

L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU CAHIER DES CHARGES DES MARCHES PUBLICS

التأطير القانوني لدفتر شروط الصفقات العمومية

تاريخ قبول المقال للنشر : 2018/06/07

تاريخ إرسال المقال : 2018/05/02

احميداتومحمد / جامعة الجزائر 1

Résumé:

L'encadrement juridique du cahier des charges des marchés publics a été étudié à travers deux chapitres. Le premier chapitre a été consacré à la présentation générale des cahiers des charges. Il contient les définitions doctrinales et juridiques des cahiers des charges et leurs différents types et certaines de leurs caractéristiques, ainsi que les modalités de leur approbation.

Quant au deuxième chapitre, il est réservé aux dispositions réglementaires relatives au contenu du cahier des charges lui-même et au contenu du marché. Il porte, d'un côté, sur la forme du marché, l'organisation de la concurrence et les modalités de présentation des offres et, d'un autre côté, sur les dispositions relatives aux garanties, aux mesures de protection de l'économie nationale et à certaines clauses du marché.

Mots clés : cahier des charges; marchés publics; appel d'offres .

ملخص :

لقد تمت دراسة التأطير القانوني لدفتر شروط الصفقات العمومية من خلال فصلين. خصص الفصل الأول إلى تقديم عام لدفاتر الشروط. يتضمن هذا الفصل التعاريف الفقهية والقانونية لدفاتر الشروط ومختلف أنواعهم وخصائصهم وكذلك كفاءات دراسة مشاريع لدفاتر الشروط ومنحها التأشيرة.

أما الفصل الثاني، فإنه مخصص للأحكام التنظيمية المتعلقة بمحتوى دفتر الشروط بحد ذاته ومحتوى الصيغة. لقد عالج، من جهة، شكل الصيغة وتنظيم المنافسة وكفاءات تقديم العروض وتضمن، من جهة أخرى، الأحكام المتعلقة بالضمانات وإجراءات حماية الاقتصاد الوطني وعدد من شروط العقد.

الكلمات المفتاحية : دفتر الشروط ، الصفقات العمومية ، طلب العروض .

Introduction

La réglementation des marchés publics possède un caractère procédural du fait qu'elle organise les modalités de passation des marchés sans s'immiscer dans les clauses du marché, elle accorde une place importante aux cahiers des charges. L'élaboration et le contenu de ces documents conditionnent le succès de la conclusion, de l'exécution et du contrôle des marchés publics.

La réglementation des marchés publics cite les cahiers des charges, sans toutefois préciser s'il s'agit des cahiers des clauses administratives générales (CCAG), des cahiers des prescriptions techniques communes (CPTC) ou des cahiers des prescriptions spéciales (CPS). Mais s'agissant des prescriptions devant être connues, acceptées et appliquées par les soumissionnaires avant la conclusion des contrats de marchés, les cahiers des charges visés dans la présente étude sont « les cahiers des charges de l'appel d'offres »¹.

Les cahiers des charges contiennent des dispositions qui portent sur les cahiers des charges eux-mêmes, sur les contrats de marché et sur la procédure de leur passation. C'est ainsi que la réglementation des marchés publics définit les différents types de cahiers des charges et fixe les modalités de leur approbation. S'agissant des marchés publics, les cahiers des charges comportent des dispositions relatives aux modalités de présentation des offres, aux procédures de passation des marchés, au contenu de ces derniers et aux modalités de leur exécution et contrôle. Enfin, les cahiers des charges peuvent prévoir des dispositions relatives à des questions extra-marché, tel que le partenariat qui est obligatoire dans certains marchés.

La réglementation des marchés publics contient une série de dispositions éparses, qui imposent des règles de différentes natures pour l'encadrement des cahiers des charges. L'objectif de la présente étude porte donc sur la recherche et la mise en exergue des règles juridiques communes à tous les cahiers des charges, c'est-à-dire les règles qui sont applicables à l'ensemble de ces cahiers et qui les définissent et traitent de leur contenu, ainsi que sur celles relatives aux modalités de leur élaboration et approbation, telles qu'elles figurent dans le décret présidentiel n°15-247 du 16 septembre 2015 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public (RMPDSP)².

Pour ce faire, il est nécessaire de donner la définition et les différents types de cahiers de charges et les modalités de leur approbation (chapitre premier), avant de présenter les dispositions relatives au contenu du cahier des charges et du marché public (chapitre deuxième).

Chapitre Premier : Définition et types

des cahiers des charges et modalités de leur approbation

La doctrine et la réglementation ont défini les cahiers des charges et présenté leurs différents types et leurs caractéristiques (première section), tandis que la réglementation a prévu les modalités d'approbation de ces cahiers (deuxième section).

Première Section : Définition, types et caractéristiques

des cahiers des charges

La doctrine a défini le cahier des charges (§ 1). De son côté, le droit algérien a donné la définition et les différents types de cahiers des charges (§ 2). Le cahier des charges constitue un élément parmi les pièces constitutives des marchés publics (§ 3). Il existe par ailleurs une hiérarchie entre les différents types de cahiers des charges (§ 4). Enfin, le cahier des charges demeure une référence dans la procédure de passation des marchés publics (§ 5).

§ 1 - Définition doctrinale du cahier des charges

M. ALLAIRE (Frédéric) définit le cahier des charges comme étant «le document dans lequel l'administration définit les obligations minimales qu'elle met à la charge de l'opérateur économique auquel le marché sera attribué. Ces charges sont généralement déterminées selon une double nature : les charges administratives et les charges techniques. Suivant cette distinction, les cahiers de charges sont au nombre de deux : le cahier des charges administratives et les cahiers des clauses techniques»³.

Pour l'auteur suscitée, ces documents peuvent être généraux ou particuliers. Il écrit que des cahiers des charges des clauses administratives générales (CCAG) et des cahiers des charges des clauses techniques générales (CCTG), qui constituent selon l'activité qu'ils couvrent autant de modèles de contrats, ont été arrêtés afin de faciliter la tâche de l'administration.

De façon générale, ces cahiers déterminent les dispositions administratives

applicables à une catégorie de marchés.

S'agissant des différents types de cahiers de charges et selon le même auteur, il existe quatre cahiers de charges administratives générales pour les fournitures courantes, les marchés des prestations intellectuelles, les marchés de travaux et les marchés industriels, mais il n'est prévu qu'un seul cahier des clauses techniques générales pour les marchés publics de travaux.

Les cahiers des charges peuvent être modifiés dans certains cas et ne sont pas obligatoires dans tous les cas. Ces documents peuvent être amendés pour satisfaire au mieux les besoins du service contractant. Toutefois, il n'est pas obligatoire de recourir à un CCAG ou à un CCTG lorsque les dispositions contractuelles de ces documents ne correspondent pas aux besoins à satisfaire. Dans cette hypothèse, le service contractant rédige lui-même les clauses administratives et techniques.

Pour le Professeur Ammar Boudiaf, « le cahier des charges constitue un document officiel établi par l'administration contractante par sa volonté unilatérale qui fixe les conditions relatives aux règles de la concurrence avec ses différents aspects, les conditions de participation à cette concurrence et les modalités de choix du cocontractant »⁴.

Enfin, M. BOULIFA (Brahim) donne une définition du cahier des charges de l'appel d'offres comme suit : « destiné aux candidats, le cahier des charges de l'appel d'offres est un document écrit, élaboré par le service contractant, établi à l'avance pour chaque projet de marché, fixant les conditions imposées pour la passation du marché et l'exécution du marché ainsi que l'ensemble des conditions et des procédures devant être mises en œuvre pour le choix du partenaire cocontractant »⁵.

Selon une autre définition, « le cahier des charges vise le document ou l'ensemble de documents servant à décrire les besoins fonctionnels, techniques et administratifs d'un marché »⁶.

Ces définitions portent sur la forme, le mode d'élaboration et sur le contenu du cahier des charges.

§ 2 – Les cahiers des charges en droit algérien

La RMPDSP a défini les cahiers des charges et a prévu trois types (1). Par ailleurs, le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux du ministère de la reconstruction, des travaux publics et des transports a été pris en 1964 (2).

1 – Définition et types des cahiers des charges en droit algérien

Conformément à l'article 26 de la RMPDSP, « Les cahiers des charges, actualisés périodiquement, précisent les conditions dans lesquelles les marchés publics sont passés et exécutés ... ».

Les articles 26 et 147, alinéa 2, de la RMPDSP donnent des indications quant au contenu des cahiers des charges et précisent qu'ils sont des éléments constitutifs des marchés publics.

Selon l'article 147, « les dispositions contractuelles du marché précisent le taux des pénalités ainsi que leurs modalités d'application ou d'exemption conformément aux cahiers des charges visés à l'article 26 du présent décret, qui sont des éléments constitutifs des marchés publics ».

Il ressort que les cahiers des charges sont la référence pour l'exécution du contrat, car la conformité de l'exécution du contrat et le respect des délais sont appréciés par rapports à ces documents.

Les cahiers de charges sont, selon l'article 26 de la RMPDSP, de trois (3) types :

1 – Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) applicables aux marchés de travaux, de fournitures, d'études et de services ;

2 - Les cahiers des prescriptions communes (CPC), qui fixent les dispositions techniques applicables à tous les marchés portant sur une même nature de travaux, de fournitures, d'études ou de services ;

3 - Les cahiers des prescriptions spéciales (CPS) qui fixent les clauses propres à chaque marché.

L'article 26 a indiqué que les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) doivent être approuvés par décret exécutif. Quant aux cahiers des prescriptions techniques communes (CPTC), leur approbation intervient par arrêté du ministre concerné. Le silence a été gardé s'agissant des cahiers des prescriptions spéciales, du fait qu'ils sont élaborés par les services contractants, en fonction des données propres à chaque marché.

2 – Des modèles de cahier des charges adoptés

Le Professeur Bennadji chérif a constaté, en 1991, qu'aucun cahier des charges n'a été édicté postérieurement à la promulgation du code des marchés publics de 1967 (a)⁷. Cette situation perdure jusqu'à l'heure actuelle avec toutefois

une nuance. En effet, des cahiers de prescriptions spéciales-types ont été publiés en 1979 et après la parution de la réglementation des marchés publics de 1991 (b).

a - le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux de 1964

En 1964 a été publié l'arrêté du 21 novembre 1964 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux du ministère⁸. Ce texte est, en principe, toujours en vigueur puisqu'il n'a pas fait l'objet d'une abrogation expresse.

Au plan du contenu, le cahier, qui est annexé à l'arrêté, comporte un préambule et cinq (5) titres comme suit :

Préambule : les modes de passation des marchés ; les modalités de calcul des délais ; la classification des marchés en fonction du mode de calcul du prix ;

Titre 1 : les modalités de passation des marchés ;

Titre 2 : les dispositions relatives à l'exécution des travaux ;

Titre 3 : les règles concernant le règlement des dépenses ;

Titre 4 : les modalités de paiement ;

Titre 5 : les règles et procédures de règlement des contestations.

Le cahier des clauses administratives générales de 1964 se présente comme un exemple unique en son genre d'un cahier des charges publié par voie réglementaire dans notre pays.

b - Les cahiers de prescriptions spéciales-types publiés

Deux opérations de mise en place de cahiers de prescriptions spéciales-types ont été réalisées. La première a porté sur la publication, en 1979, de trois cahiers de prescriptions spéciales-types par le ministère du commerce. Le professeur Bennadji écrit que ces documents se sont autoproclamés « cahiers de prescriptions spéciales », selon le procédé d'autodéfinition⁹.

Quant à la deuxième opération, elle est l'œuvre du Centre national d'études et d'animation de l'entreprise du bâtiment, des travaux publics et de l'hydraulique¹⁰. Elle a consisté dans l'élaboration de trois (3) cahiers de prescriptions spéciales-types, après la parution du décret exécutif n°91-434 du 9 novembre 1991 portant réglementation des marchés publics¹¹. Pour M. DJOUADI Nabil¹², ces cahiers ont pris la forme de marchés-types, car ils contiennent toutes les clauses devant figurer dans un marché public. Selon cet auteur, ces documents sont constitués

d'un ensemble de clauses-types ou, en d'autres termes, de modèles de clauses contractuelles¹³.

§ 3 - Les pièces constitutives des marchés publics

Les documents contractuels ne sont pas toujours bien définis. Selon Mme Martine Lombard, « il est fréquent qu'un contrat administratif se réfère à des documents annexes établis par l'administration, dont certaines dispositions peuvent avoir un caractère réglementaire lorsqu'elles sont relatives à l'organisation d'un service public »¹⁴.

Les documents contractuels sont, en droit français, les différents cahiers des charges en plus de l'acte d'engagement¹⁵. Dans ce cadre, M. LAJOYE (Christophe)¹⁶ rappelle l'article 13 du nouveau code des marchés publics français, qui dispose que «les cahiers des charges déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés. Ils comprennent les cahiers des clauses générales et les cahiers des clauses particulières». Selon cet auteur, les pièces constitutives des marchés publics sont de plusieurs sortes. Il cite l'article 11 du code des marchés publics français, qui dispose qu'à l'exception des marchés passés selon une procédure adaptée, les marchés publics sont des contrats passés en la forme écrite dont l'acte d'engagement, les cahiers des charges et, le cas échéant, les bons de commande (marchés à bons de commande) sont les pièces constitutives. Par ailleurs et en vertu de l'article 12 du même code, ces pièces constitutives doivent contenir certaines mentions obligatoires, au nombre de treize (13)¹⁷.

S'agissant de la place des différents documents constitutifs des marchés publics, cet auteur écrit que les mentions obligatoires des marchés publics sont réparties entre l'ensemble des pièces constitutives, à savoir l'acte d'engagement, le cahier des clauses administratives particulières, le cahier des clauses techniques particulières, l'état des prix forfaitaires, le bordereau des prix unitaires, ainsi que les cahiers des clauses techniques générales, les cahiers des clauses administratives générales.

L'auteur distingue donc trois types de pièces constitutives des marchés publics : les documents contractuels de différents types; les cahiers des clauses générales; les cahiers des clauses particulières.

En droit algérien, ces documents sont les cahiers des charges et le contrat écrit, tel que défini par l'article 2 de la RMPDSP. Dans ce cadre, l'article 147, alinéa

2, de la RMPDSP précise que les cahiers des charges «sont des éléments constitutifs des marchés publics». En analysant le code des marchés publics algérien de 1967¹⁸, le Professeur Bennadji (Chérif)¹⁹ écrit qu'« en disposant que les cahiers des charges sont des éléments constitutifs des marchés publics, le code des marchés tend à faire de ces documents des éléments de la définition légale de cette catégorie de contrats ». L'auteur précise, en outre, que l'étude des cahiers des charges, comme aspect du droit des marchés publics, « n'a pas eu beaucoup de pertinence dans le système juridique algérien, à cause de la faiblesse de la théorie des cahiers des charges dans ledit système ».

S'agissant de la documentation exigée par la RMPDSP, le service contractant doit mettre à la disposition des soumissionnaires le cahier des charges et la documentation exigée par la RMPDSP, conformément à l'article 63. Cette documentation porte sur l'objet des prestations et les autres exigences, y compris les spécifications techniques, la certification de conformité, les normes auxquelles les produits et services doivent satisfaire, ainsi que les plans, dessins et instructions nécessaires.

Le cahier des charges du marché ou le marché lui-même doivent faire une référence expresse au cahier des clauses administratives générales (CCAG) et au cahier des prescriptions communes pour que ces derniers soient applicables au marché et prennent une valeur contractuelle²⁰.

§ 4 - Hiérarchie entre les différents types de cahiers des charges

Il existe une hiérarchie entre les différents types de cahiers des charges qui correspond au champ d'application de chacun d'eux. Par ailleurs, les modalités de leur approbation (décret et arrêté) reflètent cette hiérarchie.

C'est ainsi que les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) ont un champ d'application très large puisqu'ils sont applicables à tous les marchés de travaux, de fournitures, d'études et de services. Ils sont de surcroît approuvés par décret.

Quant aux cahiers des prescriptions communes (CPC), qui concernent les marchés portant sur une même nature de travaux, de fournitures, d'études ou de services, ont un champ d'application moins large. Ils sont, en outre approuvés par voie d'arrêté ministériel.

Enfin, les cahiers des prescriptions spéciales (CPS), qui fixent les clauses propres à chaque marché, ne s'appliquent qu'à un seul marché (ou éventuellement à un nombre réduit de marchés s'ils sont conclus dans des conditions identiques).

La question de la hiérarchie des différents cahiers des charges se pose dans le cas où il y a une contradiction entre ces différents documents. En principe, les documents contractuels sont énumérés dans le marché selon leur ordre de priorité, c'est pourquoi en cas de contradiction, leur valeur dépendra de l'ordre dans lequel ils ont été cités²¹.

Dans ce cadre, l'arrêté d'approbation de ce cahier des clauses administratives générales de 1964 précise, dans son article 3, que lorsqu'il y a une contradiction entre ce cahier et les prescriptions d'un cahier des prescriptions spéciales, la liste des articles objet de la dérogation doit être incluse dans l'article final du cahier des prescriptions spéciales.

§ 5 - Le cahier des charges comme référence dans la procédure de passation des marchés publics

Le cahier des charges est utilisé comme référence dans tous les actes relatifs aux marchés publics : consultation ; présentation des offres ; choix du cocontractant ; rédaction du marché ; exécution du marché ; règlement des litiges.

1 - Le retrait du cahier des charges

Le retrait du cahier des charges est une obligation qui pèse sur le soumissionnaire, tel qu'il ressort de l'article 63. Il doit être retiré par le candidat ou par le soumissionnaire ou par leurs représentants. Dans le cas d'un groupement momentané d'entreprises, le cahier des charges doit être retiré par le mandataire ou son représentant.

2 - La référence aux cahiers des charges administratives générales comme mention complémentaire

Chaque marché doit contenir obligatoirement des mentions principales et des mentions complémentaires. Parmi les mentions complémentaires, figure la référence aux cahiers des charges administratives générales et aux cahiers des prescriptions techniques applicables aux marchés, tel qu'il ressort de l'article 95.

Cette disposition impose les cahiers des charges comme documents contractuels devant être obligatoirement cités dans le marché, car ils servent de

référence pour celui-ci.

3 - Le cahier des charges comme base d'évaluation des offres

Il ressort de l'article 72 de la RMPDSP que le cahier des charges sert de base de travail pour l'évaluation des offres. Dans ce cadre, la commission d'ouverture des plis et d'évaluation des offres (COPEO) doit éliminer les candidatures et les offres non conformes au contenu du cahier des charges et procéder à l'analyse des offres non éliminées en deux phases sur la base des critères et de la méthodologie contenue dans le cahier des charges.

Dans la première phase, la commission établit le classement technique des offres et élimine les offres qui n'ont pas obtenu la note minimale indiquée dans le cahier des charges. Dans une deuxième phase, la COPEO doit retenir l'offre la plus avantageuse économiquement, c'est-à-dire l'offre la moins-disante, lorsque l'évaluation se base uniquement sur le prix ou bien lorsqu'il s'agit de prestations courantes, ou bien l'offre qui obtient la note totale la plus élevée sur la base de la pondération de plusieurs critères.

4 - Le cahier des charges comme base pour déclarer l'infructuosité de l'appel d'offres

En vertu de l'article 40, la procédure d'appel d'offres est déclarée infructueuse dans trois cas, comme suit :

- aucune offre n'est réceptionnée ;
- aucune offre n'est conforme à l'objet du marché et au contenu du cahier des charges ;
- lorsque le financement des besoins ne peut être assuré.

Le cahier des charges est pris comme référence pour déclarer la procédure d'appel d'offres infructueuse.

5 - La justification des capacités des membres du groupement momentané d'entreprises

Lorsque le marché est réalisé par un groupement momentané d'entreprises, le service contractant doit tenir compte des capacités du groupement dans sa globalité, conformément à l'article 57. Dans ce cas, les membres du groupement ne sont pas tenus de justifier de l'ensemble des capacités exigés du groupement par le cahier des charges.

Il s'agit là d'une règle particulière qui impose que les dispositions du cahier des charges relatives aux capacités exigées du cocontractant doivent être partagées, dans le cas d'un groupement, entre les membres de celui-ci.

6 - Le respect du libre jeu de la concurrence et l'égalité de traitement des candidats

Le titulaire d'un marché public qui a pris connaissance de certaines informations qui pourraient l'avantager lors de la soumission dans le cadre d'un autre marché public, n'a pas le droit de participer à cette soumission, sauf dans le cas où il prouve que lesdites informations ne faussent pas le libre jeu de la concurrence. L'article 94 de la RMPDSP impose, dans ce cas, au service contractant de démontrer que les informations communiquées dans le cahier des charges sont de nature à rétablir l'égalité de traitement des candidats.

Cette disposition est de nature à garantir l'égalité de traitement des candidats, telle que fixée dans l'article 5 de la RMPDSP.

Deuxième Section : Approbation des cahiers des charges

Le service contractant doit élaborer le projet de cahier des charges de l'appel d'offres qu'il doit rédiger avec soin et précision et ce avant de le soumettre à l'examen de la commission compétente²². S'agissant de l'approbation des cahiers des charges, La RMPDSP a mis en place des règles communes relatives à tous des cahiers des charges (§ 1) ainsi que des dispositions concernant certains modes de passation du marché (§ 2).

§ 1 – Les règles communes relatives à l'approbation des cahiers des charges

La RMPDSP contient des règles relatives à l'approbation des cahiers des charges communes à toutes les commissions et aux différents modes de passation des marchés publics et d'autres règles qui sont propres à certains modes.

Dans ce cadre, La RMPDSP a défini les compétences des commissions des marchés en matière d'examen des cahiers des charges (1) et celles de la commission sectorielle des marchés publics (2). Elle a, en outre, fixé les règles d'attribution du visa des projets de cahiers des charges par la commission des marchés (4) et les modalités de passer outre le refus du visa (4).

1 – Les compétences des commissions des marchés en matière d'examen des cahiers des charges

L'article 169 et les articles qui le suivent ont traité de l'examen du cahier des charges par les commissions des marchés.

Sous l'appellation de « la commission des marchés du service contractant », la RMPDSP désigne cinq (5) commissions différentes à savoir :

1. la commission régionale des marchés (article 171) ;

2. la commission des marchés de l'établissement public national et de la structure déconcentrée de l'établissement public à caractère administratif national (article 172) ;

3. la commission des marchés de wilaya (article 173) ;

4. la commission communale des marchés (article 174) ;

5. la commission des marchés de l'établissement public local, de la structure déconcentrée de l'établissement public national à caractère administratif non citée dans la liste prévue à l'article 172 (article 175) ;

De façon générale, ces commissions sont chargées d'apporter leur assistance en matière de la préparation et de formalisation des marchés publics, d'examiner les projets de cahier des charges, de marché et d'avenants et d'examiner des recours introduits par les soumissionnaires, conformément à l'article 169.

Les compétences des différentes commissions de marchés en matière d'approbation des cahiers des charges sont fixées dans les articles de 171 à 175 de la RMPDSP.

2 - La compétence de la commission sectorielle des marchés publics en matière de cahiers des charges

La commission sectorielle des marchés publics a, conformément à l'article 182 et les articles qui le suivent, pour mission générale le contrôle de la régularité des procédures de passation des marchés publics, l'assistance des services contractants qui relèvent de sa compétence, en matière de préparation et de formalisation des marchés publics, ainsi que la participation à l'amélioration des conditions de contrôle de régularité, tels que fixées dans les articles de 179 à 184 de la RMPDSP.

Comme règle générale, toutes les commissions agissent, en matière d'approbation des cahiers des charges, dans les limites de leurs seuils de compétence respectifs tels que fixés par la RMPDSP.

3 – Les modalités d'attribution du visa des projets de cahiers des charges par la commission des marchés

L'article 195 dispose que chaque commission des marchés est un centre de décision en matière de contrôle des marchés publics rentrant dans son champ de compétence. La commission peut accorder le visa aux projets de cahiers des charges, de marchés ou d'avenants. La commission est tenue dans l'obligation de motiver tout refus.

En outre, le visa peut-être assorti de réserves suspensives ou non suspensives. Dans ce cadre, il convient de noter que les réserves sont suspensives lorsqu'elles s'attachent au fond du projet de cahier des charges, de marché ou d'avenant. Elles sont non suspensives que quand elles s'attachent à la forme.

Conformément à l'article 195, le service contractant est dispensé du visa préalable de la commission des marchés compétente pour les opérations à caractère répétitif et/ou de même nature qui sont lancées sur la base d'un cahier des charges-type déjà approuvée.

Enfin, M. KADI (Ahmed)²³ parle de l'intangibilité du cahier des charges approuvé. Pour cet auteur, le « cahier des charges qui a reçu le visa du contrôle « externe » a priori doit demeurer intangible durant toutes les phases qui suivent jusqu'à celle finale du contrôle « externe » à l'attribution ... au sens où toute modification susceptible de fausser la concurrence ou d'entraver la liberté d'accès est prohibée, en l'occurrence ... »

4 - Le passer outre en cas de refus du visa des projets de cahiers des charges

Le passer outre est défini par M. BOULIFA (B) comme étant « ... une mesure d'assouplissement qui peut être utilisée, à titre exceptionnel, pour des motifs d'intérêt général »²⁴. La RMPDSP a consacré les articles de 200 à 202 au passer outre en cas de refus du visa à un projet de cahier des charges, de marché ou d'avenant.

1-S'agissant de la commission des marchés des services contractants, l'article 200 donne au ministre, au responsable de l'institution publique, au wali et au président de l'Assemblée Populaire Communale la prérogative de passer outre, sur rapport du service contractant, par décision motivée, leur refus de visa émis par la commission des marchés, selon leurs domaines de compétence respectifs.

Le wali est tenu d'informer le ministre de l'intérieur et des collectivités locales de cette décision. De son côté, le président de l'Assemblée Populaire Communale doit informer le wali dans le cas où il délivre une décision de passer outre.

2-S'agissant de la commission de l'institution publique ou de la commission sectorielle des marchés, les ministres concernés ou le responsable de l'institution publique, selon le cas, peuvent passer outre le refus du visa par décision motivée prise sur la base du rapport du service contractant.

Dans les deux cas suscités, une copie des décisions de passer outre est obligatoirement transmise à la Cour des comptes, au ministre chargé des finances et à la commission des marchés concernée. Pour ce qui est du ministre des finances, la copie de la discision de refus de visa sera communiquée à l'Autorité de régulation des marchés publics et des délégations de service public²⁵ et à l'Inspection générale des finances²⁶.

3-L'article 202 impose deux restrictions en matière de passer outre, comme suit :

1) Dans le cas où le refus de visa est motivé par la non conformité à des dispositions réglementaires, la décision de passer outre peut intervenir et s'impose au contrôleur financier et au comptable assignataire.

2) Par contre, la décision de passer outre ne peut intervenir en cas de refus de visa motivé par la non conformité à des dispositions législatives.

Par ailleurs, la décision de passer outre ne peut intervenir à l'issue de quatre-vingt-dix (90) jours, à partir de la date de notification du refus de visa par la commission concernée.

Dans ce cadre, le professeur Ammar Boudiaf²⁷ se demande pourquoi refuser le passer outre dans le cas de non conformité à des dispositions législatives et l'accorder en cas de non conformité à des dispositions réglementaires, alors même que la réglementation des marchés publics est de nature réglementaire. L'auteur a également cité l'article 26 de la loi n°06-01 du 20 février 2006, modifiée et complétée²⁸, qui incrimine l'agent public qui procure sciemment à autrui un avantage injustifié lors de la passation ou de l'octroi d'un visa d'un contrat, d'une convention, d'un marché ou d'un avenant et ce en violation des dispositions législatives et réglementaires

relatives à la liberté d'accès, à l'égalité des candidats et à la transparence des procédures, c'est-à-dire en violation des règles de la concurrence et de la réglementation des marchés publics.

§ 2 – Les dispositions relatives à l'approbation du cahier des charges selon certains modes de passation du marché

Deux modes de passation des marchés publics ont bénéficié de dispositions particulières relatives à l'approbation du cahier des charges, il s'agit de l'appel d'offres restreint en deux étapes, qui fait l'objet d'un « cahier des charges modifié » (1) et du gré à gré après consultation (2).

1 - L'approbation du « cahier des charges modifié » dans le cas de l'appel d'offres restreint en deux étapes

L'article 46 de la RMPDSP a introduit la notion de « cahier des charges modifié » dans le cas de l'appel d'offres restreint en deux étapes et a défini les modalités de sa mise en place et de son adoption.

Le recours à l'appel d'offres restreint est organisé, lors de la remise de l'offre technique, soit en deux étapes, soit en une seule étape, conformément à l'article 45 de la RMPDSP.

L'appel d'offres restreint a lieu en une seule étape lorsque la procédure est lancée sur la base de spécifications techniques détaillées qui sont établies par référence à des normes et/ou des performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles.

L'appel d'offres restreint peut avoir lieu de façon exceptionnelle en deux étapes, lorsque la procédure est lancée sur la base d'un programme fonctionnel, d'un côté, et le service contractant n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pour répondre à ses besoins, même avec un marché d'études, d'un autre côté.

À l'issue de la première étape, qui consiste à recevoir des offres techniques préliminaires sans offres financières, la commission d'ouverture des plis et d'évaluation des offres doit proposer au service contractant d'éliminer les offres des candidats qui ne répondent pas aux exigences du programme fonctionnel et/ou aux prescriptions techniques prévues dans le cahier des charges.

Seuls les candidats dont les offres techniques préliminaires ont été déclarées conformes à l'issue de la première étape sont invités, dans une deuxième étape, à présenter une offre technique finale et une offre financière, sur la base d'un cahier des charges modifié si nécessaire en prenant en compte les clarifications demandées au cours de la première étape.

Dans le cas de l'appel d'offres restreint, en deux étapes, la commission d'ouverture des plis et d'évaluation des offres peut demander par écrit aux candidats des clarifications ou des précisions sur leurs offres.

Le cahier des charges ainsi modifié doit être visé par la commission des marchés compétente, sur la base des clarifications demandées au cours de la première étape.

2 - L'approbation du cahier des charges dans le cas du gré à gré après consultation

Le recours au gré à gré après consultation a lieu dans cinq (5) cas fixés par l'article 51. Le premier cas concerne l'appel d'offres infructueux pour la deuxième fois. Dans ce cas le RMPDSP n'impose pas la rédaction et l'approbation d'un nouveau cahier des charges (A). Dans les autres cas, il y a lieu de soumettre le cahier des charges à l'approbation (B).

A – Les modalités d'approbation du cahier des charges dans le cas du gré à gré après consultation dans le cas de l'infructuosité de l'appel d'offres

Le premier cas du recours au gré à gré après consultation concerne l'appel d'offres infructueux pour la deuxième fois, tel que fixé dans l'article 51. L'approbation du cahier des charges dans ce cas possède trois éventualités.

1) L'utilisation du même cahier des charges avec réduction du délai de préparation des offres

Le service contractant peut consulter les entreprises ayant participé à l'appel d'offres par voie de lettre recommandée. Dans ce cas, le service contractant doit utiliser le même cahier des charges que celui de l'appel d'offres, à l'exception des dispositions spécifiques à cette procédure. Le service contractant peut toutefois réduire le délai de préparation des offres.

Malgré les modifications, qu'il peut subir comme indiqué, le cahier des charges n'est pas soumis de nouveau à l'examen de la commission des

marchés.

2) Utilisation du même cahier des charges sans réduction de délai de préparation des offres

Le service contractant peut élargir la consultation à des entreprises qui n'ont pas participé à l'appel d'offres. Dans ce cas, le service contractant doit obligatoirement publier l'avis de consultation, conformément aux règles prévues de la RMPDSP.

Il doit également utiliser le même cahier des charges, à l'exception des dispositions spécifiques à la procédure d'appel d'offres.

Dans ce cas de figure, l'article 52 n'autorise pas le service contractant à réduire le délai.

3) Modification des dispositions du cahier des charges

Dans le cas où le service contractant est contraint de modifier certaines dispositions du cahier des charges qui portent sur les conditions de la concurrence, il est tenu de soumettre celui-ci de nouveau à l'examen de la commission des marchés publics compétente, d'une part, et de lancer un nouvel appel d'offres, d'autre part.

B - L'approbation du cahier des charges dans les cas autres que l'infructuosité de l'appel d'offres

Conformément à l'article 51, les quatre (4) cas, en dehors de l'infructuosité de l'appel d'offres, dans lesquels le service contractant recourt au gré à gré après consultation concernent les marchés suivants :

-Les marchés d'études, de fournitures et de services spécifiques dont la nature ne nécessite pas le recours à un appel d'offres.

-Les marchés de travaux relevant directement des institutions publiques de souveraineté de l'Etat.

-Les marchés déjà attribués, qui font l'objet d'une résiliation, et dont la nature ne s'accommode pas avec les délais d'un nouvel appel d'offres.

-Les marchés conclus dans le cadre de la stratégie de coopération du gouvernement ou d'accords libéraux de financement concessionnels de conversion de dettes en projets de développement ou de dons, lorsque ces accords de financement prévoient le recours de gré à gré après consultation.

Dans les quatre (4) cas suscités, l'article 52 de la RMPDSP impose que la

consultation soit effectuée au moyen d'une lettre de consultation sur la base d'un cahier des charges qui doit être soumis au visa de la commission des marchés compétente avant le lancement de la procédure de consultation.

Chapitre Deuxième : Les dispositions relatives au contenu du cahier des charges et du marché

MM. SABRI (M), AOUDIA (K) et LALLEM (M)²⁹ ont traité du contenu du cahier des charges. Pour ces auteurs, le cahier des charges rentre dans le cadre d'un appel d'offres, il «fait partie intégrante du D.A.O [dossier d'appel d'offres - NDLA]». Son élaboration doit intervenir après l'identification des besoins et avant le recours à la concurrence.

C'est ainsi qu'avant tout appel à la concurrence et même dans le cadre d'un marché conclu selon le mode du gré à gré simple, un cahier des charges doit être minutieusement préparé par le service contractant en vue de faire connaître aux candidats et soumissionnaires intéressés la nature et la consistance des prestations qui feront l'objet du marché.

Au plan du contenu, le cahier des charges comprend plusieurs types d'informations et de données de différentes natures. En matière de prestations, il doit indiquer les prestations à réaliser, les biens à fournir, le lieu de livraison ou d'installation, les exigences de garantie et d'entretien, ainsi que d'autres conditions.

En matière de conformité des produits, le cahier des charges doit définir les épreuves, normes et méthodes nécessaires pour évaluer la conformité du produit à livrer et des ouvrages à réaliser.

Dans certains cas, le cahier des charges contient des spécifications techniques concernant la référence aux performances de rendement exigées des équipements ou des installations à acquérir.

Sur le plan de la méthode d'élaboration du cahier des charges, les plans d'exécution doivent être établis selon les normes universellement connus et conformément aux spécifications techniques. Ceci facilite l'exploitation de ces documents et permet aux soumissionnaires de répondre par des offres conformes elles aussi aux normes.

En plus des clauses à caractère technique, le cahier des charges contient des conditions générales qui définissent les obligations du prestataire et précisent les dispositions en matière de cautionnement, d'indemnités et d'assurances, de

pénalités de retard, de résiliation, d'avances à effectuer et de mode de paiement des prestations fournies.

Plusieurs dispositions la RMPDSP portent sur l'organisation de la concurrence et à la présentation des offres (première section), au moment ou d'autres dispositions sont consacrées aux obligations des soumissionnaires relatives aux garanties et à la protection de l'économie nationale et aux clauses du marché (deuxième section).

Première Section : Les dispositions portant sur la forme du marché, l'organisation de la concurrence et la présentation des offres

Tous les aspects de la procédure des marchés publics sont régis par le cahier des charges. C'est le cas des dispositions portant sur la forme du marché et l'organisation de la concurrence (§1) les modalités de présentation des offres (§2).

§ 1 - Les dispositions inhérentes à la forme du marché et à l'organisation de la concurrence

Douze (12) dispositions de différentes natures relatives la forme du marché et l'organisation de la concurrence ont été recensées dans la RMPDSP.

1 - La division du marché en une tranche ferme et des tranches conditionnelles

Le cahier des charges doit préciser que le marché comporte une tranche ferme et une ou plusieurs tranche(s) conditionnelle(s) si le cas se présente.

En outre, l'article 30 de la PMPDSP précise que la tranche ferme et chacune des tranches conditionnelles doivent porter chacune sur un projet fonctionnel.

2 - L'allotissement du marché

L'allotissement du marché consiste dans la satisfaction des besoins du marché en plusieurs lots séparés. Selon M. LAJOIE (C)³⁰, L'allotissement set « défini comme la division d'une même opération de fournitures, de prestation de services ou de travaux en plusieurs lots, un lot étant une unité autonome qui est attribuée séparément. Chaque lot est attribué individuellement au candidat dont l'offre a été choisie pour ce lot ».

L'allotissement du marché doit être obligatoirement prévu dans le cahier des charges, conformément à l'article 31 de la RMPDSP.

3 - L'attribution du marché à commande à plusieurs opérateurs

Conformément à l'article 34, « le marché à commandes porte sur la réalisation de travaux, l'acquisition de fournitures ou la prestation de services ou la

réalisation d'études de type courant et à caractère répétitif». Dans ce cadre, le cahier des charges doit préciser si le contrat à commande peut être attribué à plusieurs opérateurs économiques ou non.

4 - Les critères de recours aux procédures dite « les études, la réalisation, l'exploitation et la maintenance »

Le service contractant peut recourir à la procédure « étude et réalisation » qui associe l'entrepreneur aux études de conception de l'ouvrage, conformément à l'article 35. Dans ce cas là, le cahier des charges doit prévoir une préqualification relative à la phase étude, en vue de l'évaluation technique.

Le service contractant peut également recourir aux deux types de marchés suivants :

- Marché d'« étude, réalisation et exploitation ou maintenance » ;
- Marché de « réalisation et exploitation ou maintenance ».

Dans le cas des deux marchés suscités, le cahier des charges doit prévoir les exigences de performances à atteindre qui sont mesurables et qui doivent faire l'objet d'un critère d'évaluation technique assorti du critère coût global.

5 - La limitation du nombre de candidats dans la procédure de l'appel d'offres restreint

Il ressort de l'article 45 que « l'appel d'offres restreint est une procédure de consultation sélective, selon laquelle seuls les candidats préalablement présélectionnés sont invités à soumissionner ». Cet article autorise le service contractant à fixer, dans le cahier des charges, le nombre maximum des candidats qui seront invités à soumissionner, après l'opération de présélection, à cinq (5).

Le service contractant peut également recourir à l'appel d'offres restreint sur la base d'une short list d'opérateurs économiques qualifiés.

Selon l'article 45, toutes les modalités relatives aux modalités de présélection et de consultation relatives à un appel d'offres restreint doivent être prévues dans le cahier des charges.

6 - Les dispositions du cahier des charges relatives au concours

Le concours, comme mode de passation des marchés publics, peut être restreint ou ouvert avec exigence de capacités minimales, conformément à l'article 48. Le concours de maîtrise d'œuvre est obligatoirement restreint.

Le cahier des charges du concours doit contenir un programme et un règlement du concours, d'un côté, et préciser les modalités de présélection et éventuellement d'organisation du concours, d'un autre côté.

Le cahier des charges est tenu également de prévoir l'enveloppe financière prévisionnelle des travaux, dans le cas où le concours concerne un projet de réalisation des travaux.

En outre, le cahier des charges doit comprendre le contenu du pli des prestations et des plis techniques et des plis financiers³¹.

Enfin, en vertu de l'article 48, le service contractant peut limiter le nombre maximum de candidats qui seront invités à soumissionner à cinq (5) dans le cahier des charges.

7 - Les mentions obligatoires de l'avis d'appel d'offres

En vertu de l'article 62, l'avis d'appel d'offres doit comporter dix (10) mentions obligatoires. Parmi ces mentions, cet avis doit indiquer la liste sommaire des pièces exigées et le renvoi aux dispositions les concernant figurant dans le cahier des charges.

Il s'agit là d'une disposition importante dans la procédure de passation des marchés, car c'est le premier acte qui conditionne la suite de cette procédure.

8 - L'indication de la date et l'heure limite de dépôt des offres et celles d'ouverture des plis

Le cahier des charges doit mentionner la date et l'heure limite de dépôt des offres, d'un côté, et la date et l'heure d'ouverture des plis, d'un autre côté, avant sa remise aux soumissionnaires, tel qu'il ressort de l'article 66 de la RMPDSP.

9 - L'évaluation des offres

L'évaluation des offres est une opération importante dans le processus de conclusion d'un marché public. Elle est effectuée selon une méthodologie définie dans le cahier des charges et se déroule en trois (3) phases distinctes et successives comme suit :

- l'examen préliminaire des offres techniques ;
- l'analyse des offres restantes ;
- l'examen des offres financières³².

La mission d'évaluation est confiée à la commission d'ouverture des plis et d'évaluation des offres (COPEO), qui l'exécute sur la base du cahier

des charges en vertu de l'article 72 de la RMPDSP.

Dans ce cadre, la COPEO élimine les candidatures et les offres non conformes au contenu du cahier des charges et procède également à l'analyse des offres non éliminées en deux phases sur la base des critères et de la méthodologie contenue dans le cahier des charges. Les critères doivent être définis au préalable selon leurs poids respectifs dans le cahier des charges. Le cahier des charges peut même procéder à une hiérarchisation des critères³³.

Dans une première phase, la commission établit le classement technique des offres et élimine les offres qui n'ont pas obtenu la note minimale indiquée dans le cahier des charges.

Sur la base du cahier des charges, la COPEO doit, dans une deuxième phase, retenir l'offre la plus avantageuse économiquement qui peut être, selon le cas, l'offre la moins-disante, lorsque l'évaluation se base uniquement sur le prix ou bien lorsqu'il s'agit de prestations courantes, ou bien l'offre qui a obtenu la note totale la plus élevée sur la base de la pondération de plusieurs critères.

10 - Le respect des règles de la concurrence

L'article 72 impose les règles de respect des règles de la concurrence, comme suit :

1. Le cahier des charges doit contenir une disposition relative au rejet de l'offre retenue s'il est établi que certains pratiques du soumissionnaire sont constitutives d'abus de position dominante du marché ou si elles faussent la concurrence dans le secteur concerné.

2. Dans ce cadre, la COPEO peut proposer au service contractant le rejet de l'offre retenue en cas de non-respect des règles de la concurrence, telles que fixées par l'ordonnance n°03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence.

11 - Les critères de choix du partenaire contractant

En matière de choix du partenaire contractant et comme règle générale, l'article 78 impose que ces critères et leurs poids respectifs doivent être obligatoirement prévus dans le cahier des charges de l'appel à la concurrence. L'article suscité cite une série de critères et renvoie au cahier

des charges pour ajouter d'autres critères, en cas de besoin.

Concernant l'appel d'offres restreint et la procédure de concours et conformément à l'article 72, le choix du cocontractant s'opère comme suit :

a) Dans le cas de l'appel d'offres restreint, le service contractant doit retenir l'offre économiquement la plus avantageuse. Le choix est opéré sur la base de la pondération de plusieurs critères conformément aux dispositions du cahier des charges.

b) Dans le cadre de la procédure de concours, la COPEO propose au service contractant la liste des candidats retenus. Elle examine ensuite leurs offres en vue de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse, sur la base de la pondération de plusieurs critères, tels que fixés dans le cahier des charges.

Le cahier des charges doit indiquer les critères additionnels éventuels pris en compte pour le choix du partenaire cocontractant, sous réserve que ces critères soient justifiés par l'objet du marché ou les conditions de son exécution³⁴.

12 - La présentation des candidatures et des offres dans le cadre de groupements momentanés d'entreprises

L'article 81 permet aux candidats et aux soumissionnaires de présenter leurs candidatures et offres dans le cadre d'un groupement momentané d'entreprises et fixe les modalités de mise en œuvre de cette option.

Le groupement d'entreprises peut être solidaire ou bien conjoint, mais le cahier des charges peut imposer aux candidats et aux soumissionnaires de se constituer en groupement momentané d'entreprises solidaires lorsque la nature du marché l'exige.

§ 2 – Les dispositions afférentes à la présentation des offres

Les aspects relatifs à la présentation des offres devant bénéficier de dispositions dans le cahier des charges ont trait aux variantes relatives aux spécifications techniques (1), aux prix à option (2), à la documentation exigée par la RMPDSP (3), au contenu de l'offre technique (4) et des prestations du concours (5), ainsi qu'à la présentation, l'évaluation et la restitution des échantillons, prototypes et maquettes (6). Enfin, la dématérialisation des appels d'offres est une mesure nouvelle qui concerne le cahier des charges (7).

1 - Les variantes aux spécifications techniques

Les modalités régissant les variantes aux spécifications techniques ont été fixées par l'article 27 de la RMPDSP comme suit :

- La proposition de variantes aux spécifications techniques doivent être prévues dans le cahier des charges (article 27/5°) ;
- L'évaluation et la présentation des variantes doivent être prévues dans le cahier de charges (article 27/6°) ;
- La RMPDSP n'impose pas l'obligation pour les soumissionnaires qui proposent des variantes de faire une offre de base en cas de propositions de variantes aux spécifications (article 27/7°).

2 - Les prix à option

Le service contractant peut prévoir dans le cahier des charges des prix à options, comme il ressort de l'article 27/8°. Mais il doit évaluer et arrêter son choix avant l'attribution du marché.

3 - La documentation exigée par la RMPDSP

Comme règle générale, imposée par l'article 63, le service contractant doit mettre à la disposition des entreprises le cahier des charges et la documentation exigée par la RMPDSP.

De façon générale, la documentation concerne l'objet des prestations et les autres exigences. De façon plus précise, elle porte sur les spécifications techniques, la certification de conformité, les normes auxquelles les produits et services doivent satisfaire, les plans, dessins et instructions, comme indiquée plus haut.

4 – Le contenu de l'offre technique

L'offre technique doit comporter une série de documents dont la déclaration à souscrire, une caution de soumission et également le cahier des charges portant la mention manuscrite « lu et accepté », en dernière page et ce conformément à l'article 67.

5 - Le contenu des prestations du concours

Dans le cas du concours, l'article 67 prévoit que l'offre doit contenir les quatre (4) éléments suivants :

- Les plis de dossier de candidature ;
- L'offre technique ;
- L'offre financière ;
- Le pli des prestations.

Il convient de préciser que le contenu du pli des prestations doit être précisé dans le cahier des charges.

6 - La présentation, l'évaluation et la restitution des échantillons, prototypes et maquettes

Le service contractant a le droit, conformément à l'article 68, de demander des soumissionnaires de présenter des échantillons, prototypes ou maquettes, en vue d'appuyer leurs offres, dans le cas où la comparaison des offres rend nécessaire cette présentation.

Le cahier des charges doit, dans ce cas, préciser les modalités de présentation, d'évaluation et de restitution éventuelle de ces échantillons, prototypes et maquettes.

7 – La dématérialisation des appels d'offres

La RMPDSP a consacré les articles de 203 à 206 à la communication et à l'échange des informations par voie électronique. La communication par voie électronique réside dans la mise en place d'un portail électronique des marchés publics. Quant à l'échange des informations par voie électronique, il porte principalement sur la mise des documents de l'appel à la concurrence à la disposition des soumissionnaires et des candidats par voie électronique, d'un côté, et les réponses des soumissionnaires et des candidats par voie électronique.

Cette procédure de travail possède une base juridique constituée par l'introduction en 2005 dans le code civil de l'écrit électronique et de la signature électronique³⁵ et en 2015 la loi sur la signature et la certification électroniques³⁶.

La RMPDSP prévoit la communication du dossier de l'appel d'offres par voie électronique sans préciser le contenu de ce dossier. C'est ainsi que le cahier des charges n'est pas cité de façon expresse. Dans ce cadre et en traitant de dématérialisation des appels d'offres, MM. FEVRIER (Rémy) et RAYMOND (Patrice)³⁷ citent à deux reprises le cahier des charges comme élément constitutif du dossier d'appel d'offres devant être communiqué par voie électronique. Ils insistent sur le fait que les échanges électroniques entre les deux parties doivent en principe se faire dans les deux sens. Ils soulèvent, en outre, les difficultés rencontrées, à la fois par les services contractants et les soumissionnaires quant au recours aux échanges électroniques. Ces difficultés ont trait à la disponibilité d'un personnel qualifié, à la mise en place de logiciels pour le traitement des échanges, ainsi qu'à leur sécurité.

Deuxième Section : Les dispositions relatives aux garanties, aux mesures de protection de l'économie nationale et aux clauses du marché

Parmi les règles d'encadrement des cahiers des charges, la RMPDSP a fixé les obligations imposées aux soumissionnaires (§1) et celles relatives aux clauses du marché (§2).

§ 1 - Les obligations imposées aux soumissionnaires dans le marché relatives aux garanties et aux mesures de protection de l'économie nationale

Dix (10) obligations sont imposées aux soumissionnaires elles sont constituées essentiellement de garanties et de mesures de protection de l'économie nationale.

1 - L'engagement des soumissionnaires étrangers d'investir en partenariat

Conformément à l'article 84 de la RMPDSP, les cahiers des charges des appels à la concurrence internationaux doivent prévoir, pour les soumissionnaires étrangers, l'engagement d'investir en partenariat, lorsqu'il s'agit de projets dont la liste est fixée par décision de l'autorité, de l'institution publique ou du ministre concerné, pour ce qui est de leurs projets et de ceux des établissements publics qui relèvent de leur autorité.

Le cahier des charges doit mettre en place le planning et la méthodologie de réalisation de l'investissement. Dans le cas où l'investissement n'a pas été réalisé conformément aux dispositions du cahier des charges, par la faute du partenaire contractant étranger, le service contractant doit mettre en demeure ledit partenaire.

L'article 84 de la RMPDSP renvoie à l'article 149 qui régit la mise en demeure, la résiliation unilatérale et la résiliation partielle du marché, en cas d'inexécution des obligations contractuelles par le contractant.

En outre, le partenaire contractant peut faire l'objet de pénalités financières et d'une inscription sur la liste des opérateurs économiques exclus de participer aux marchés publics.

2 - Les garanties financières des marchés comportant l'engagement d'investir en partenariat

L'article 84 prévoit que le cahier des charges des marchés comportant l'engagement d'investir en partenariat doit contenir des garanties financières du

marché.

3 - La promotion de la production nationale et de l'outil de production national

En règle générale, le service contractant doit lancer un appel à la concurrence national lorsque la production nationale ou l'outil de production national sont en mesure de répondre aux besoins à satisfaire du service contractant. Sous réserve des exceptions prévues dans la RMPDSP, lorsque le service contractant lance un appel à la concurrence national et/ou international, il doit, conformément à l'article 85 de la RMPDSP, tenir compte des potentialités des entreprises de droit algérien au moment de l'établissement des conditions d'éligibilité et du système d'évaluation des offres.

Le service contractant doit, en outre, privilégier l'intégration à l'économie nationale, d'un côté, et l'importance des lots et des produits sous-traités ou acquis sur le marché local, d'un autre côté.

Le service contractant est ainsi appelé, à permettre aux entreprises de droit algérien, plus particulièrement les petites et moyennes entreprises, de participer aux procédures de passation des marchés publics et ce dans le respect des conditions optimales relatives à la qualité, au coût et au délai de réalisation.

Dans ce cadre, il convient de noter que les conditions d'éligibilité et le système d'évaluation des offres doivent être prévus dans le cahier des charges, conformément à l'article 78 de la RMPDSP.

4 - Formation et transfert de savoir-faire

En vertu de l'article 85, le service contractant est tenu de prévoir dans le cahier des charges un dispositif qui vise à assurer la formation et le transfert de savoir-faire qui sont en relation avec l'objet du marché.

5 - L'obligation pour les entreprises étrangères de sous-traiter à des entreprises de droit algérien

Sur la base de l'article 85, le service contractant doit imposer dans le cahier des charges l'obligation, pour les entreprises étrangères qui soumissionnent seules, de sous-traiter au minimum trente pour cent (30 %) du montant initial du marché à des entreprises de droit algérien, sauf dans le cas d'une impossibilité dument justifiée.

Par ailleurs, le recours aux sous-traitants étrangers n'est permis que lorsque les entreprises de droit algérien ne sont pas en mesure de répondre aux besoins du service contractant.

6 - La limitation du recours aux produits importés

Quel que soit le mode de passation du marché, le 3^e alinéa de l'article 85 fait obligation au service contractant de prévoir dans le cahier des charges des mesures qui ne permettent le recours au produit importé que dans le cas où le produit local équivalent est indisponible ou d'une qualité non conforme aux normes techniques exigés.

7 - Les dispositions relatives aux prestations réservées aux micro-entreprises

Les services contractants sont tenus de réserver aux micro-entreprises, de façon exclusive, les prestations répondant à leurs besoins que ces micro-entreprises peuvent satisfaire, sauf exception dûment justifiée.

Les besoins suscités peuvent faire l'objet, selon le cas, d'un cahier des charges distinct ou bien d'un lot dans un cahier des charges alloti, et ce dans la limite de vingt pour cent (20%) au maximum de la commande publique.

L'article 87 a fixé les montants maximaux annuels par micro-entreprise.

8 - La période du versement des acomptes

En règle générale, les acomptes sont versés par le service contractant au partenaire contractant mensuellement, mais l'article 118 de la RMPDSP autorise le marché à prévoir une période plus longue compatible avec la nature des prestations.

Le versement des acomptes est subordonné à la présentation par le cocontractant des documents prévus par le cahier des charges.

9 - La caution de bonne exécution et la caution de garantie

Le montant de la caution de bonne exécution est compris, conformément à l'article 133 de la RMPDSP, entre cinq pour cent (5%) et dix pour cent (10%) du montant du marché, en fonction de la nature et de l'importance des prestations à exécuter.

Toutefois, le montant de la caution de bonne exécution est fixé entre un pour cent (1%) et cinq pour cent (5%) du montant du marché, pour les marchés qui n'atteignent pas les seuils prévus dans les tirets 1 à 4 de l'article 148 de la RMPDSP.

Ces seuils se présentent comme suit :

- 1.000.000.000 DA pour les marchés de travaux ;
- 300.000.000 DA pour les marchés de fournitures ;
- 200.000.000 DA, pour les marchés de services ;
- 100.000.000 DA, pour les marchés d'études.

Selon l'article 132, des retenues de bonne exécution peuvent être substituées à la caution de bonne exécution, pour les marchés d'études et de services dont le service contractant peut vérifier la bonne exécution avant le paiement des prestations. Toutefois, les marchés de maîtrise d'œuvre de travaux ne sont pas concernés par cette disposition, conformément à l'article 130 de la RMPDSP.

La substitution des retenues de bonne exécution à la caution de bonne exécution doit être prévue dans le cahier des charges de l'appel d'offres.

Dans le cas des marchés publics de travaux qui n'atteignent pas le montant de 1.000.000.000 DA, des retenues de bonne exécution de cinq pour cent (5%) du montant de la situation de travaux peuvent être opérées au lieu et place de la caution de bonne exécution. Cette opération de substitution doit être prévue dans le cahier des charges.

Par ailleurs, la provision constituée par l'ensemble des retenues de bonne exécution est transformée, lors de la réception provisoire du marché, en retenue de garantie, comme il ressort de l'article 133.

10 - Le dispositif de règlement amiable des litiges

En vue de régler les litiges nés de l'exécution des marchés publics, l'article 153 a mis en place un dispositif de règlement de ces litiges.

En premier lieu, l'article suscité a posé une règle générale qui dit que « les litiges nés à l'occasion de l'exécution du marché sont réglés dans le cadre des dispositions législatives en vigueur ».

En deuxième lieu, l'article incite le service contractant à rechercher une solution amiable aux litiges nés de l'exécution des marchés publics si cette solution permet d'obtenir un des résultats suivants :

- retrouver l'équilibre des charges qui incombent à chaque partie ;
- aboutir à la réalisation du marché de façon rapide ;
- arriver à un règlement définitif du litige plus rapide et moins coûteux.

En troisième lieu et en cas de désaccord, les litiges doivent être soumis à l'examen du comité de règlement amiable des litiges compétent.

Le recours au dispositif de règlement à l'amiable des litiges, et ce avant l'introduction de toute action en justice, doit être prévu dans le cahier des charges.

§ 2 – Les dispositions du cahier des charges relatives aux clauses du marché

Une série de dispositions de la RMPDSP porte sur le contenu du marché et devant figurer dans le cahier des charges. Parmi ces dispositions, il y a lieu de noter les modalités de contrôle du coût de revient des prestations (1), la nature des garanties et les modalités de leur restitution (2), l'indication du champ d'intervention de la sous-traitance (3), les taux et les modalités d'application ou d'exemption des pénalités financières (4) et la durée des opérations préalables à la réception (5).

1 - Les modalités de contrôle du coût de revient des prestations

En vue du contrôle des coûts de revient des prestations objet du marché et éventuellement de ses avenants, l'article 107 impose au service contractant de prévoir, dans le cahier des charges et/ou dans le marché, une clause qui oblige le titulaire d'un marché public de lui communiquer tout renseignement ou document permettant d'opérer ledit contrôle. La décision de soumettre le marché ou l'avenant au contrôle du coût de revient des prestations relève de la compétence du service contractant.

Les sanctions encourues par l'attributaire du marché public qui refuse de communiquer les renseignements et les documents suscités doivent être prévues dans le cahier des charges et/ou le marché public.

2 - La nature des garanties et les modalités de leur restitution

L'article 124 met à la charge du service contractant l'obligation de réunir toutes les garanties nécessaires qui permettent d'obtenir les meilleures conditions de choix du partenaire cocontractant et/ou d'exécution du marché.

Les garanties ainsi que les modalités de leur restitution doivent être fixées, selon le cas, dans les cahiers des charges ou dans les dispositions contractuelles.

3 - L'indication du champ d'intervention de la sous-traitance

La législation française définit la sous-traitance comme étant « l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat

d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître d'ouvrage »³⁸.

Les conditions de recours à la sous-traitance sont fixées dans l'article 143 de la RMPDSP, parmi ces conditions figure la mention expresse dans le cahier des charges, quand cela est possible, et dans le marché du champ principal d'intervention de la sous-traitance et ce par référence à certaines tâches essentielles devant être effectuées par le partenaire cocontractant.

Selon le même article, le sous-traitant peut être déclaré dans l'offre ou pendant l'exécution du marché. Dans ce cadre, il convient de noter que la déclaration du sous-traitant pendant l'exécution du marché et l'acceptation de ses conditions de paiement s'effectuent conformément à un modèle fixé par voie d'arrêté du ministre chargé des finances.

4 - Les taux et les modalités d'application ou d'exemption des pénalités financières

Les modalités d'application des pénalités sont fixées dans l'article 147 de la RMPDSP. C'est ainsi que la non-exécution par le cocontractant dans les délais prévus ou l'exécution non conforme des obligations contractuelles peuvent entraîner l'application de pénalités financières.

A cet effet, les dispositions contractuelles du marché doivent préciser le taux des pénalités ainsi que leurs modalités d'application ou d'exemption, conformément au cahier des charges.

5 - La durée des opérations préalables à la réception

L'article 148 de la RMPDSP fixe les modalités de réception du marché. Selon cet article, le partenaire contractant est tenu d'informer par écrit le service contractant de l'achèvement des prestations objet du marché.

Suite à cette information, il est alors procédé aux opérations préalables à la réception qui peuvent être sanctionnées par des décisions de refus de prononcer la réception, d'acceptation de la réception avec réserves ou d'acceptation de la réception sans réserves.

La durée des opérations préalables à la réception doit être précisée, à la fois, dans le cahier des charges et dans le marché.

Conclusion :

La RMPDSP a réservé une grande place au cahier des charges à la fois comme élément essentiel dans la procédure de passation des marchés publics et

comme base pour la rédaction de ces marchés et leur exécution. En effet, il existe un partage de compétences entre la législation, la réglementation, les cahiers des charges et le marché public.

Il ressort de l'étude que les règles concernant l'approbation du cahier des charges et son utilisation sont impératives. Elles rentrent dans le cadre général des procédures relatives aux marchés publics. Par contre, en matière de contenu du cahier des charges, il ressort que les obligations réglementaires portent beaucoup plus sur la nature des dispositions devant figurer dans ces documents que sur le contenu de ces dispositions, laissant ainsi une marge de manœuvre au service contractant de fixer les clauses des marchés selon ses propres besoins et exigences et la nature des prestations. Le partenaire cocontractant reste libre d'adhérer ou non au cahier des charges, toutefois l'administration peut déroger à ces documents dans certains cas.

Les cahiers des charges, avec leurs différents types, occupent ainsi une place importante dans la procédure de passation et d'exécution des marchés publics, du fait de leur contenu, qui fait d'eux des instruments indispensables pour la conclusion de ces marchés.

Bien qu'il n'y ait pas de règles générales pour la rédaction des cahiers des charges, la réglementation des marchés les a suffisamment encadrés pour permettre aux services contractants de conclure et d'exécuter les marchés publics de manière à sauvegarder les intérêts de l'administration.

Les marges :

1 Le cahier des charges de l'appel d'offres sera défini ultérieurement.

2 JORA n°50 du 20 septembre 2015, p. 3.

3 ALLAIRE (Frédéric), L'essentiel du Droit des marchés publics, Galino Editeur, Lextenso Editions, Paris, 2009, p. 41.

4 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم والنصوص التطبيقية له، الطبعة الثالثة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 142 [ترجمة صاحب المقال].

5 BOULIFA (Brahim), Marchés Publics, Manuel méthodologique, Berti Editions, Alger, 2013, p. 68.

6 www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/cahier-des-charges, consulté le 02/11/2016.

7 BENNADJI (Chérif), L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, Thèse de doctorat d'Etat en droit, Institut de Droit et des Sciences Administratives, Université d'Alger, 1991, Tome II, p. 514.

8 JORA n°101 du 11 décembre 1964, p. 1289.

9 Bennadji (Chérif), op. cit., pp. 517 et 518.

10 Actuellement, il est régi par le décret exécutif n°10-195 du 19 août 2010 portant création du Centre national d'études et d'animation de l'entreprise du bâtiment, des travaux publics et de l'hydraulique, JORA n°47 du 22 août 2010, page 25.

11 JORA n°57 du 13 novembre 1991, p. 1811 (actuellement abrogé).

- 12 جوادى نبيل، دفاتر الشروط فى القانون الجزائرى، مذكرة ماجستير فى القانون، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص 240.
- 13 المرجع نفسه، ص 242.
- 14 Lombard (Martine), Droit administratif, Edition Dalloz, Paris, 1998, p. 159
- 15 En droit français l'acte d'engagement est un document signé par le service contractant et le cocontractant, il n'est pas utilisé en droit algérien.
- 16 LAJOYE (Christophe), Droit des marchés publics, BERTI Editions, Alger, 2007, p. 126.
- 17 Ibid.
- 18 Ordonnance n°67-90 du 17 juin 1967 portant code des marchés publics, JORA n°52 du 27 juin 1967, p. 498.
- 19 BENNADJI (Chérif), op. cit., p. 508.
- 20 BOULIFA (Brahim), op. cit., p. 145.
- 21 BOULIFA (Brahim), op. cit., p. 157.
- 22 BOULIFA (Brahim), op. cit., p. 68.
- 23 KADI (Ahmed), Guide Technique Universel des Marchés Publics et des Délégations de Service Public et autres Contrats Assimilés, Tome 2, Auto-Edition, Alger, 2016, p. 186.
- 24 BOULIFA (Brahim), op. cit., p. 179.
- 25 Instituée par l'article 213 du décret présidentiel n°15-247 du 16 septembre 2015, op. cit.
- 26 Régie par le décret n°80-53 du 1^{er} mars 1980 portant création de l'inspection générale des finances, JORA n°10 du 4 mars 1980, page 242 et les textes pris pour son application.
- 27 عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 306 وما بعدها.
- 28 Loi n°06-01 du 20 février 2006 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption, JORA n°14 du 8 mars 2006, p. 4.
- 29 SABRI (M), AOUDIA (K), LALLEM (M), Guide des marchés publics, Edition du Sahel, Alger, 2000, p. 91.
- 30 LAJOYE (C), op. cit., p. 64.
- 31 BOULIFA (Brahim), op. cit., p. 70.
- 32 Ibid., p. 104.
- 33 BOULIFA (Brahim), op. cit., p. 113.
- 34 BOULIFA (Brahim), op. cit., 2013, p. 69.
- 35 Respectivement les articles 323 bis et 323 bis 1 et l'article 327 de Loi n°05-10 du 20 juin 2005 modifiant et complétant l'ordonnance n°75-58 du 26 septembre 1975, modifiée et complétée, portant code civil, JORA n°44 du 26 juin 2005, p. 4.
- 36 Loi n°15-04 du 1^{er} février 2015 fixant les règles générales relatives à signature et la certification électroniques, JORA n°06 du 10 février 2015, p. 6.
- 37 FEVRIER (Rémy) et RAYMOND (Patrice), Intelligence Economique et collectivités territoriales, des stratégies innovantes pour une meilleure valorisation des territoires, Ellipses Edition, Paris, 2010, pp. 67 et ss.
- 38 LAJOYE (C), op. cit., p. 162 : l'auteur cite l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1975 modifié par l'article 6 de la loi du 11 décembre 2001 dite loi MURCEF.