

L'ÉVOLUTION RÉCENTE DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS

Le Maroc a réformé récemment son Code des marchés publics sept ans après l'adoption du texte précédent. Ainsi, le décret n° 2-12-349 relatif aux marchés publics (8 *Jomada* 1^{er} 1434 (20 mars 2013) : BORM n° 6140, 4 avr. 2013) est venu abroger le 1^{er} janvier 2014, le code institué par le décret n° 2-06-388 du 16 Moharrem 1428 (5 févr. 2007) 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 (BORM n° 5518, 19 avr. 2007).

Selon la Trésorerie générale du Royaume du Maroc, promoteur de ce texte, le nouveau Code des marchés publics poursuit plusieurs objectifs dont, notamment :

- l'unicité des procédures de passation des marchés pour l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics ;
- une simplification des procédures de passation ;
- une meilleure transparence dans l'octroi des marchés.

1. Des objectifs reflétés dans le texte

Sur le premier objectif, il est certain que le nouveau Code des marchés publics apporte un progrès réel dans la lisibilité des règles applicables aux modes de passation des marchés par les organismes publics marocains.

Ainsi, avant le texte de 2013, seuls les marchés de l'État étaient régis par le décret de 2007. Les collectivités locales (communes, province, régions, établissements publics relevant de la collectivité) appliquaient le décret de 2007 sans réellement d'assise juridique, la loi sur les finances des collectivités locales et leurs groupements renvoyant à un décret sur les modes de passation des marchés qui n'a jamais vu le jour (V. L. n° 47-05, relative à l'organisation des finances des collectivités locales et de leurs groupements, art. 55).

Quant aux établissements publics, ils appliquaient le règlement des achats qu'ils étaient chacun tenus d'établir en application des dispositions relatives au contrôle financier de l'État (V. L. n° 69-00, 11 nov. 2003, relative au contrôle financier de l'État, art. 7, 17 et 19 et A. du ministre des Finances, n° 1549-05, 20 déc. 2005).

À présent, le code s'applique non seulement aux marchés de l'État mais à ceux des régions, provinces, communes. Le code donne aux collectivités locales un régime clair et adapté à leurs actions. Nous citerons par exemple l'absence d'appel d'offres pour les contrats d'assistance à maîtrise d'œuvre entre la collectivité et les organismes publics ou la possibilité pour les collectivités, après autorisation du ministère de l'Intérieur, de signer des conventions de maîtrise d'ouvrage déléguée avec des sociétés dont la collectivité détient une part du capital (D. n° 2-12-349, 20 mars 2013, art. 131 et 139). Ces dispositions seront très utiles aux communes qui, jusqu'à présent, confiaient l'assistance à maîtrise d'ouvrage ou la maîtrise d'ouvrage déléguée en matière d'aménagement urbain ou de transport à des sociétés dont elles détenaient le capital sans trop s'expliquer sur l'absence d'appel d'offres préalable.

Le code s'applique également, mais à la marge, aux établissements publics. Les marchés des établissements soumis au contrôle d'accompagnement (ONEE, ONCF, Caisse centrale de garantie et CDVM) restent régis par leur règlement des achats de même que ceux des établissements comme l'Office national des aéroports ou l'Office national des hydrocarbures et des mines. Ces établissements publics peuvent adapter leur procédure de passation des marchés à leur activité plus commerciale qu'administrative.

La simplification des procédures de passation par rapport au texte de 2007 n'est en revanche pas très évidente. Le principe est, comme par le passé, l'appel d'offres ouvert, la collectivité publique ayant par ailleurs la possibilité dans les mêmes conditions que dans le texte de 2007 de recourir à l'appel d'offres restreint (marché de moins de 2 000 000 Dh) ou à l'appel d'offres sur concours. De même, le recours aux marchés de droit commun comme le recours aux marchés négociés, en dépit de modifications à la marge, n'est pas significativement modifié.

Les principaux apports de ce texte résident davantage dans ce qui suit :

- le coût estimé par le maître d'ouvrage pour la réalisation de l'objet du marché fait à présent partie des éléments compris dans la publicité de l'appel d'offres (sauf sur concours ou avec présélection) ;
- la création d'un portail marchés publics et la publication dans ce portail par chaque administration de son programme prévisionnel de marchés pour l'exercice à venir ;
- la réservation de 20 % du montant prévisionnel pour des marchés aux PME nationales ; ou
- la possibilité pour les concurrents de saisir directement la commission des marchés en cas d'irrégularités dans la procédure d'appel d'offres pendant toute la durée de la procédure.

2. Quelques regrets néanmoins

En premier lieu, la notion d'offre la plus avantageuse se limite à l'offre de prix la plus basse (D. n° 2-12-349, 20 mars 2013, art. 18, 40, 48). Cette modification est sans doute motivée par une volonté d'absolue transparence mais risque néanmoins de se traduire par une offre technique plus basse également. En effet, les moyens humains, les procédés de construction, le planning, les qualités esthétiques et fonctionnelles de la prestation, la protection de l'environnement ou le développement de l'efficacité énergétique ne sont plus des critères de choix et de notation des offres mais de simples critères d'admissibilité (V. D. n° 2-12-349, 20 mars 2013, art. 18). Le concurrent peut s'évertuer à faire la meilleure offre technique, il n'en gagnera pas pour autant une meilleure notation que l'autre concurrent qui se contenterait du minimum demandé.

En deuxième lieu, la procédure négociée en cas d'appel d'offres infructueux ne peut modifier aucun des termes du marché alors que le résultat infructueux résulte le plus souvent du fait que les conditions du marché (échéances de paiement, délais de livraison...) étaient économiquement non viables.

En troisième lieu, les collectivités publiques peuvent prévoir la possibilité pour les concurrents de proposer des financements concessionnels avantageux en termes de taux d'intérêts, de délai de grâce, de frais financiers, etc. Cela semble s'inspirer de projets que le Maroc a pu réaliser grâce à l'apport de financements de la partie privée. Il s'agissait de PPP et non de marchés publics. Ici, le débiteur sera l'État ou la collectivité publique et non la partie privée. Quel prêteur serait capable de s'engager sur des taux avantageux par exemple sans connaître son débiteur, sans exiger de lui des sûretés, des déclarations et garanties, etc. ? Cette possibilité vise probablement à couvrir des marchés pris en application de financements concessionnels convenus en amont entre l'État et les bailleurs de fonds mais, dans ce cas, on se demande quelle est l'utilité d'un appel d'offres.

Enfin, on comprend que les collectivités publiques peuvent prévoir une préférence pour les offres présentées par les entreprises nationales emportant, dans ce cas, majoration des prix des offres présentées par les entreprises étrangères sans que cela puisse excéder 15 %. On ne sait ce qu'est une entreprise nationale. Est-ce une entreprise dont tous les actionnaires ou associés sont des personnes physiques marocaines comme la loi l'exige parfois (V. L. n° 1.73-213, 2 mars 1973, sur la propriété des terres agricoles) ou s'agit-il simplement d'une société de droit marocain comme le prévoit le droit international privé marocain. Cette faculté de distorsion de concurrence manque cruellement de précision.

3. D'autres évolutions en perspective

La TGR travaille sur de nouveaux projets de cahier des clauses administratives générales travaux et de fourniture, les actuels CCAG-Travaux et CCAG-Étude et Maîtrise d'œuvre datant de 2000. Cette modernisation s'avère d'autant plus nécessaire quand l'on connaît en pratique l'importance de ces documents pour les acheteurs publics et la fixation d'un cadre précis des conditions d'exécution des marchés.

Par ailleurs, il est question de réformer le nantissement des marchés publics dans l'espoir que cet instrument puisse permettre aux concurrents de mobiliser des financements. Il s'agit là d'une voie intéressante, laquelle existe dans d'autres systèmes juridiques encadrant les règles de la commande publique et a pour objet de favoriser le financement des marchés (par exemple, les articles 106 à 110 du Code des marchés publics français issu du décret n° 2006-975, 1^{er} août 2006 : JO n° 179, 4 août 2006, p. 11627).

L'objectif clairement affiché est ainsi d'apporter de meilleures garanties aux établissements financiers et d'accorder une valeur juridique à « l'attestation des droits constatés ».

Il convient toutefois de s'interroger sur l'intérêt d'une telle institution alors que les titulaires du marché ont toujours la possibilité de céder leurs créances professionnelles sur la personne publique y compris à titre de garantie à un établissement bancaire par simple bordereau en application des dispositions des articles 529 et suivants du Code de commerce. Or, la cession de créance se distingue du nantissement en ce qu'elle a pour effet de faire sortir la créance cédée du patrimoine du titulaire du marché et préserve donc mieux les droits des établissements de crédit.

Il serait donc souhaitable à cet égard que les projets de CCAG fassent référence à la possibilité de cessions de créances plutôt qu'au nantissement de marché bien plus rigide et formaliste.

par Laurent SERY et Philippe de RICHOUFFTZ
associés Adamas

LexisNexis® Formations

Casablanca Place de droit L'événement Lexis®Maroc

- ❖ **16 thématiques** d'actualité juridique pour un parcours de formation personnalisé
- ❖ Une **rencontre unique** avec des spécialistes du droit marocain
- ❖ **Échangez** avec nos intervenants et vos confrères à l'occasion du cocktail LexisNexis

JEUDI
30 OCTOBRE
2014
Casablanca



LexisNexis® Formations
pour la première fois au Maroc !



Programme disponible sur
<http://www.lexisnexis.fr/pdf/ProgCasablanca-v4.pdf>



Information et inscription

HJK Corporate
17, Boulevard Moulay Youssef
20000 Casablanca
TéL. 05 22 48 00 47
Communication@hjkgrupe.com