commission d'appel d'offres, le choix de l'attributaire d'un marché.

Sont concernées toutes les personnes physiques dépositaires de l'autorité publique, investies d'un mandat électif ou public ou chargées d'une mission de service public. S'y ajoutent les personnes exerçant les fonctions de représentant, d'administrateur ou d'agent de l'État, des collectivités, des établissements publics et des syndicats d'économie mixte, ou toutes personnes agissant pour leur compte. La pénalisation constitue un dispositif efficace de protection des marchés publics, dans la mesure où les infractions de favoritisme ont un caractère très technique qui repose sur une réglementation complexe. Seul le juge peut pousser les investigations plus loin afin de déceler les moyens illégaux pour détourner la procédure réglementaire de passation des marchés. Le droit de la concurrence constitue aussi une arme pour lutter contre la collusion et la corruption.

§5- Le délit d'initié

Au Maroc, le délit d'initié est régi par la **loi 1-93-112** relative au **Conseil déontologique des Valeurs mobilières (CDVM)** et aux informations exigées des personnes morales faisant appel public à l'épargne. Aux termes de l'article 25 de ce dahir, le délit d'initié est le fait, pour « **une personne disposant dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions, d'informations privilégiées et de les utiliser pour réaliser ou permettre sciemment de réaliser sur le marché, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations.** »

Le délit d'initié est le fait d'utiliser pour son propre compte ou celui de quelqu'un d'autre des informations qui ne sont pas encore connues des autres candidats, des informations censées être confidentielles que l'on obtient grâce à sa profession. On dit d'une personne qu'elle est **initié**, soit en vertu de ses fonctions de direction (ordonnateur ou sous-ordonnateur), soit parce que dans l'exercice de ses fonctions, elle est amenée à détenir des informations privilégiées. Cette notion se décompose donc en deux éléments : il faut que l'intéressé dispose d'une information et que celle-ci soit une information privilégiée.

Afin de tenir compte des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent au moment de déroulement de la procédure d'examen et d'évaluation des dossiers des concurrents, l'article 12-B-1 §6 du décret des marchés publics a mis des soupapes de sécurité lors de déroulement de la procédure, du dialogues compétitif « **Le maître d'ouvrage ne peut donner à des candidats des informations susceptibles de leur conférer un avantage concurrentiel par rapport aux autres candidats.** Il ne peut non plus révéler aux autres candidats les solutions proposées ou les informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre du dialogue compétitif, sans l'accord formel de celui-ci. » Il faut rappeler néanmoins que, selon certains, la qualité de l'information reçue ne peut s'apprécier qu'en fonction de la personne qui l'a reçue.

Or les concurrents sont en situation d'inégalité en raison de leurs différences de position ; en conséquence le juge ne pourra en aucune manière retenir le critère de la qualité de la personne qui reçoit l'information pour se prononcer sur son caractère privilégié, ce serait faire mauvaise justice que de trancher si une information est privilégiée ou ne l'est pas. Toutefois il faut reconnaître que l'information doit avoir une certaine qualité : elle doit être précise, particulière et certaine.

Le devoir de secret professionnel ne doit pas être transgressé par qui que se soit. La justification des capacités professionnelles est un volet essentiel de la sélection des candidatures par les acheteurs publics. Divulguer des informations relatives à tel ou tel marché public par des moyens frauduleux est strictement interdit.

Les initiés de droit ou directs, en premier lieu, sont censés être les responsables du marché : le maître d'ouvrage avant tout, mais aussi l'ordonnateur, le sous-ordonnateur, toute personne ayant participé directement dans l'établissement du contenu de la prestation objet du marché en raison des fonctions qu'ils exercent, avec une présomption d'initiation irréfragable concernant les détails du marché. L'article 4 de la loi relative à la responsabilité des ordonnateurs et des comptables dispose que « Les ordonnateurs sont, en vertu des lois et règlements en vigueur, personnellement responsables du respect de la réglementation relative aux marchés publics. » On peut citer à titre d'exemple l'octroi à un candidat d'« **informations privilégiées** » qui lui permettent de proposer l'offre la plus avantageuse au projet, au détriment des autres candidats.

Ensuite on peut citer les **initiés indirects**, toutes les autres personnes du fait qu'elles disposent d'informations privilégiées dans le cadre de l'exercice de leur profession. Cette catégorie se voit aussi peser sur elle une présomption simple, et ce conformément à l'article 7 de la loi 66-91 susvisée : « Tout fonctionnaire ou agent placé sous les ordres d'un ordonnateur, d'un comptable public ou agissant pour le compte de l'un d'entre eux, peut être rendu personnellement responsable en lieu et place de l'ordonnateur ou du comptable, lorsqu'il est établi que la faute commise est imputable audit fonctionnaire ou agent. »

§6- L'indépendance de l'architecte

L'engagement professionnel de l'architecte vis-à-vis du maître d'ouvrage fait l'objet d'un contrat écrit préalable, définissant la nature et l'étendue de ses missions ou de ses interventions ainsi que les modalités de sa rémunération. À cet effet, il doit assumer ses missions en toute intégrité et clarté, en évitant toute situation ou attitude incompatibles avec ses obligations professionnelles ou susceptibles de jeter un doute sur cette intégrité.

Dans sa mission de contrôle, l'architecte doit s'assurer que l'exécution des travaux est conforme aux plans qu'il a établis ; en outre il doit donner aux exécutants des directives précises et intervenir chaque fois qu'une tâche délicate requiert normalement sa présence. Ainsi l'architecte trouve son rôle essentiel d'acteur de l'intérêt général tel qu'il résulte du contrat avec l'administration.

En effet, dans l'optique de préserver l'indépendance de l'architecte et pour que cette indépendance ne puisse être mise en danger si l'architecte est subordonné à l'entrepreneur, l'article 93 du C.M.P. indique que « Les honoraires de l'architecte lui sont payés exclusivement par l'organisme dont relève le maître d'ouvrage. » L'arrêté 1689-23 du 03/07/2023 ajoute dans l'article 22 du contrat d'architecte, que l'architecte ne doit accepter des titulaires du marché aucun avantage, ni recevoir aucune redevance, gratification ou commission sur un article. Cette ligne de conduite implique que l'architecte est tenu de garder une indépendance d'action absolue vis-à-vis du titulaire du marché.

Son **rôle de surveillance** suppose une attention particulière à l'égard de l'entrepreneur dont il doit suivre les travaux, quantitativement et qualitativement, en l'empêchant, le cas échéant, de contrevenir aux règles de construction, ce qui suppose une présence permanente sur le chantier ; son **rôle de contrôle** consiste dans la vérification de ce qui a été accompli par l'entrepreneur ou le sous-traitant ; enfin, son **rôle de conseiller et de maître d'œuvre** implique que, dans toutes les circonstances susceptibles de faire varier le coût des travaux, toute augmentation par rapport au coût initial doit être portée à la connaissance du maître d'ouvrage, sans délai et par écrit, de façon détaillée, afin qu'il puisse voir clairement l'origine de cette augmentation du coût, puisqu'il s'agit de la gestion des deniers publics.

Pour cette raison, l'alinéa 2 de l'article 22 du contrat d'architecte prévoit des mesures coercitives, ce qui n'exclut pas des poursuites pénales.

Section 2

La responsabilisation des concurrents

Le décret impose une déclaration sur l'honneur. C'est un document qui **permet de justifier un fait ou une situation qui ne peut être prouvé par aucun autre document officiel**. De plus, la déclaration doit se faire par écrit, soit lettre manuscrite ou dactylographiée, sauf mention contraire. Quant à la **signature sur ce document, elle doit être absolument manuscrite**. La signature est une preuve que le concurrent adhère à certaines conditions prévues par les textes. Intégrer l'autre partie du contrat, le concurrent en l'occurrence, constitue un élément essentiel dans le dispositif de moralisation des marchés publics.

Il s'agit d'inculquer des normes et valeurs d'ordre moral qui vont de pair avec les principes de légalité. À cet effet, obligation est faite aux concurrents, par l'article 29-5-d, f etg, d'avoir une conduite irréprochable durant la phase de soumission. Ainsi, ils doivent certifier l'exactitude des informations contenues dans leurs offres et sont obligés de s'engager par une déclaration sur l'honneur à ne pas recourir à des pratiques de fraude ou de corruption dans la passation

des marchés. Ainsi, le délit de complicité, défini par les articles 128 et 129 du Code pénal, inclut le concurrent qui participe ou qui prend part à l'exécution matérielle de l'infraction. En matière d'infraction au devoir de probité, comme pour les autres infractions, l'élément intentionnel exige que l'auteur ait eu conscience de l'aide apportée à l'action principale.

Pour constituer une atteinte à la probité, il faut la réunion d'un élément matériel et d'un élément moral ou intentionnel ; la matérialité étant le fait d'avoir accompli des faits délictueux, l'élément moral étant lié à l'intention de son auteur. Par ailleurs, une simple négligence ne peut être assimilée à une participation intentionnelle. Pour soumissionner, le candidat doit constituer un dossier administratif dont la déclaration sur l'honneur est une pièce maîtresse. Il doit la rédiger, dater et signer pour attester qu'il respecte les dispositions du Code des Marchés, notamment quant au recours à des pratiques de fraude ou de corruption.

§1- L'exactitude des informations

Au stade du dépôt de l'offre, le candidat atteste sur l'honneur qu'il a satisfait aux obligations prévues par le Code des Marchés, et que, par sa simple participation à une procédure de marché public, il déclare expressément qu'il ne se trouve pas dans l'un des cas d'exclusion, c'est-à-dire qu'il ne fait l'objet d'aucune interdiction de concourir, qu'en outre les références et qualifications ainsi que les capacités professionnelles, techniques et financières nécessaires à l'exécution du marché public sont exactes.

Si, après vérification, la déclaration sur l'honneur ne correspond pas à la réalité, ou si l'administration détecte des actes frauduleux ou un non respect des engagements pris par le soumissionnaire, la décision d'exclusion temporaire ou définitive du soumissionnaire est prise par le ministre concerné après avoir consulté la commission des marchés. Une régularisation a posteriori n'est pas possible.

Aussi, la violation de cette règle de sincérité des déclarations du candidat peut être constitutive d'une infraction pénale. Conformément à l'article 351 du Code pénal, une fausse déclaration est toute altération frauduleuse de la vérité par la fabrication d'un document ou par sa modification intentionnelle. L'altération de la vérité est l'élément matériel de l'inexactitude de la réalité juridique et financière de l'entreprise. La production d'un faux commis dans une attestation fiscale délivrée par la Trésorerie générale aux fins de constater que l'entreprise se trouve dans telle ou telle situation fiscale est punie par la loi, notamment par l'article 360 du Code pénal.

§2- Le délit de faux

Lorsqu'un document dépourvu, de par sa nature, de force probante (cas des documents comptables ou des documents constitutifs du marché) peut constituer un faux dès lors qu'il produit certains effets juridiques, il convient de se référer à l'utilisation du document – et donc à ses effets juridiques – plutôt qu'à sa nature. Si une entreprise a conclu un marché avec une administration mais n'a pas réalisé de travaux tout en adressant à l'administration des faux décomptes, elle a ainsi faussement affirmé posséder une créance sur l'administration.

Il s'agit en fait d'une altération de la vérité par désignation dans les factures d'une personne censée être le véritable titulaire de la créance, dans la mesure où ces factures ont été établies mensongèrement pour créer l'apparence d'une participation aux travaux réalisés pour l'administration.

C'est une falsification matérielle, c'est-à-dire une altération physique du document, qui peut être considérée comme une atteinte à son authenticité. Dans cette éventualité, il faut noter que cette opération avait donc bien pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques ; ces fausses factures étaient bien de nature à occasionner un préjudice éventuel, privant la commune de la possibilité de conclure tel ou tel marché, exposant cette collectivité à des actions pouvant avoir des incidences sur ses finances. Aussi, la responsabilité de l'administration se voit engagée pour méconnaissance du principe d'égalité devant les marchés publics, si le délit de faux consiste dans le fait qu'une personne, tenue de justifier sur le plan comptable les mouvements de fonds effectués en vertu de son mandat, établit des pièces justificatives inexacts concernant les opérations correspondantes. Si tout ou partie de ces cas de figure sont réunis, la faute présente bien le caractère d'un titre entrant dans les dispositions des articles 150 et 151 du Code pénal alors applicables et, sur les plans comptable et financier, l'entrepreneur peut être déclaré **comptable de fait** puisque il a manié des deniers publics.

Section 3

Les outils et moyens de moralisation

Moyen au service d'une politique, la loi est fréquemment présentée et utilisée comme un procédé de nature à permettre l'instauration d'une société nouvelle, plus juste. En effet elle constitue une approche pour appréhender les différents problèmes que la société risque d'affronter et c'est aux individus qui composent la société de les appliquer ou de les transgresser.

Le décret des marchés publics offre des moyens et des outils pour moraliser l'environnement des marchés. Cette moralisation est un processus pour inculquer des normes et valeurs morales. Or la soumission des administrés et de l'administration aux principes de la légalité est la règle. Pour éviter le clientélisme et le détournement de fonds, la transparence et les contrôles sont en fait des moyens et des outils préconisés par le décret.

§1- Le programme prévisionnel triennal

En continuité avec les modalités de publicité et de mise en concurrence qui permettent de respecter les principes généraux du Code des Marchés, et en complémentarité avec l'action pédagogique conduite au travers de la démarche de dématérialisation des procédures, l'article 17 du C.M.P. prévoit la publication d'un programme prévisionnel triennal des achats établi par le maître d'ouvrage, de même que la mise à jour de ce programme. Celui-ci est à porter à la connaissance des personnes intéressées par tous les moyens de publication, y compris sur le portail des marchés publics.

Le maître d'ouvrage publie au début de chaque année budgétaire et au plus tard avant la fin du premier trimestre un programme prévisionnel qui retrace les marchés qu'il compte passer au titre de l'année considérée. La publication doit être effectuée dans un journal à diffusion nationale au moins et sur le portail des marchés publics. Le maître d'ouvrage a aussi l'obligation d'afficher le programme prévisionnel des marchés dans ses locaux pendant une durée de trente (30) jours au moins.

L'article 17 §5 dispose que, e programme prévisionnel triennal doit contenir notamment :

- ✓ Pour l'année budgétaire considérée, l'indication, pour chaque marché, de l'objet de l'appel à la concurrence, la nature de la prestation, le lieu d'exécution, le mode de passation envisagé, l'estimation prévisionnelle du coût de la prestation, la période prévisionnelle de la publication de l'avis d'appel à la concurrence et le cas échéant, la mention de réservation du marché à la très petite, à la petite et moyenne entreprise, à la coopérative, à l'union de coopératives et à l'auto-entrepreneur ;
- ✓ Pour les deux années suivant l'année considérée, une présentation agrégée des principaux projets ou opérations que le maître d'ouvrage envisage de réaliser dans le cadre de la programmation budgétaire triennale.

Cela signifie que le programme doit permettre aux opérateurs économiques de disposer d'une vision globale des appels d'offres à l'échelle nationale, afin qu'ils puissent prendre les dispositions adéquates et élaborer à leur tour un programme cohérent avec les objectifs définis, tout en prévoyant les investissements matériels, car il est également indispensable de trouver des partenaires financiers si le volume du marché l'exige, et de planifier les moyens humains appropriés.

Il s'agit, pour les opérateurs économiques, d'anticiper les opérations, selon un programme prévisionnel en adéquation avec le volume de production. Il revient en effet aux services des différentes administrations de déterminer les actions les plus appropriées aux besoins de chaque entité, en les articulant suivant un calendrier avec des objectifs par priorités selon les régions.

Le programme prévisionnel recense et hiérarchise les marchés qui seront lancés dans l'année. Il doit orienter les opérateurs économiques en indiquant par un schéma directeur : l'objet de l'appel à la concurrence, la nature de la prestation, le lieu d'exécution, le mode de passation envisagé et la période prévisionnelle de la publication de l'avis d'appel à la concurrence concernant les marchés qu'il envisage de lancer au titre de l'année budgétaire considérée. À cet effet, le programme prévisionnel, dans sa phase de préparation et dans sa phase d'application, doit être conçu comme un support de communication entre les différents acteurs concernés.

§2- Le rapport de présentation du marché

C'est le premier filtre qui permet de constater le respect des règles de transparence et d'égalité des candidats ainsi que la bonne gestion des deniers publics. Prévu par l'article 156 du C.M., le rapport de présentation du marché, établi par le maître d'ouvrage, est censé retracer

l'ensemble des démarches entreprises qui ont amené à la définition de l'objet du marché et à sa conclusion. Son objectif est de structurer une démarche suffisamment en amont, à l'occasion de stratégies d'acquisition ou d'achat, au moyen d'une planification rigoureuse, en développant une connaissance du marché, afin d'optimiser le facteur temps au bénéfice de la constitution des offres. Le rapport constitue en fait un tableau de bord qui va permettre de suivre l'application de l'objet du marché. Il comporte, au-delà des indicateurs administratifs, des indices permettant de suivre qualitativement l'atteinte des objectifs avancés. Ainsi, le but recherché est d'informer toutes les personnes impliquées dans sa conception, sa réalisation et son contrôle.

Ce rapport présente une vue synoptique du marché. Dans ce sens, il doit présenter un résumé de l'économie générale du marché et du processus de déroulement prévu. Ce descriptif doit inclure la nature et l'étendue des besoins à satisfaire avec une description des quantités et de leur échelonnement dans le temps ainsi que de leurs montants, ce qui renvoie à l'objet du marché. Il doit fournir des informations relatives aux critères du choix du titulaire potentiel du marché, décrire les parties qui ne peuvent faire l'objet de sous-traitance. À cet effet, l'administration ne doit pas masquer les éléments qui se retrouveront dans l'avis d'attribution.

Si le rapport permet à l'autorité signataire du marché d'avoir une vision synthétique de la procédure et de ses attendus, il est en premier lieu destiné à informer tous ceux qui ont participé à l'opération de soumission, car ce rapport participe au respect du principe de transparence énoncé à l'article 1 du Code des Marchés publics. Le soumissionnaire aura la possibilité de juger par lui-même des conditions du déroulement de l'opération d'évaluation des offres et des circonstances dans lesquelles son offre a été écartée.

Cependant, toute mention dans le rapport, de nature à divulguer des informations à caractère nominatif concernant les autres concurrents, doit respecter le secret professionnel, notamment la protection de la propriété intellectuelle et industrielle de chaque candidat.

§3- Le rapport d'achèvement de l'exécution du marché

Prévu par l'article 157, le rapport relate l'historique du processus de l'exécution du marché et indique si les objectifs fixés et si la stratégie d'exécution sont atteints. Sa finalité est de consigner toutes les informations pertinentes et les événements qui auront été constatés tout au long de la période de son exécution à partir de la date de l'ordre de service jusqu'au moment de la phase de son extinction.

C'est une évaluation interne qui constitue un document de référence, car il est censé faciliter la consultation et le contrôle du déroulement de l'exécution des opérations relatives au marché à tous ceux qui ont un intérêt à contrôler ce processus, notamment l'objectif défini ; les composantes prévues et effectivement réalisées ; le coût et le financement ; le respect de certaines règles édictées par le Code des Marchés, notamment compte tenu des enjeux environnementaux et d'autres questions connexes telles que les modalités de passation de marchés, les fluctuations rencontrées qui impactent le volume des réalisations et les coûts prévus et réels.

Conclusion

Plusieurs avancées ont été apportées par le décret du 08/03/2023, soit par l'introduction de nouveaux thèmes (l'appel d'offres simplifiés, marchés de dialogue compétitif, offre spontanée, renforcement de la dématérialisation, achats sur catalogue, prestations architecturales, organismes publics assujettis au décret), soit par la simplification des procédures et les retouches relatives aux modes de passation. Le recours à **l'économie sociale** constitue une nouveauté. Il s'agit d'un modèle économique au fonctionnement collectif et à la gouvernance démocratique. Orienté par une éthique qui place l'homme plutôt que le profit au centre de son fonctionnement:

- L'article 1^{er} du décret des marchés publics indique d'une manière claire que « Le maître d'ouvrage prend en compte, lors de la passation des marchés publics, selon le cas, les dimensions économique et sociale »

L'article 5 §5 prévoit que « Pour la réalisation de prestations à composante artisanale, la définition des besoins par le maître d'ouvrage se fait sur la base de produits de l'artisanat marocain. L'article 16-B-h et i « Les cahiers des prescriptions spéciales doivent contenir, au moins, les mentions et les stipulations suivantes : h) le recours à l'emploi de la main-d'œuvre locale pour les marchés de travaux et de services autres que les études ;i) le recours aux artisans pour les marchés comportant une composante artisanale. L'article 21 2 « Le règlement de consultation prévoit : le recours aux produits de l'artisanat marocain. Cette économie accorde une place à la diversité des statuts qu'elle recoupe. Ces statuts sont eux-mêmes représentatifs de la variété des activités qui la composent notamment les **coopératives**. Leur statut permet d'associer différents types de parties prenantes à la gouvernance. Elles sont fortement ancrées dans le territoire, puisqu'elles produisent des biens et des services à forte utilité sociale.

- L'article 28-III, facilite l'accès au marché public « Lorsque le concurrent est une coopérative ou une union de coopératives »
- L'article 43-II- 2 prévoit « lorsque l'un des concurrents concernés est une coopérative, une union de coopératives ou un auto- entrepreneur, une préférence est accordée à l'offre présentée par celui-ci ;

Toutefois la moralisation de l'environnement des marchés publics constitue un élément primordial ; de par leur importance dans la vie économique du pays et les conséquences sur le tissu social, les principaux acteurs sont appelés à respecter une ligne de conduite irréprochable. L'enjeu est d'insuffler une dynamique pour inculquer des normes et valeurs morales. Les dispositions du décret ont instauré une ligne de conduite d'éthique et de moralisation des relations contractuelles des parties impliquées dans la réalisation des marchés publics.

Éthique et déontologie constituent une réponse à tous les maux qui entâchent le déroulement d'une procédure : corruption passive ou active, conflits d'intérêt, trafic d'influence, délits de faux, etc. Néanmoins, dans un contexte de renforcement continu des exigences de transparence et d'amélioration de la gestion publique, réussir le pari d'un environnement sain des affaires, notamment en matière de marchés publics, constitue une nécessité et un atout, non seulement pour les acteurs économiques, mais aussi pour le pays.

À cet égard il faut remarquer que la moralisation est un dispositif ; par conséquent elle nécessite la mise en œuvre de moyens parfois chronophages, en amont au niveau des services gestionnaires - les ordonnateurs en l'occurrence - et en aval au niveau des juridictions compétentes, puisque le strict respect des règles juridiques est indispensable. Tout manquement à ces règles doit être, le cas échéant, sévèrement sanctionné par le juge : juge de référé précontractuel et contractuel, juge des comptes, juge pénal.

Cependant, afin d'assurer un déroulement normal des procédures de la commande publique, pour garantir la qualité d'un achat public et préserver les deniers publics, l'acquisition d'une compétence requiert une formation particulière, notamment par la mobilisation de matière grise, c'est-à-dire de ressources humaines. Pour guider les gestionnaires dans leur travail quotidien, il est nécessaire d'élaborer un manuel des procédures spécifiques à la commande publique et un guide de déontologie qui devra gouverner le comportement des services concernés ainsi que celui des décideurs.

Bibliographie

1 - Ouvrages spécialisés

- BLIND Laurent, *Les Marchés publics accessibles aux T.P.E.-P.M.E.*, 2010.
- BRÉCHON-MOULÈNES Christine, (sous la direction de), *Droit des marchés publics*, 3 vol., Éd. Le Moniteur, Paris.
- DE MAILLARD Jean, *Un monde sans loi : La criminalité financière en images*, Éd. Stock, Paris, 1999.
- EMERY C., *Passer un marché public*, 2^e édition, Éd. Delmas et Le Moniteur, Paris, 2004.
- ROMEUF René, *La Pratique des marchés publics*, 2^e édition, Éd. J. Delmas, Paris, 1977.
- LAJOYE Christophe, *Droit des marchés publics*, Mémentos L.M.D., 3^e édition, Éd. Gualino Lextenso, Paris, 2008.
- LINDITCH Florian, *Droit des marchés publics*, 3^e édition, Éd. Dalloz, Paris, 2004.
- MAKOWSKI Frédéric, *Marchés publics : informations pour les administrations et les entreprises*, 2002.
- MYHIE Ludovic, *Marchés publics : dimension juridique et économique*, Éd. Weka, Paris, 2013.
- MYHIE Ludovic, *Pilotez vos marchés publics*, Éd. Weka, Paris, 2012.
- PRIEUX Henri, *Traité pratique du droit des travaux publics et des marchés publics*, Tomes I-II-III et IV, Éd. Le Moniteur, Paris, 1968.
- ROMEUF René, *La Pratique des marchés publics*, 2^e édition, Éd. J. Delmas, Paris, 1977.
- SABIANI François, *Marchés publics de travaux*, 5^e édition, Éd. Delmas, Paris, 1995.

2 - Ouvrages généraux partiellement consacrés au thème des « Marchés publics »

- Acheter vert : Un manuel sur les marchés publics écologiques*, Commission européenne, Office des Publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2005.
- Actualité des marchés publics*, L'Actualité juridique, Droit administratif, Paris, n° spécial du 20 juillet/20 août 1994.
- BENOIT Francis-Paul, *Le Droit administratif français*, Éd. Dalloz, Paris, 1986.
- Conseil d'État, *Le Contrat : Mode d'action publique et de production des normes – Rapport public 2008*, E.D.C.E., n° 59, Paris, 30/11/2007.
- GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, Coll. Thémis, P.U.F., Paris, 2011.
- JÈZE Gaston, *Les Principes généraux du droit administratif : Théorie générale des contrats de l'Administration*, 3^e édition, 1^{er} vol., Éd. Giard, Paris, 1934, 2^e et 3^e vol., L.G.D.J., Éd. Montchrestien, Paris, 1936.
- NOGUELLOU R. et STELKENS U., *Droit comparé des contrats publics*, Éd. Bruylant, Bruxelles, 2010.
- RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, Coll. Manuels, L.G.D.J., Éd. Montchrestien, Paris, 2010.
- ROUSSET Michel, *Contentieux administratif*, Éd. La Porte, Paris, 1993.

3 - Réflexions transdisciplinaires

- AYNÈS Laurent, *La Cession de contrat*, Éd. Economica, Paris, 1984.
- BONTOUX Charles, *Le Crédit documentaire, moyen de paiement et de financement*, L.G.D.J., Éd. Montchrestien, Paris, 1998.
- DAVID René, *L'Arbitrage dans le commerce international*, Éd. Economica, Paris, 1982.
- DE LAUBADÈRE A., MODERNE F., DELVOLLE P., *Traité des contrats administratifs*, 2^e éd., 2^e vol., L.G.D.J., Éd. Montchrestien, Paris, 1984.
- KIRAT Thierry, *Économie et droit du contrat administratif*, La Documentation française, Paris, 2005.
- LEBOULANGER Philippe, *Les Contrats entre États et entreprises privées*, Éd. Economica, Paris, 1985.
- LEMAIRE Sophie, *Les Contrats internationaux de l'administration*, Coll. Bibliothèque de Droit privé, L.G.D.J., Éd. Montchrestien, Paris, 2005.
- LÉVY Laurent, *La Nationalité des sociétés*, L.G.D.J., Éd. Montchrestien, Paris, 1984.
- LICHÈRE François, *Droit des contrats publics*, Documentation française, Éd. Dalloz, Paris, 2008.
- MARCUS Laure, *L'Unité des contrats publics*, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Éd. Dalloz, Paris, 2010.
- MEKKI Mustapha, *Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., Éd. Mont-

chrestien, Paris, 2004.

MUKOIE-OKITUNUNGU Christophe, *Le Crédit documentaire : instrument de paiement et de financement du commerce international : une analyse droit-économie*, Leuven, Éd. Oyez, Paris, 1976.

OUAZZANI-CHAHDI Hassan, *Droit administratif*, Éd. Najah El Jadida, Casablanca, 1997.

SERVAN Roger, *Gestion communale, budget finances, intervention économique*, Éd. J. Delmas, Paris, 1985.

4 - Articles

BOUQAQBOUT Abdelmajid, *Marchés publics, guide pratique du gestionnaire*, Éd. R.E.M.A.L.D., Rabat, n° 7-8, avril-septembre 1994.

EL YAGHOUBI Mohammed, *Le Contrôle de la moralité administrative*, Éd. R.E.M.A.L.D., Rabat, n° 38-39, mai-août 2001.

FONTAINE Marcel, *Aspects juridiques des contrats de compensation*, Éd. D.P.C.I., 1981.

GAUCHERY-LACROIX L., *Les compensations internationales*, Éd. Option Finance n° 196, Paris, 03/02/1992.

LINOTTE Didier, *Un cadre juridique désormais sécurisé pour les contrats de partenariat*, Les hebdomadaires A.J.D.A., n° 1/2005 du 10/01/2005, Éd. Dalloz, Paris.

MONERA Frédéric, *Les financements innovants de services et de projets publics*, Revue de la Recherche juridique, Droit prospectif, P.U.A.M., Aix-en-Provence, 2005-1, p. 337 et suiv.

PIERRE-VANTOL Benjamin, *L'influence de la pondération des critères d'attribution d'un marché public sur la commission d'appel d'offres*, Revue générale des Collectivités territoriales, n° 43, Paris, 2008.

REGALA-OUAZZANI Abdallah, *L'arbitrabilité du droit public marocain*, R.E.M.A.L.D., n° 54-55, Rabat, janvier-avril 2004.

المراجع بالعربية

1- كتب

- أحمد الصايغ محاضرات ألقاها على طلبة وحدة المهنة القضائية والقانونية، الفوج الأول 2004-2005 كلية الحقوق السويسي الرباط.
- علمي هناء، أمين كوثر، منازعات الصفقات العمومية، طوب بريس 2010
- عبد الله حداد: صفقات الأشغال العمومية ودورها في التنمية منشورات عكاظ، شتنبر 2000
- باينة عبد القادر، القضاء الإداري، توبقال، 1988
- الصروخ مليكة، الصفقات العمومية في المغرب، النجاح، 2009

2- مقالات

- محمد البخاري: منازعات العقد الإداري في نطاق القضاء الشامل، مجلة الملحق القضائي، 2002
- محمد النجاري: منازعات العقد الإداري في نطاق القضاء الشامل مجلة الملحق القضائي، العدد 135، سنة 2003
- محمد الأعرج: الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في منازعات العقود الإدارية مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 47
- حماد حمادي، الجزاء المطبقة في ميدان الصفقات العمومية، مقال منشور بالمجلة 1996، 14 المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 15
- أمزيد الجيلالي، منازعات الصفقات العمومية، مؤسسة هانس سايدل.

Textes de base

- *Décret n° 2-12-349 du 20/03/2013 relatif aux marchés publics.
- *Décret n° 2-99-1087 du 04/05/2002 relatif au Cahier des Clauses générales applicables aux marchés de services, prestations d'études et de maîtrise d'œuvre passés pour le compte de l'État (C.C.A.G.–E.M.O.).
- *Décret n° 2-14-394 du 13/05/2016 relatif au Cahier des Clauses générales (C.C.A.G.-Travaux)
- *Arrêté du ministre de l'Économie et des Finances n°1874-13 du 13/11/2013 relatif aux marchés publics.
- *Loi n° 45-08 relative à l'organisation des finances des collectivités locales du 18/02/2009.
- *Arrêté du ministre de l'Intérieur n°3575-13 du 10/12/2013 relatif aux modalités de la composition de la commission d'appel d'offres.
- *Arrêté du ministre de l'Intérieur n°3576-13 du 10/12/2013 relatif aux modalités de la composition de la commission de suivi des marchés publics.
- *Arrêté du ministre de l'Intérieur n°3611-13 du 12/12/2013 relatif aux marchés négociés.
- *Arrêté du Premier ministre du 10/03/2008 fixant les règles et les conditions de révision des prix des marchés publics.
- *Circulaire du Premier ministre n° 46/cab du 20/06/1991 relative à la diffusion de trois textes - C.C.A.G.–Travaux - Fournitures et services des marchés financés par l'Union européenne.
- *Décret n° 2-94-223 du 16/06/1994 relatif au système de qualification et de classification des entreprises de bâtiment et de travaux public.
- *Loi n° 69-00 du 11/11/2003 relative au contrôle financier de l'État sur les entreprises publiques et autres organismes.
- *Arrêté du ministre de l'Économie et des Finances n°3535-13 du 28/11/2013 fixant la liste des établissements publics assujettis au décret des marchés publics.
- *Décret Royal n°330-66 portant règlement général de comptabilité publique du 21/04/1967 tel qu'il a été modifié et complété.
- *Décret n° 2-07-1235 du 04/11/2008 relatif au contrôle des dépenses de l'État.
- *Dahir du 19/02/2015 relatif au nantissement des marchés publics.
- *Décret n° 2-16-344 du 22/07/2016 relatif aux délais de paiement et aux intérêts moratoires en matière de marchés de l'État.
- *Dahir n° 1-56-211 du 11/12/1956 relatif aux garanties pécuniaires exigées des soumissionnaires et adjudicataires de marchés publics.
- *Circulaire n° 72-cab du 26/11/1992 relative aux modalités d'application du dahir du 11/12/1956 relatif aux garanties pécuniaires.
- *Loi n° 54-05 du 14/02/2006 relative à la gestion déléguée des services publics.
- *Loi n° 15-97 du 1/06/2000 formant Code de Recouvrement des Créances publiques.
- *Loi n° 61-99 du 03/04/2002 relative à la responsabilité des ordonnateurs et des comptables publics.
- *Loi n° 41-90 du 10/09/1993 instituant des tribunaux administratifs.
- *Dahir du 12/08/1913 formant Code des Obligations et des Contrats.
- *Dahir n° 1-74-447 du 28/09/1974 formant Code de Procédure civile.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

A.M.P.	Accord plurilatéral sur les Marchés publics
A.T.D.	Avis à tiers détenteur
C.C.A.G.	Cahier des Clausees administratives générales
C.D.C.	Caisse de Dépôt et de Consignation
C.E.	Conseil d'État
C.E.	Crédit d'engagement
C.M.	Commission des marchés
C.M.P.	Code des Marchés publics
C.N.U.D.C.I.	Commission des Nations unies pour le Droit commercial international
C.P.	Crédit de paiement
C.P.C.	Cahier des Prescriptions communes
C.P.C.	Code de Procédure civile
C.P.S.	Cahier des Prescriptions spéciales
D.C.P.	Décret de la Comptabilité publique
D.G.	Décompte général
D.G.D.	Décompte définitif général
D.O.C.	Dahir des Obligations et des Contrats
E.M.O.	Étude de Maîtrise d'œuvre
M.R.O.	Maintenance Repair Operating
O.M.C.	Organisation mondiale du Commerce
O.R.M.	Operating System Resource
P.M.E.	Petite et moyenne entreprise
S.G.G.	Secrétariat général du gouvernement
T.A.	Tribunal administratif
U.E.	Union européenne

Index alphabétique

A

*accès, achèvement,
acompte,
adjudication,
affichage,
agrément,
ajournement,
aléa,
aléas,
amiable, appel d'offres,
approbation, approvisionnement,
arbitrage,
architecte,
architecte,
assurance,
attachement,
augmentation,
avance,
avant-projet,
avenant,*

B

*bâtiment,
bordereau des prix,
bouleversement de l'économie du contrat,
brevet,*

C

*cahier des clauses administratives générales,
cahier des prescriptions spéciales,
cahiers des prescriptions communes,
caisse marocaine des Marchés,
calendrier,
capacité, caution,
cautionnement,
certificat,
cessation, cession,
classification,
clause,
clauses,
coefficient,
collectivité,
commission des marchés,
composition,
concours,
concurrence,
conjoint,
constatation,*

*contentieux,
contestation,
contrat,
contrôle, de l'architecte, déchéance,*

D

*déclaration,
décompte,
définition,
délai de garantie,
délai de recours,
délégation de signature,
délibération,
dépenses,*

E

*études,
examen des excès de pouvoir,
exclusion,
exécution,*

F

*facture,
faillite,
faute,
forfait,
formation de,*

G

*garanties,
groupement,
guerre,*

H

hypothèque,

I

*impôt,
imprévision,
indemnité,
index,
inexécution,
infraction,
intérêts moratoires,
irrésistible,*

J

jour férié,

L

*livraison,
location,
lot, lotissement,
louage d'ouvrage,*

M

*majoration,
malfaçon,
mandat,
mandatement,
marchés,
masse,
masse des travaux,
matériaux,
mémoire,
métré,
mise en demeure,
modification des prix,
modification du contrat,*

N

*nantissement,
négocié,
notification,*

O

*opposition,
ordre de service,*

P

*paiement,
paramètre,
passation du marché,
pénalité de retard,
pièces justificatives,
prescription,
prestations,
prix,
procédure précontentieuse,
procédures du règlement amiable,
programme,*

Q

*quadriennale,
qualification,
qualité,*

R

rabais,

*réception définitive,
réception provisoire,
reconduction,
recours contentieux,
recours précontentieux,
remboursement,
résiliation,*

S

*sanction, secret,
signature du marché,
signification, solde,
solidaire,
sous-traitant,
sujétions,
surveillance,
signature du marché,
signification, solde,
solidaire,
sous-traitant,
sujétions,
surveillance,*

T

*tacite,
taxes,
tempêtes,
transaction,*

U

*urgence,
utilité,*

V

*validité,
variante,
variantes,
vérification,
vice*



Gestion des marchés publics

Mohamed NABIH

L'AUTEUR

Lauréat de la faculté de droit de Rabat en sciences politiques et titulaire d'un **doctorat en droit public**, **M. Mohamed NABIH**, auteur d'ouvrages et d'articles consacrés aux **thèmes de droit public**, il a assumé plusieurs responsabilités, d'abord au sein du ministère de l'Intérieur (*Province de Safi*), ensuite au **Ministère des Finances** (*Trésorerie générale du Royaume*).

Tout en menant une carrière administrative, il a été enseignant vacataire dans les facultés de droit de Rabat et de Souissi, à l'**ENAP** et à l'**ENA**. Il est actuellement consultant dans les domaines des marchés publics, des finances publiques et de la comptabilité publique.

L'OUVRAGE

Instrument privilégié des rapports entre les **organismes publics et les prestataires**, les contrats de marchés publics constituent à eux seuls une des **branches du droit administratif**. Le problème crucial qu'ils soulèvent est celui de leur **environnement juridique**, voire politique, du droit qui leur est applicable et des hommes qui en ont la charge. Intéressé depuis longtemps par les problèmes soulevés par les **marchés publics**, l'auteur a choisi d'en étudier en particulier les aspects juridiques, financiers et contentieux.

Le présent ouvrage examine le processus des **marchés publics**, depuis la naissance jusqu'à l'extinction du **contrat du marché**, en embrassant le **cadre juridique** (*notion de marché, procédure de passation, d'attribution, d'approbation*), le cadre financier (*mode de financement, garantie, sanction financières, aléas économique*) et enfin le cadre juridictionnel (*arbitrage, recours précontentieux et contentieux, pratiques frauduleuses*). Le nouveau décret a apporté son lot de modernisation. Le chapitre relatif aux types de marchés a connu une **nouveauté introduite** par le décret de 2023 puisque deux types ont été ajoutés : le dialogue compétitif et l'offre spontanée.

Pour le premier, le maître d'ouvrage engage un **dialogue avec les candidats** admis à y participer en vue de déterminer ou de développer des solutions de nature à répondre à ses besoins, pour le second, c'est le concurrent qui **prend l'initiative** pour proposer au maître d'ouvrage tout projet, idée ou opération présentant des fonctionnalités nouvelles, des **services nouveaux ou des innovations** techniques et répondant à un besoin potentiel que le maître d'ouvrage n'aurait pas identifié au préalable. Ce type de marché offre un **nouveau cadre** qui devrait permettre de mieux mettre en relation les besoins des acheteurs en matière d'innovation et les **solutions proposées** par les concurrents.

La structure des subdivisions de cet ouvrage fournit un **cadre d'analyse juridique** toujours pertinent et constitue l'assimilation et la traduction d'une vision personnelle tirée de l'expérience. A cet effet, **l'auteur ambitionne** avant tout une **meilleure compréhension** et une vulgarisation de cette matière en alliant la théorie et la pratique, en insistant sur des cas tirés de la jurisprudence et en présentant des avis de la **Commission National de la Commande Publique**.