

Faculté des sciences juridiques
économiques et sociales
Souissi- Salé

Droit des marchés publics
Encadré par monsieur :
ESSAOUINI EL MONTASIR
MOUSSAOUI FARID

**S4 MASTER DROIT
FONCIER ET
NOTARIAL**

Les sources du droit des marchés publics

EXPOSE PREPARE PAR :
EL BOUKHARI RABAB
JENNAOUI MEBAREK
KERDOUSS SALMA

PLAN

PARTIE I : Les principes constitutionnels comme source fondamentale du droit des marchés publics et l'absence d'une loi spéciale réglementant la matière

A/ L'origine constitutionnelle des principes régissant les marchés publics

B/ L'absence d'une loi spécial régissant les marchés publiques

PARTIE II : Partie 2 Sources réglementaires et contribution de la jurisprudence

A/ Les sources réglementaires

B/ La jurisprudence

Introduction

Les marchés publics constituent un outil fondamental par lequel l'Etat met en application sa politique. Ceux-ci représentent souvent un enjeu économique majeur dans un pays ; au Maroc l'Etat passe en moyenne 11 000 marchés annuellement. En 2007, la commande publique a représenté l'équivalent de 17.5 % du PIB, soit près de 100 milliards de DH dont 35 milliards au titre des marchés lancés par l'Etat, 5 milliards au titre des marchés engagés par les collectivités locales et près de 60 milliards par les entreprises publiques. L'importance des intérêts en jeu suppose l'existence d'un régime juridique protecteur de l'intérêt publics et spécialement des deniers publics.

A cet effet, l'administration se trouve dans l'obligation d'assurer la maîtrise des coûts en recourant aux plus efficaces des modes de gestion, à l'initiation de formes nouvelles de bonne gouvernance et au développement des mécanismes d'audit et de contrôle en vue de veiller à sa bonne marche et à la réalisation des objectifs d'après les principes d'économie, d'efficacité et d'efficacités, et ce dans le respect des droits aussi bien des partenaires que des citoyens.

Au Maroc, le régime juridique des marchés publics est pour l'essentiel contenu dans le code des marchés publics dont les dispositions s'appliquent aux marchés des travaux, de fournitures et de services. Le dit code comprend un ensemble de décrets et de circulaires régissant la matière. Il s'agit pour l'essentiel du décret du 5 février 2007 fixant les conditions de passation des marchés de l'Etat ainsi que certaines dispositions relatives à leur contrôle et à leur gestion, du décret n° 2-03-703 du 18 ramadan 1424 (13 novembre 2003) relatif aux délais de paiement et Etat et des cahiers de charges administratives générales, à savoir le décret du 4 mai 2000 approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux exécutés pour le compte de l'Etat, le décret du 4 juin 2002 approuvant le Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de services portant sur les prestations d'études et de maîtrise d'œuvres passées pour le compte de l'état et celui relatif aux marchés de fourniture en constituent les principaux éléments .

Si le code des marchés publics reste la source principale et directe du droit des marchés publics, il n'en reste pas moins que d'autres textes de nature différente le

complète. Ces textes sont pour l'essentiel: la constitution, la loi organique n° 7-98 relative à la loi des finances, le décret du 21 avril 1971 portant règlement général de comptabilité publique.

La législation actuellement en vigueur est en effet le résultat d'un processus en la matière. Les premiers jalons du cadre juridique régissant les marchés publics date de 1909, période où le Maroc a connu les débuts d'un système moderne des marchés publics suite à l'acte d'Aljazirah ; convention venue consacrer les objectifs du colonisateur et qui est restée en vigueur pendant toute la période du protectorat. Est intervenu par la suite, le décret 1917 relatif à la comptabilité publique, abrogé par la suite par le décret du 5 septembre 1958 qui retenait dorénavant et déjà des principes d'égalité et de libre jeu de la concurrence et qui consacrait la procédure d'adjudication comme seule procédure de passation des marchés publics. Le décret du 19 mai 1965 continuait à retenir l'adjudication comme seule procédure de passation des marchés publics, mode qui fut supprimé définitivement par le décret du 30 décembre 1998 qui constitua une refonte des dispositions antérieures renforçant en outre, les instruments permettant aux gestionnaires des marchés d'atteindre de meilleurs résultats. Le dit décret a été réformé en 2007 par le décret n° 2-06-388 toujours en vigueur. Les dites mutations s'ajoutent aux réformes intervenues au niveau des autres sources du droit des marchés publics dont notamment : la constitution, les cahiers des clauses administratives générales, la loi organique des finances et par l'apparition d'une jurisprudence en la matière.

Compte tenu de l'importance de la matière et de la panoplie de ses sources, il se trouve nécessaire de voir chacune des dites sources et sa part dans le régime juridique des marchés publics.

C'est ainsi qu'il convient de voir dans une première partie de la constitution et du pouvoir législatif avant d'examiner dans une seconde partie du domaine réglementaire et du rôle de la jurisprudence en la matière.

**Partie 1 Les principes constitutionnels comme source
fondamentale du droit des marchés publics et l'absence d'une loi
spéciale réglementant la matière**

Le droit Marocain des marchés publics est marqué d'un coté par la multitude de textes législatifs régissant la matière, et d'un autre coté par l'absence d'une loi spéciale réglementant le domaine (B), ce qui rend ce droit partager et disperser entre une panoplie de texte.

Le premier texte posant les bases des principes régissant les marchés publics est la constitution qui est le texte suprême de notre royaume (A).

A/ L'origine constitutionnelle des principes régissant les marchés publics

La constitution est le texte qui met les piliers principaux des règles juridiques dans le pays, ces règles doivent être respectés par tout texte inférieur, c'est-à-dire lois ou règlements, ce qui marque sa suprématie comme source du droit.

Ainsi, la constitution de 1996 annonce 3 principes fondamentaux, qui constituent l'essence du droit des marchés publics, et qui ont inspiré les rédacteurs des différents décrets qui se sont succédé en matière des marchés publics et des textes juridiques qui les complètent tel le décret n° 2 - 06 - 388 du 5 février 2007 fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'Etat ainsi que certaines règles relatives à leur gestion et à leur contrôle.

Ces principes sont l'égalité devant la loi, l'égalité d'accès à l'emploi public et la liberté d'entreprendre, instaurés par les articles 5, 12 et 15 de notre constitution.

D'ailleurs, l'analyse des règles régissant la commande publique, notamment l'égalité des traitements des candidats, la transparence des procédures, la liberté d'accès à la commande publique, marque le lien entre ces règles et les principes constitutionnels.

❖ **Le principe de l'égalité devant la loi**

Instauré par l'article 5 de la constitution qui dispose que : « Tous les Marocains sont égaux devant la loi », l'égalité devant la loi ou égalité en droit est le principe selon lequel tout individu doit être traité de la même façon par la loi. Aucun individu ou groupe d'individus ne doit donc avoir de privilèges garantis par la loi.

Ainsi, l'administration ne peut s'écarter du principe et dans le cas particulier des marchés publics, elle ne peut imposer des critères juridiques ou économiques qui mettent en échec ce principe ou favoriser une personne au détriment d'une autre¹.

Néanmoins, ce principe est modéré dans le sens où l'administration peut poser des conditions relatives à l'accès à la commande publique, pour garantir que les prestations demandées soient exécutées dans les meilleures conditions.

Ce principe se traduit par la règle d'égalité des traitements des candidats que l'acheteur public doit respecter, et qui lui impose de préciser préalablement les conditions d'accès à la commande pour garantir la libre concurrence. Il se concrétise aussi par la transparence des procédures pour garantir un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence et au contrôle pour mieux marquer l'impartialité pour les procédures d'attributions.

❖ La liberté d'entreprendre

C'est un principe qui n'a été introduit que récemment dans la constitution. L'Etat peut limiter son exercice si les exigences économiques et sociales du pays en dictent la nécessité. Il résulte de ce principe que toute personne physique ou morale peut exercer l'activité économique de son choix sans restrictions qui mettent en question la liberté d'exercer une activité professionnelle déterminée ou de s'établir dans une partie du territoire. Mais il est important de rappeler que certaines exigences juridiques doivent être respectées et qui sont abordées dans d'autres textes notamment dans le droit civil (interdiction de vente de choses impures,...).

Ce principe apparaît dans le droit des marchés publics à travers la règle de liberté d'accès à la commande publique qui implique que toute personne remplissant les

¹ Mohamed Abdelmouhcine HANINE, *La procédure de passation des marchés publics au Maroc : Etude analytique et réflexions à la lumière du code français des marchés publics (et des directives européennes) et des directives de la Banque Mondiale*, MEMOIRE DE RECHERCHE POUR L'OBTENTION DU DIPLOME DU MASTER EN ADMINISTRATION PUBLIQUE SESSION 2007/2008, Page 18

conditions exigées par l'acheteur peut être candidate et présenter une offre. Par conséquent, il est interdit à l'acheteur public d'exclure les candidats qui remplissent toutes les conditions imposées au règlement de consultation. Il s'inspire des principes de libre concurrence, de liberté du commerce et de l'industrie, de liberté de circulation des marchandises, et de liberté d'établissement.

❖ **L'égalité d'accès à l'emploi public**

Enoncé par l'article 12 de la constitution de 1996 qui dispose que « Tous les citoyens peuvent accéder, dans les mêmes conditions, aux fonctions et emplois publics », ce principe trouve son application dans le droit des marchés publics dans deux règles fondamentales :

La première est l'égalité d'accès à la commande publique, qui s'inspire de la prohibition de toute discrimination et impose ainsi à l'acheteur public l'application de traitement identique des candidatures mais également une attention toute particulière sur l'égalité des informations mises à disposition des candidats, ce qui implique la deuxième règle relative à la transparence des procédures qui présente le double intérêt d'inviter à une large participation des candidats au marché et de permettre le contrôle par le juge de la procédure. Il implique une fixation préalable des règles du jeu (dans le règlement de consultation), un degré de publicité adéquat qui permettra la présentation de plusieurs offres concurrentes ainsi qu'une information des candidats évincés.

B/ L'absence d'une loi spécial régissant les marchés publics

Le droit des marchés publics Marocain est marqué par l'absence d'un texte législatif spécial régissant la matière. Ainsi, beaucoup de textes législatifs en rapport avec le droit des marchés publics trouvent leur application.

❖ Le dahir des obligations et contrats

Le dahir du 12-08-1913 des obligations et contrat donne dans son chapitre relatives au louage d'ouvrage et louage de service des règles applicables en la matière dans le domaine des marchés publics.

Ainsi, on peut donner l'exemple de son article 723 définie le louage de service ou de travail, et de l'article 769 qui traite de la responsabilité de l'architecte, de l'entrepreneur et de l'ingénieur en stipulant que « l'architecte ou ingénieur et l'entrepreneur chargés directement par le maître sont responsables lorsque, dans dix années à partir de l'achèvement de l'édifice ou autre ouvrage dont ils ont dirigé ou exécuté les travaux, l'ouvrage s'écroule en tout ou en partie, ou présente un danger évident de s'écrouler, par défaut des matériaux, par vice de construction ou par vice du sol. L'architecte qui n'a pas dirigé les travaux ne répond que des défauts de son plan. Le délai de dix ans commence à courir du jour de la réception des travaux. L'action doit être intentée dans les trente jours à partir du jour où s'est vérifié le fait qui donne lieu à la garantie ; elle n'est pas recevable après ce délai. »

❖ Le code du travail

Le dahir n° 1-03-194 du 14 regeb 1424 (11 septembre 2003) portant promulgation de la loi n° 65-99 relative au code du travail, définit les conditions dans lesquelles doit s'exercer le travail salarié, trace les droits et obligations de l'employeur et l'employé et réglemente les conventions relatives au travail.

❖ La loi organique de finance et le code de recouvrement des créances publiques

Ces deux textes traitent de l'aspect financier du droit des marchés publics.

Le Dahir n° 1-98-138 du 7 chaabane 1419 (26 novembre 1998) portant promulgation de la loi organique n° 7-98 relative à la loi de finances donne le cadre général des règles applicables aux ressources et charges de l'Etat.

Elle donne les principes budgétaires et définit la loi de finance qui prévoit, évalue, énonce et autorise, pour chaque année budgétaire, l'ensemble des ressources et des charges de l'Etat, dans les limites d'un équilibre économique et financier qu'elle définit. La loi organique détermine aussi le contenu de la loi de finances qui est sous forme de dispositions concernant les ressources et les charges ou tendant à améliorer les conditions de recouvrement des recettes ainsi que le contrôle de l'emploi des fonds publics et les dispositions relatives à l'approbation de conventions financières, aux garanties accordées par l'État, à la gestion de la dette publique ainsi que de la dette viagère, aux autorisations d'engagement par anticipation, aux crédits d'engagement et aux autorisations de programme, peuvent engager l'équilibre financier des années budgétaires ultérieures.

Le dahir n° 1-00-175 du 28 moharrem 1421 portant promulgation de la loi n°15-97 formant code de recouvrement des créances publiques définit l'étendue du recouvrement sur l'ensemble des actions et opérations entreprises pour obtenir des redevables envers l'Etat, les collectivités locales et leurs groupements et les établissements publics, le règlement des créances mises à leur charge par les lois et règlements en vigueur ou résultant de jugements et arrêts ou de conventions². Son article 2³ détermine et donne une liste des créances considérées comme créances publiques.

❖ Le dahir du 28-08-1948

Le dahir de 1948 est applicable aux conventions par lesquelles peuvent être affectés en nantissement les marchés de l'Etat, des municipalités, des

² Article premier

³ Modifié par l'article 25 de la loi de finances n° 26-04 pour l'année budgétaire 2005 promulguée par le dahir n° 1-04-255 du 29 décembre 2004 ; B.O. n° 5278 bis du 30 décembre 2004

établissements publics et des entreprises concessionnaires ou subventionnées, assurant un service public.

Ce texte fait actuellement l'objet d'une réforme, puisque le projet de loi Projet de loi n° 15.06 relative au nantissement des marchés passés au compte de l'Etat, des collectivités locales et leurs groupements et des établissements publics, déclare qu'il abroge le dahir du 23 chaoual 1367 (28 août 1948) relatif au nantissement des marchés publics, toutefois, les nantissements notifiés avant la date d'effet de la présente loi demeurent soumis aux dispositions dudit dahir.

❖ **La loi 54 / 05 relative à la gestion délégué des services publics :**

Le dahir n° 1-06-15 du 14 février 2006 portant promulgation de la loi n° 54-05 relative à la gestion déléguée des services publics pose le cadre juridique de la gestion déléguée de service public. Cette loi s'inscrit dans le processus de modernisation de l'économie marocaine qui de la sorte ouvre de nouvelles opportunités aux opérateurs privés qui pourront ainsi assumer la gestion et l'exploitation de services publics en lieu et place de l'Etat ou de ses établissements publics⁴.

Cette loi a été insérer de la loi française n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite « loi MURCEF » modifiant la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite « loi Sapin » les deux textes français en servi comme model pour le législateur Marocain.

Concernant son contenu cette loi est répartie sur V titres, le titre « I » de la Loi traite notamment, des aspects relatifs à la définition du contrat de gestion déléguée, des principes du service public, d'équilibre économique du contrat de gestion déléguée, ainsi que des modes et procédures de passation des contrats de gestion déléguée, en retenant les principes d'appel à la concurrence et de transparence des opérations.

La gestion déléguée y est définie comme étant un contrat par lequel une personne morale de droit public, dénommée « délégant » délègue, pour une durée limitée, la gestion d'un service public de nature économique dont elle a la responsabilité à une

⁴ Mohamed Abdelmouhcine HANINE, La procédure de passation des marchés publics au Maroc : Etude analytique et réflexions à la lumière du code français des marchés publics (et des directives européennes) et des directives de la Banque Mondiale, MEMOIRE DE RECHERCHE POUR L'OBTENTION DU DIPLOME DU MASTER EN ADMINISTRATION PUBLIQUE ENA SESSION 2007/2008

personne morale de droit public ou privé, dénommée « délégataire », en lui reconnaissant le droit de percevoir une rémunération ou de réaliser des bénéfices sur ladite gestion.

Sous ce titre, elle définit également le régime comptable des biens de la gestion déléguée, en particulier les biens de retour et les biens de reprise, et innove en offrant la possibilité au délégataire, pour les gestions déléguées passées par l'Etat et les Etablissements Publics, de mettre en hypothèque les biens de retour, mais avec des conditions à préciser dans le contrat, visant à préserver la continuité du service public en cas de défaillance financière du délégataire.

Pour sécuriser les investisseurs, le « titre I » prévoit le recours à la procédure d'arbitrage pour le règlement des litiges et même la possibilité de se référer à l'arbitrage international dans le cas de réalisation d'investissements étrangers directs. De même, qu'il traite du contenu et de la publication du contrat de gestion déléguée.

Le « titre II » régit les droits et obligations du délégant en matière de contrôle et de suivi de la gestion déléguée et du respect de ses engagements contractuels.

Le troisième titre comporte les dispositions relatives aux droits du délégataire, particulièrement en ce qui concerne la sous-traitance et la possibilité de constatation des infractions commises par les usagers et ce, par référence au cahier des charges de la gestion déléguée. Il contient aussi les dispositions relatives aux obligations du délégataire, notamment en matière d'assurance et de préservation des droits acquis pour le personnel en place.

Le « titre IV » porte sur le dispositif d'information relatif au contrôle interne et à la publication des informations financières, ainsi que des sanctions et indemnités.

Le « titre V » porte sur le régime dérogatoire en faveur des gestions déléguées concernant un nombre d'usagers inférieur à un certain seuil fixé par voie réglementaire.

❖ **La loi 99/06 sur la concurrence :**

La loi 99/06 sur la liberté des prix et de la concurrence promulguée par le dahir n° 1-00-225 du 5 juin 2000, a été adoptée par le législateur marocain pour assurer la réglementation de la concurrence et transparence des activités commerciales qu'elles soit de production, de circulation ou des services, dans un objectif de dynamiser l'économie national⁵. Elle stipule dans sa préambule « loi à pour objet de définir des dispositions régissant la liberté des prix et d'organiser la libre concurrence. Elle définit les règles de protection de la concurrence a fin de stimuler l'efficience économique et d'améliorer le bien-être des consommateurs. Elle vise également à assurer la transparence et la loyauté dans les relations commerciales. »

Cette loi constitue alors le droit commun de la concurrence au Maroc et en application du principe de la complémentarité des textes de loi qui fait que chaque loi complète l'autre se pose alors la question sur la possibilité de lier la loi 06-99 sur la concurrence au décret du 5 février 2007 sur les marchés publics alors même que aucun des textes ne prévoit aucun renvoi à l'autre ?

Portant c'est facile de constater que les deux textes visent la protection des mêmes principes ce qui permet alors, de conclure une possibilité de recourir à loi 06/99 soit pour assurer la légalité d'accès à la commande public ou pour condamner le monopolisme en matière des marchés publics ou encore la possibilité de recourir aux instances de protection prévue par cette loi.

D'abord l'égalité devant la commande publique est un principe primordial sans qui on ne peut parler d'une liberté de concurrence, en se basant sur ce principe on peut facilement recourir à la loi 06/99 pour maîtriser l'accès des personnes publiques aux marchés publics chaque fois qu'il apparait que ces personnes dépassent la limite de leur spécialité ou que leur statut comporte des énonciations vagues qui permet à ces établissements d'empiéter sur une activité qui en principe réservé au personne de droit privé⁶.

En suite la loi 06/99 pour apparaitre très utile en matière des marchés publics, notamment pour lutter contre le monopole qui peut utiliser par certains titulaires des marchés publics en utilisant les dispositions de l'article 83 du décret qui autorise la création des groupements. Ces groupements ne doivent pas alors créer des

⁵ En Arabe la protection légales et jurisprudentielle de la concurrence dans les marchés publics, Jilali Amzid, Revue REMALD n° 79, Maison D'édition Marocain 2008 page 68.

⁶ Ibidem pages 70 et 71.

situations de monopole telle qu'elle prohibé par l'article 10 de la loi 06/99 qui condamne tous groupement qui monopolise dans une année civile 40 % d'un marché, les candidats peuvent utiliser cet article contre les groupements formé conformément à l'article 83 du décret chaque fois que ces groupement contrôle plus de 40% de la commande publique d'un secteur déterminé⁷.

En fin et suite à ce qui a été dis ci-dessus la loi sur la concurrence mis à la disposition des candidats aux marchés publics une nouvelle instance pour résoudre les éventuels conflits avec le titulaire du marché ou avec les autres candidats qui est le conseil supérieur de la concurrence qui peut alors rendre son avis sur le problème et peut même conseiller au premier ministre d'arrêter la situation de monopole constatée sur c'est le cas ou pire lui conseiller de prendre les dispositions pénales nécessaires lorsque les irrégularité constaté tombe sous le coup des articles 6 et 7 de la loi 06/99.

Ainsi la loi 06/99 constitue bien une source de droit des marchés publics qui s'ajoute aux autres textes qui visent ensemble à assurer l'égalité et la concurrence en la matière.

Face au vide juridique traduit par l'absence de texte de loi réglementant les marchés publics, face à la confusion et l'ambiguïté créée par la diversité des textes régissant la matière, le pouvoir réglementaire et judiciaires interviennent pour combler le vide.

Partie 2 Les Sources réglementaires et contribution de la jurisprudence

A/ Les sources réglementaires:

pour les sources règlementaires, il s'agit pour l'essentiel du décret du 5 Février 2007 fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'État complété par un ensemble de décret sur les cahiers des charges, qui précisent les conditions

⁷ Ibidem Page 82.

de préparation de passation et d'exécution des marchés ainsi que du décret du 26 Avril 1967 relatif à la comptabilité publique.

❖ **Decret du 5 Février 2007 :**

Conscient de l'enjeu économique de la commande publique et de son importance pour soutenir la croissance, et dans le but de mettre en conformité la réglementation marocaine avec les normes internationales, le gouvernement a introduit depuis 1998 une série de réformes en matière de passation et d'exécution des marchés publics.

La dernière réforme est celle intervenue en 2007, à travers l'adoption du décret n 2-06-388 du 5 Février 2007 toujours en vigueur.

Le décret n 2-98-482 a constitué une refonte des dispositions du décret du 14 Octobre 1976 relatif aux marchés de travaux, de fourniture ou services passés au compte de l'État.

En plus d'avoir mis à jour un fondement réglementaire pour la passation des marchés, le décret a cherché à l'encadrer en adoptant les principes d'économie, de transparence, d'efficacité et du jeu de la concurrence en s'inspirant des pratiques internationales.

Dans ce sens, trois modes de passation des marchés ont été désormais adoptés, à savoir l'appel d'offres, le concours et la procédure négociée, supprimant ainsi la procédure d'adjudication, mode qui se base uniquement sur le prix et favorise le moins disant. Le législateur a voulu que le choix du soumissionnaire soit fait sur la base de plusieurs critères notamment ses compétences techniques, délais d'exécution,...

D'autant plus, la procédure de passation des marchés à l'entente directe a été remplacée par celle dite marché négocié tout en réduisant le nombre de cas de recours à ce mode.

Dans le cadre de la consécration des principes précédemment cités, le décret avait introduit d'importantes nouveautés tel que :

L'obligation pour les entités soumis au décret des marchés publics de publier en début d'année leur programme prévisionnel afin de permettre aux entreprises de se préparer convenablement.

L'institution d'un règlement de consultation précisant les critères devant être utilisés par la commission de jugement des offres pour l'évaluation des dossiers des soumissionnaires. Le règlement doit être remis aux membres de la commission et aux soumissionnaires avant le dépôt de leurs offre.

- La généralisation de l'ouverture des plis en séance publique pour l'ensemble des appels d'offres.
- L'obligation faite au maître d'ouvrage de motiver, à leur demande, les décisions d'éviction des soumissionnaires non retenus.
- L'obligation faite à la commission de veiller au respect des règles de la procédure d'appel d'offres .
- L'amélioration des règles de publicité.
- La soumission de la procédure à certains délais rigoureux, tel que le délai de notification de l'approbation.
- La possibilité pour le maître d'ouvrage de fractionner sa commande en plusieurs lots, lorsque la nature des prestations à réaliser le permet.
- La réforme du décret de 1998 est intervenue à la suite d'un certain nombre de d'insuffisances constatées à la lumière des années d'application de ce dernier.
- De même, elle s'est révélée nécessaire pour la mise en conformité de la réglementation marocaine avec les normes internationales.

La dite réforme visant le renforcement d'un certain nombre de principes fondamentaux, déjà présents dans la réglementation de 1998 à savoir :

- La transparence dans la passation des marchés publics et la moralisation de la gestion publique.

- L'égalité d'accès aux commandes publiques et la garantie des droits des concurrents.
- L'encouragement de la concurrence et l'efficacité de la dépense publique.
- Ceci à travers une série de nouvelles dispositions :
- L'obligation faite maître d'ouvrage de publier dans le portail des marchés de l'État le programme prévisionnel des achats, les dossiers d'appel d'offres ainsi que les rapports d'achèvement.
- La possibilité donnée aux candidats de télécharger gratuitement les dossiers d'appel d'offres à partir du portail des marchés publics.
- L'obligation faite maître d'ouvrage de fonder le choix de l'attributaire du marché sur des critères objectifs et non discrétionnaire préalablement définis et mis à la disposition de tous concurrents.
- L'augmentation des délais de publicité de 21 à 40 jours pour les prestations d'une certaine importance permettant aux concurrents de préparer leurs offres dans de bonnes conditions.
- L'abandon de l'ouverture simultanée des offres financières et techniques afin de ne pas dévoiler les offres financières pour assurer l'impartialité des membres de la commission d'ouverture des plis.
- La généralisation de l'audit de tout marché dont le montant excède 5 millions de Dirhams quelle que soit sa nature.
- La délimitation des cas où un appel d'offres peut être déclaré infructueux ou faire l'objet d'annulation mettant ainsi fin à certains abus, en énumérant dans l'article 46 les cas dans lesquels l'autorité compétente peut annuler l'appel d'offres (contrairement à l'article 43 de l'ancien décret).

La réforme de 2007 a introduit aussi de nouvelles mesures visant le renforcement du principe de l'égalité de traitement et des garanties des droits des concurrents et ceci en introduisant les dispositions suivantes :

- L'obligation faite au maître d'ouvrage d'informer systématiquement et par écrit, les concurrents des raisons de leur éviction, sans attendre qu'ils en fassent la demande.
- La publication des résultats des appels d'offres dans le portail.
- La possibilité de réclamation offerte aux concurrents, à travers l'institution, à travers l'article 47 et 95, d'un mécanisme de recours auprès du maître d'ouvrage en premier, du Ministre intéressé en cas de non satisfaction et enfin de la commission des marchés en cas de contestation de la réponse du Ministre.
- La réduction du délai de validité des offres de 90 jours à 60 jours, sauf stipulation contraire du cahier des prescriptions spéciales. Ainsi, le soumissionnaire est délié de tout engagement après les 60 jours si la notification de l'approbation ne lui est pas intervenue sauf s'il exprime par écrit le maintien de son offre au delà de ce délai sans dépasser les 90 jours aux termes de l'article 79.
- L'adoption d'un traitement égal entre les entreprises privées et les entreprises publiques en matière de pièces à fournir pour la constitution du dossier administratif.

Le texte de 2007 a apporté aussi des dispositions visant à améliorer la d dépense publique, à savoir :

- La réduction de la durée maximale du marché cadre de 5 à 3 années en vue d'éviter des situations anticoncurrentielles.
- L'obligation faite au maître d'ouvrage, avant le lancement de tout appel à la concurrence ou de toute négociation, de déterminer avec exactitude les besoins à satisfaire et d'établir, à cet effet, une estimation basée sur le coût réel du marché.
- L'introduction d'un nouveau type de marché, appelé «marché reconductible» permettant aux maîtres d'ouvrage d'assurer l'approvisionnement de leurs services, sans interruption pendant une période de trois années.

❖ Cahiers de charges

Dans le schéma classique du contrat, les contractants sont censés élaborer ensemble, après leur libre discussion, les clauses du contrat qui deviendra la loi commune. Pour ce qui regarde les contrats administratifs qui est la règle. La liberté de la partie privée se réduit à l'acceptation ou au refus en bloc des conditions proposées par la partie publique. Ces conditions sont formulées dans des cahiers de charges établis par l'administration.

Aux termes de l'article 15 du décret de 2007, les cahiers de charges comprennent trois séries de documents :

Les cahiers des clauses administratives générales fixant les dispositions administratives applicables à tous les marchés de travaux, fournitures ou services ou à une catégorie particulière de ces marchés. Ces cahiers sont approuvés par décret. Il s'agit notamment du décret du 4 mai 2000 approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux exécutés pour le compte de l'État, du décret du 4 juin 2002 approuvant le Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de services portant sur les prestations d'études et de maîtrise d'œuvres passées pour le compte de l'état et celui relatif aux marchés de fourniture en constituent les principaux éléments .

Les cahiers des prescriptions communes fixant essentiellement les dispositions techniques applicables à tous les marchés portant sur une même nature de travaux, de fournitures ou de services ou à tous les marchés passés par un même département ministériel ou par un même service spécialisé. Ces cahiers sont approuvés par arrêté du ministre intéressé et peuvent être étendus à d'autres départements ministériels par arrêté pris par le ministre concerné.

Les cahiers des prescriptions spéciales fixant les clauses propres à chaque marché et comportent la référence aux textes généraux applicables et l'indication des articles des cahiers des prescriptions communes et, le cas échéant, de ceux des cahiers des clauses administratives générales auxquels il est éventuellement dérogé en vertu des dispositions des dits cahiers. Ce acte doit comprendre obligatoirement certaines conditions; citons à titre d' exemple l'obligation de l'entrepreneur de contracter une assurance contre les risques d'accident de travail auprès d'une

société d'assurance siégeant au Maroc. Ces cahiers sont signés par l'ordonnateur, son délégué ou le sous-ordonnateur avant le lancement de la procédure de passation du marché. A titre d'exemple: pour participer à l'appel à la concurrence, le candidat doit constituer un cautionnement provisoire qui dépend de chaque marché. Après l'attribution du marché, un cautionnement définitif peut être exigée. Si il n'est pas arrêté dans le CPS, le CCAG sur les travaux l'a arrêté à 3% du montant du marché

Le contrat doit être conclu par l'autorité administrative compétente: le ministre au niveau de l'État. Au niveau des collectivités décentralisées: pour les communes urbaines et rurales c'est le président du conseil. Une fois le contrat conclu, les normes contenues dans les cahiers de charges ont valeur contractuelle.

❖ **Le décret relatif à la comptabilité publique:**

Les dispositions organisant l'exécution comptable de la dépense constituent une part importante du droit des marchés publics; ces dispositions sont contenues dans le règlement général de comptabilité publique de 1967 qui détermine la procédure d'exécution de la dépense publique. Cette procédure comprend quatre phases: l'engagement, la liquidation, l'ordonnancement et le paiement. Les trois premières phases sont exécutées à l'initiative de l'ordonnateur central ou le sous ordonnateur central ou territorial alors que le paiement est réalisés sous la responsabilité des comptables assignataire au niveau des trésoreries principales ou régionales.

Un contrôle à priori s'exerce au stade de l'engagement. Ce contrôle consiste principalement à vérifier la régularité de l'acte juridique d'engagement et la régularité financière de la dépense: disponibilité des crédits budgétaires, imputation de la dépense.;etc. Ce contrôle des dépenses engagées se matérialise par l'apposition sur l'acte d'engagement soit d'un visa, soit d'un visas avec observations, soit d un refus de visa qui bloque la suite de la procédure. A ce niveau, il convient de signaler que la loi de 1999 relative au partage des responsabilités entre l'ordonnateur, le contrôleur des engagements de la dépenses et le comptable public, délimite la responsabilités de ces derniers et prévoit les délits qui peuvent leur être attribués en matière de discipline budgétaire et financière. En vertu de cette loi, les ministres ordonnateurs sont exclus de ce système de responsabilité.

B/ la jurisprudence:

Comme le reconnait Portalis auteur Français et rédacteur du code civile Français du 1908 « la loi ne peut tout prévoir qu'elle doit se contenter de fixer les principes de chaque matière, c'est à la jurisprudence qu'il revient de combler les lacunes de la loi chaque fois que celle-ci est incomplet ou obscure.⁸ »

La jurisprudence en accomplissant sa mission de trancher les litiges soulevés devant elle se voit efforcer de créer des principes juridiques et des règles de droit qui s'ajoutent à celles posées par le législateur citant à titre d'exemple l'arrêt Effimieff du 28 mars 1955 sur les travaux publics, l'arrêt du 6 mars 1876, Canal de Craonne sur l'imprévision ou encore l'arrêt « Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux » du Conseil d'État du 30 mars 1 916, la jurisprudence à eu déjà l'occasion de mettre en place des principes juridique d'une importance immense qui seront ultérieurement repris par le législateur dans des textes de loi en constituant ainsi une sources d'inspiration pour le législateur.

En matière des marchés publics cette règle de fait pas défaut. La jurisprudence est considérée comme un véritable supplément de la législation.

Pour illustrer les apports de la jurisprudence, notamment marocaine, en matière de droit des marchés publics nous citer quelques principes posés par la jurisprudence en la matière mais il sera préférable de mettre, d'abord, un peu de lumière sur le domaine d'intervention de la jurisprudence.

❖ Les champs d'intervention de la jurisprudence en matière des marchés publics.

Les tribunaux se voient impliquer en matière des marchés publics lors de deux phases déterminantes :

D'une part au niveau de la formation des contrats de la commande publique ainsi les candidats évincés s'adressent souvent à la justice pour mettre en cause la légalité de ce marché et la défiance des principes de libre concurrence et de la transparence. Les tribunaux exercent, alors, un contrôle sur le respect du principe de l'égalité des candidats devant la commande publique en s'assurant que l'organisme à bien respecter la procédure de l'appel d'offre dans l'attribution du marché et la légalité des décisions d'élimination des candidats aux marchés publics⁹.

Cette mission a été bien précisée par un arrêt de la cour suprême en date du 18/06/1998 en stipulant « les marchés publics sont considérés comme étant des contrats administratifs si les éléments constitutifs l'appel à l'offre et l'adjudication pour garantir la concurrence et la transparence ¹⁰».

⁸Abdelamjid Cherif Boutaqbout, Les marchés Publics, Guide Pratique du Gestionnaire, REMALD n° 12, année 2000.

⁹Le rôle de la jurisprudence administrative en matière des marchés publics, article publié sur <http://kamaldoctrine.webng.com> auteur anonyme.

D'autre part la jurisprudence, intervient lors de l'exécution des contrats des marchés publics en essayant d'établir un équilibre et une exécution loyale du contrat des marchés public en essayant de concilier entre les intérêts égoïstes de l'entrepreneur désirant réduire les coûts de réalisation pour augmenter ces profits et l'administration qui souhaite faire usage de ces prérogative pour assurer une meilleur exécution de marchés même au détriment de l'entrepreneur.

❖ **Les principes juridiques posés par la jurisprudence en matière des marchés publics :**

A la lumière de cette intervention la jurisprudence marocaine a peut mettre en place pas mal de principe juridique en la matière dont certain sont repris par le législateur dont des textes législatifs postérieures, à titre d'illustration de cet effort et pour confirmer le rôle de la jurisprudence comme source de droit des marchés publique en cite :

• **le principe du mieux disant au lieu de moins disant :**

Ce principe a été posé par la Cour Suprême lors de l'affaire l'Agence Industriel et Commercial d'Agdir contre le directeur régional de Taroudante lorsque ce dernier a décidé de revenir sur l'adjudication de la matière de construction du Barrage de Aoulouz alors que l'attributaire a été le moins disant parmi les trois autres soumissionnaires en reconnaissant ainsi à l'administration le droit d'évaluer chaque offre qui lui est présenté¹¹.

• **Le principe de l'exécution loyale du contrat de marché publique :**

Ce principe élaboré par la jurisprudence implique que le contrat de marché public doit être exécuté fidèlement par les deux parties sans abus ni mauvaise foie ni d'une part ni d'autre, ainsi le Tribunal Administratif de Marrakech dans un jugement n° 293 en date du 15/11/2000 prévoit que « le contrat de commande conclu entre le demandeur et le commune est un contrat administratif soumis au droit commun des contrats oblige l'autre d'exécuter les siennes. »

En application de ce principe les tribunaux refusent, aussi, toute modification des prix prévus dans le contrat ayant pour motif l'erreur ou l'omission et oblige l'organisme public à exécuter le marché avec les prix prévus initialement.

• **L'obligation de mettre en demeure le commettant avant la résiliation du contrat :**

¹⁰Arrêt n° 194/5/1/1998 en date du 18/06/1998 la revue de la jurisprudence de la cour suprême n° 55 Page 211.

¹¹Le rôle de la jurisprudence administratif en matière des marchés publics, article publié sur <http://kamaldoctrine.webng.com> auteur anonyme.

La jurisprudence a imposé à l'administration l'obligation de mettre en demeure le commettant avant la résiliation du contrat des marchés publics le Tribunal Administratif de Marrakech a prononcé dans ce sens « la mise en demeure est une formalité essentielle que l'administration est obligée de respecter sauf stipulation expresse dans le contrat de marché. »

BIBLIOGRAPHIE

TEXTES :

- La constitution de 1996
- Le dahir du 12-08-1913 des obligations et contrat
- Le dahir n° 1-03-194 du 14 rajab 1424 (11 septembre 2003) portant promulgation de la loi n° 65-99 relative au code du travail

- Le Dahir n° 1-98-138 du 7 chaabane 1419 (26 novembre 1998) portant promulgation de la loi organique n° 7-98 relative à la loi de finances
- Le dahir n° 1-00-175 du 28 moharrem 1421 portant promulgation de la loi n°15-97 formant code de recouvrement des créances publiques
- Le dahir du 28-08-1948 applicable aux conventions par lesquelles peuvent être affectés en nantissement les marchés de l'État.
- Le décret n 2-98-482 du 11 Ramadan 1419 fixant conditions et les formes de passation des marchés d'État ainsi que certaines dispositions relatives à leur contrôle et à leur gestion.
- Décret n° 2-06-388 du 16 moharrem 1428 fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'État ainsi que certaines règles relatives à leur gestion et à leur contrôle 19 avril 2007.
- Le décret du 29 Moharrem 1421 approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux exécutés pour le compte de l'État.
- Le décret royale n 330-66 du 21 avril 1967 portant règlement général de la comptabilité publique.

OUVRAGES :

- Mohammed Karim management des finances publiques au Maroc : contexte actuel et évaluation, 1ere édition 2010.
- د توفى السعيد , الصفقات العمومية المبرمة من قبل الجماعات المحلية , الطبعة الاولى 2003
- د عبد الله حداد , صفقات الاشغال العمومية و دورها في التنمية, منشورات عكاظ, الطبعة الثانية, 2002

THESES:

- Mohamed Abdelmouhcine HANINE, La procédure de passation des marchés publics au Maroc : Etude analytique et réflexions à la lumière du code français des marchés publics (et des directives européennes) et des directives de la Banque Mondiale, mémoire de recherche pour l'obtention du diplôme du master en administration publique session 2007/2008.