

L'accès des opérateurs économiques aux informations et documents liés à la commande publique

Access Of Economic Operators To Information And Documents Related To Public Procurement

Reçu le: 28/09/2020

Accepté le: 19/11/2020

Fahd Filali
Université Sidi Mohamed Ben Abdellah-
Fès-Maroc
fahd.filali@usmba.ac.ma

Abdelkader Lachkar*
Université Sidi Mohamed Ben Abdellah-
Fès-Maroc
abdelkader.lachkar@usmba.ac.ma

Résumé:

Cet article vise à aborder la question du droit d'accès à l'information dans le domaine de la commande publique et son rôle primordiale dans la concrétisation

* - Auteur Correspondant.

Abstract:

The present article aims to address the issue of the right of access to information in public procurement matters by arguing for its crucial role in the enforcement of good governance provisions, mainly those related to ensuring fair and equal treatment of competitors, protection of their rights, as well as transparency in selection of the

des dispositifs de bonne gouvernance, liés principalement à l'égalité de traitement des concurrents, la protection de leurs droits, ainsi que la transparence dans les choix du Maître d'ouvrage. Ces principes consentiront notoirement à l'atteinte de l'efficacité des achats publics et assureront, en conséquence, la bonne utilisation des deniers publics.

Mots-clés: L'information; Commande publique; Publicité; Transparence; Concurrence; Dématérialisation.

client. Compliance with these principles will inevitably lead to the achievement of efficient public procurement and will therefore ensure the proper use of public funds.

Keywords: Information; Public procurement; Advertising; Transparency; Competition; Dematerialization.

Introduction:

L'information est un aspect crucial de la vie. Elle est entrelacée dans toutes les connaissances, toute la compréhension et toutes les décisions que nous prenons tout au long de notre vie sur terre. Nos identités, nos opinions, nos occupations, nos relations, nos réalités et bien plus encore, sont construites autour d'un échange d'informations que nous accumulons tout au long de notre vie et ce par la manière dont elles sont comprises.⁽¹⁾

De ce fait, l'accès à l'information publique gouvernementale ne constitue pas un luxe ou un privilège réservé à une minorité. C'est un droit fondamental des citoyens, reconnu par le droit international. Il permet de savoir pourquoi, par qui, comment et quand les décisions publiques, à tous les échelons de l'Etat sont prises et mises en œuvre. C'est aussi à travers l'exercice de ce droit que les citoyens peuvent contrôler l'action du gouvernement, des élus ainsi que des entreprises privées qui travaillent dans le domaine public.⁽²⁾

Dans ce sillage, un certain nombre de données relatives à la commande publique font déjà l'objet d'une publicité obligatoire, car elles conditionnent l'effectivité du principe du libre jeu de concurrence. La liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures imposent depuis longtemps que l'on partage des données: pour assurer une équitable concurrence entre les entreprises, pour permettre aux autorités publiques de contrôler le respect de cette concurrence, ou encore pour permettre aux citoyens de vérifier la bonne utilisation des deniers publics et l'absence de corruption.⁽³⁾

Rappelant que, les marchés publics constituent un pilier fondamental de la gouvernance stratégique et des prestations de service pour les pouvoirs publics. Ils représentent une part importante des dépenses publiques: 12% du PIB dans les pays de l'OCDE et entre 15 et 17% du PIB au Maroc. Leur bonne gestion peut et doit contribuer de manière essentielle au renforcement de l'efficacité du secteur public et à l'établissement de la confiance des citoyens.⁽⁴⁾

Ainsi, étant donné que l'entreprise a un besoin incessant d'obtenir des informations liées à son environnement et à son périmètre d'intervention, il était nécessaire de se focaliser sur l'aspect économique et financier de l'information, car elle est une source d'enrichissement et de création de richesse à l'ère de la mondialisation

et de la société de la connaissance, comme elle joue un rôle primordial dans la construction d'économies fortes.

Donc, comment l'accès à l'information peut-il être un élément clé pour faciliter l'accès des entreprises à la commande publique? Comment peut-il contribuer à la suppression des obstacles qui empêcheraient l'accès aux documents et informations relatifs à toutes les phases de la concurrence? Comment ce droit à l'information pourrait-il établir l'intégrité et renforcer la bonne gouvernance dans la gestion des marchés publics? Enfin, comment la gestion électronique et la dématérialisation facilitent-ils l'accès de l'acteur économique aux informations relatives aux appels à la concurrence lancés par les différents organes publics?

Dans cet article, nous allons tenter de répondre à l'ensemble de ces questions et ce, à travers trois axes principaux:

- Présentation du cadre référentiel du droit d'accès aux informations publiques;
- Concrétisation de l'égalité d'accès des soumissionnaires aux informations liées aux appels à la concurrence, notamment à travers la publication proactive des programmes prévisionnels et des avis de publicité;
- Les mécanismes renforçant le droit d'accès des entreprises aux informations liées aux marchés publics tout au long du processus de passation.

Chapitre I: Présentation du cadre référentiel afférent au droit d'accès aux informations publiques:

La reconnaissance du droit d'accès à l'information par le Maroc, en tant que droit humain fondamental, s'inscrit dans un double contexte: un contexte international caractérisé par la promotion d'une culture mondiale de gouvernement ouvert qui responsabilise les citoyens et leur apporte des résultats concrets. Et un contexte national, impacté par les mouvements qui ont accompagné le printemps arabe à partir de l'année 2011.

1- Le référentiel international en matière d'accès à l'information:

Le droit d'accès à l'information est un droit humain dont il est possible de trouver les premières expressions, sous différentes formes, au sein des législations de plusieurs pays, en particulier, la Suède qui a été le premier pays au monde à adopter la loi sur la liberté de la



presse⁽⁵⁾ en 1766. C'est le cas, aussi, de la loi française⁽⁶⁾ du 17/07/1978. Toutefois, ce droit est désormais reconnu au niveau international comme étant intrinsèquement lié et découlant du droit à la liberté d'expression.

A- Les instruments internationaux:

La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, stipule dans son article 19 que : «Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit».

Le même article au niveau du Pacte international relatif aux Droits Civils et Politiques de 1966, à savoir l'article 19, précise que : «Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix».

En outre, la Convention des Nations Unies contre la corruption, ratifiée en 2007, précise au niveau de son article 10 que : « Compte tenu de la nécessité de lutter contre la corruption, chaque État Partie prend, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, les mesures nécessaires pour accroître la transparence de son administration publique, y compris en ce qui concerne son organisation, son fonctionnement et ses processus décisionnels s'il y a lieu».

Dans le même contexte, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement⁽⁷⁾ de 1992 indique dans son dixième principe que : «La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les Etats doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un

accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré».

B- L'adhésion du Maroc à l'initiative du partenariat pour un gouvernement ouvert:

Il est notoire de signaler que l'accès du Maroc au gouvernement ouvert n'était pas une mission simple, en effet, il s'agissait de réussir un parcours de combattant, à travers le lancement et la réalisation de plusieurs chantiers dans les domaines relevant des critères d'éligibilité à ce partenariat et ce, pour gagner le pari et décrocher le passeport tant attendu, notamment suite à la promulgation de la loi sur le droit d'accès à l'information.

B-1- Le partenariat pour un gouvernement ouvert:

Le partenariat pour un gouvernement ouvert (Open Government Partnership-OGP) est une initiative multilatérale annoncée le 20/09/2011 lors de la séance d'ouverture annuelle de l'Assemblée générale des Nations Unies à New York par huit pays : le Brésil, l'Indonésie, le Mexique, la Norvège, les Philippines, les Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique.

Cette initiative vise principalement à obtenir des gouvernements des engagements concrets en faveur de la démocratie participative en mettant le citoyen au cœur de la gestion de la chose publique par la promotion de la transparence, de l'autonomisation des citoyens, de la lutte contre la corruption et de l'exploitation des nouvelles technologies pour renforcer la bonne gouvernance.

Avec cette adhésion, le Maroc se joint à un groupe croissant de pays africains qui se montrent déterminés à faire avancer le programme du gouvernement ouvert et à rendre les gouvernements plus transparents, plus responsables et plus réceptifs aux citoyens qu'ils servent.⁽⁸⁾

B-2- Processus et conditions d'adhésion au partenariat:

Le 26 avril 2018, le Maroc a rejoint le Partenariat pour un Gouvernement Ouvert (OGP), initiative multilatérale mondiale fondée sur la promotion de la transparence, l'autonomisation des citoyens, la lutte contre la corruption et l'exploitation des nouvelles technologies pour renforcer la gouvernance.⁽⁹⁾

le processus d'adhésion du Maroc au «Partenariat pour un gouvernement transparent» préconise l'élaboration d'une feuille de route basée sur des principes et objectifs de la Déclaration du gouvernement ouvert⁽¹⁰⁾, adoptée en septembre 2011 par les Etats



parties à cette initiative, qui se sont engagés à accroître la disponibilité de l'information sur l'activité gouvernementale, à renforcer la participation de la société civile, à garantir les standards les plus élevés en matière d'intégrité professionnelle au sein de l'administration et à élargir le champ d'accès aux nouvelles technologies pour l'ouverture et la reddition des comptes.⁽¹¹⁾

Suite à son adhésion au Partenariat pour un Gouvernement Ouvert, le 26/04/2018, le Maroc a adopté un premier plan d'action national du gouvernement ouvert pour la période août 2018 – août 2020, comprenant 18 engagements en matière d'accès à l'information, de transparence budgétaire, de participation citoyenne, de lutte contre la corruption, de communication et de sensibilisation.

2- La constitutionnalisation du droit d'accès à l'information:

La réforme constitutionnelle de juillet 2011 a réaffirmé le choix irréversible du Maroc d'édifier un Etat de droit démocratique et son engagement à souscrire aux principes, droits et obligations énoncés dans les conventions internationales relatives aux droits de l'Homme tels qu'ils sont universellement reconnus.

A- La consécration de la primauté des conventions internationales:

En effet, le préambule de la constitution stipule que le Maroc s'engage à "protéger et à promouvoir les dispositifs des droits de l'Homme et du droit international humanitaire et contribuer à leur développement dans leur indivisibilité et leur universalité" et à "bannir et combattre toute discrimination à l'encontre de quiconque, en raison du sexe, de la couleur, des croyances, de la culture, de l'origine sociale ou régionale, de la langue, de l'handicap ou de quelque circonstance personnelle que ce soit".

Cette règle de primauté des conventions internationales sur le droit interne demeure importante dans la mesure où elle induit l'introduction en droit marocain de règles posées par pactes, traités et conventions dument ratifiées par notre pays. Elle impose également l'harmonisation de la législation nationale pour la rendre conforme aux règles internationales⁽¹²⁾.

B- La reconnaissance des principes et règles de bonne gouvernance:

La constitution marocaine a instauré des principes généraux de bonne gouvernance. Elle insiste en particulier sur la notion de

transparence des services publics, et sur la nécessité d'être à l'écoute des usagers et de leurs doléances, ce qui exige dans tous les cas une information adéquate du public (Individus, Associations, Presse, Entreprises,...).

L'article 154 pose ce que la doctrine appelle les «lois» du service public dans les termes suivants: "Les services publics sont organisés sur la base de l'égal accès des citoyennes et citoyens, de la couverture équitable du territoire national et de la continuité des prestations". Le même article prévoit que les services publics doivent être soumis aux "normes de qualité, de transparence, de reddition des comptes et de responsabilité, et sont régis par les principes et valeurs démocratiques consacrés par la Constitution." on peut donc penser légitimement que parmi les principes et valeurs démocratiques auxquels renvoie cet alinéa figure celui de l'information du public, qui fait l'objet de l'article 27⁽¹³⁾.

On constate, aussi, que le concept de transparence est repris par l'article 155, qui dispose que: "Leurs agents (des services publics) exercent leurs fonctions selon les principes de respect de la loi, de neutralité, de transparence, de probité, et d'intérêt général". Alors que l'article 156 impose aux services publics d'être à l'écoute des usagers et de garantir le suivi de leurs observations, propositions et doléances.

C- La consécration du droit d'accès à l'information:

Parmi les libertés et droits fondamentaux affirmés par la constitution de 2011, figure le droit d'accès à l'information, dont l'article 27 stipule: «Les citoyennes et les citoyens ont le droit d'accéder à l'information détenue par l'administration publique, les institutions élues et les organismes investis de missions de service public. Le droit à l'information ne peut être limité que par la loi, dans le but d'assurer la protection de tout ce qui concerne la défense nationale, la sécurité intérieure et extérieure de l'Etat, et la vie privée des personnes, de prévenir l'atteinte aux libertés et droits fondamentaux énoncés dans la présente constitution et de protéger les sources des informations et les domaines déterminés avec précision par la loi».

D'autre part, la liste des organismes qui peuvent être sollicités est également imprécise. En effet, dans la pratique législative marocaine, l'expression «administrations publiques» signifie les administrations centrales de l'Etat ainsi que les services qui en dépendent au niveau



territorial ; mais il faut y ajouter également les établissements publics, dont certains sont à caractère administratifs, et qui sont juridiquement des organismes publics gérant un service public administratif, ou industriel et commercial, ces derniers étant soumis dans leur organisation au moins au droit public. D'un autre côté, l'expression «institutions élues» n'est pas suffisamment claire. On peut penser immédiatement aux assemblées élues des différentes collectivités territoriales, qui sont les communes, les préfectures et les provinces, les régions, et leurs groupements territoriaux. Mais si cette interprétation est largement exacte, un double problème se pose en raison de l'imprécision de l'expression utilisée : d'une part, le texte constitutionnel demeure ambigu : il aurait dû préciser qu'il agit des institutions «publiques» élues, afin de rester dans la logique de l'alinéa 1 de l'article 27 ; d'autre part, en dehors des institutions élues des collectivités territoriales, il peut bien exister d'autres institutions élues qui ne font partie de cette catégorie.⁽¹⁴⁾

Concernant les dérogations au droit d'accès à l'information, ils font l'objet du deuxième alinéa de l'article susvisé. C'est ainsi que « Le droit à l'information ne peut être limité que par la loi, dans le but d'assurer la protection de tout ce qui concerne la défense nationale, la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat, ainsi que la vie privée des personnes, de prévenir l'atteinte aux droits et libertés énoncés dans la présente Constitution et de protéger des sources et des domaines expressément déterminés par la loi ».

3- Un droit d'accès dont les modalités d'exercice sont cadrées par une loi spécifique:

Si la Constitution de 2011 avait consacré clairement le droit fondamental de l'accès à l'information, dans son article 27, la loi 31.13 a été adoptée par le législateur marocain dans le but de cadrer les modalités d'exercice et de la mise en application de ce droit constitutionnel.

A- Présentation de la loi 31.13:

La loi 31.30 relative au droit d'accès à l'information⁽¹⁵⁾ vise la mise en œuvre des dispositions de la constitution de 2011 relatives à la protection des libertés et droits fondamentaux. Elle prévoit les modalités selon lesquelles les informations dont disposent les administrations, organismes et établissements publics seront communiquées aux citoyens.



De surcroît, le texte de loi se distingue en deux catégories principales d'informations :

A-1- Les informations pouvant être communiquées concernent toutes les données, statistiques exprimées sous forme de: nombres, lettres, dessins, images, enregistrements sonores, audiovisuels ou sous n'importe quelle autre forme, et contenus au niveau de documents, rapports, études, décisions, publications, notes, bases de données et toutes autres documentations à aspects général ayant été produites ou reçues par les établissements ou autorités concernés. Et ce, dans le cadre des activités de service public quel que soit son support : écrit, électronique ou autre.

A-2- Alors que pour la deuxième catégorie, relative aux informations ne pouvant être communiquées au public, elle se compose de ce qui suit:

- Informations relatives à la défense nationale et à la sécurité intérieure et extérieure de l'État.
- Informations relatives à la vie privée des personnes ou celles dont la nature des données est à caractère personnel.
- Informations dont la révélation pourrait constituer une atteinte aux libertés et droits fondamentaux énoncés au niveau de la Constitution.
- Les informations dont la divulgation causerait un préjudice à ce qui suit:
 - Relations avec un autre État ou une organisation intergouvernementale.
 - Politique monétaire, économique ou financière de l'État.
 - Droits de propriété industrielle, droits d'auteur ou droits voisins.
 - Droits et intérêts des victimes, des témoins, des experts et des informateurs, en ce qui concerne les infractions de corruption, détournement de fonds, d'abus de pouvoir...
- Les informations revêtant un caractère confidentiel en vertu des textes législatifs spéciaux en vigueur et celles dont la divulgation pourrait nuire à la:
 - Confidentialité des délibérations du conseil ministériel et du conseil du gouvernement.
 - Confidentialité des recherches et des enquêtes administratives, sauf autorisation des autorités administratives compétentes.



-Fonctionnement des procédures judiciaires et des procédures préliminaires y afférentes, sauf autorisation des autorités judiciaires compétentes

-Principes de concurrence libre, juste et loyale ainsi que ceux d'initiative privée.

B- L'organisme chargé de garantir le droit à l'information:

En vue de garantir l'effectivité du droit d'accès à l'information, une commission dite «Commission du droit d'accès aux informations» a été instituée auprès du Chef du Gouvernement, chargée du contrôle de l'application des dispositions de la loi 31-13.

Le président de la commission peut inviter, à titre consultatif, toute personne, organisme ou représentant d'une administration pour prendre part aux réunions de la commission ou à utiliser son expertise.

Le mandat de la Commission est fixé à 5 ans, renouvelable une fois. La commission se réunit en cas de nécessité, sur l'invitation de son président, à l'initiative de celui-ci ou à la demande de la moitié de ses membres, sur la base d'un ordre du jour déterminé.

Les principales missions et fonctions dévolues à la Commission du droit d'accès aux informations sont les suivantes :

- Garantir l'exercice effectif du droit d'accès aux informations.
- Fournir des conseils et une expertise aux institutions et organismes concernés sur les mécanismes d'application des dispositions de cette loi.
- Recevoir les plaintes des demandeurs d'informations et prendre toutes les mesures nécessaires et faire des recommandations à ce sujet.
- Sensibiliser à l'importance de fournir des informations et de faciliter leur accès par tous les moyens disponibles.
- Emettre des recommandations et des suggestions tendant à améliorer la qualité des procédures d'accès aux informations.
- Soumettre au gouvernement toute proposition relative à l'adéquation des textes avec le droit d'accès à l'information.
- Donner des avis sur les projets de textes législatifs et réglementaires.
- Préparer un rapport annuel sur les résultats de ses activités.

C- La publication préalable des informations publiques:

Conformément aux dispositions de la loi 31-13, notamment l'article 10, les institutions et organismes concernés, doivent, dans le cadre de



leurs compétences respectives, publier, dans la mesure du possible, la limite maximale des informations qu'ils détiennent et qui ne relèvent pas des exceptions énoncées dans la présente loi, par tous les moyens de publication disponibles, en particulier les moyens électroniques, y compris les portails nationaux de données, et spécifiquement quand il s'agit des informations suivantes:

- Les conventions dont la procédure d'adhésion ou de ratification a été entamée

- Les textes législatifs et réglementaires

- Les projets de lois

- Les projets de lois de finances et les documents qui y sont joints

- Les projets de lois présentés par les membres du parlement

- Les budgets des collectivités territoriales et les listes comptables et financières de leur gestion ainsi que leur situation financière

- Les fonctions de l'institution ou de l'organisme concerné et ses structures administratives, ainsi que les informations permettant de la contacter

- Les systèmes, les procédures, périodiques et annuaires utilisés par les fonctionnaires de l'institution ou l'organisme ou par ses utilisateurs dans l'exercice de leurs fonctions

- La liste des services fournis par l'institution ou l'organisme aux usagers, y compris des listes de documents, de données et d'informations nécessaires à l'obtention d'un service, d'un document ou d'une carte administrative officielle et des services électroniques associés;

Chapitre II: Assurer l'égalité d'accès des soumissionnaires à l'information via le moyen de la publication maximale:

Contrairement à d'autres domaines, dans celui de la commande publique, la problématique de l'accès à l'information n'est pas nouvelle puisqu'elle conditionne la légalité d'un certain nombre de procédures.⁽¹⁶⁾

1- La publicité comme vecteur d'égalité de traitement des entreprises désirent participer à l'appel à la concurrence:

Pour assurer une concurrence effective, il convient que les opérateurs économiques intéressés puissent être informés que tel maître d'ouvrage va lancer un marché public. De ce fait, la réglementation des marchés publics a donc prévu des mécanismes de



publicité afin d'assurer cette information et, partant, d'alimenter la concurrence.⁽¹⁷⁾

En effet, le premier moyen pour une administration de prouver qu'elle respecte le principe de transparence, se trouve être celui de l'utilisation de la publicité pour chaque marché qu'elle projette de lancer. Autrement formulé, la transparence sera respectée seulement dans le cas où le maître d'ouvrage a bien appliqué les règles de publicité en fonction de la procédure de passation choisie.

De ce fait, tous les avis de publicité doivent comporter un certain nombre de mentions afin d'être valables. Il ne suffit pas en effet que l'obligation de publicité soit respectée, encore faut-il que le contenu juridique de l'avis soit suffisamment précis pour permettre le respect des objectifs juridiques de l'article 1 du décret des marchés publics.⁽¹⁸⁾

2- La divulgation proactive des informations par le biais de la publication des programmes prévisionnels des achats:

Si l'administration était auparavant obligée, selon un décret uniquement, de publier les programmes prévisionnels liés aux marchés publics qu'elle projette de lancer au cours de l'année en cours, alors elle est obligée aujourd'hui par la loi de publier ces programmes, et c'est ce qui est explicitement confirmé par l'article 10 de la loi 31.13 obligeant les organes publics à publier le maximum d'informations par tous les moyens de publication, notamment électroniques, y compris: "les programmes prévisionnels de marchés publics et leurs résultats s'ils sont exécutés ainsi que leurs attributaires et leur montant".

En effet, le maître d'ouvrage est tenu de publier au début de chaque année budgétaire, dans un journal à diffusion nationale au moins et dans le portail des marchés publics, le programme prévisionnel des marchés qu'il compte passer au titre de l'année considérée. Il peut également procéder à sa publication par tout autre moyen de publication notamment par voie électronique. Le maître d'ouvrage doit afficher ledit programme prévisionnel dans ses locaux pendant une durée de (30) jours au moins..

Par ce dispositif de publication proactive, le législateur tenait à renforcer la transparence, car c'est l'un des piliers sur lesquels repose le système de marchés publics dans sa globalité. Néanmoins, un certain nombre d'observations peut être soulevé, à savoir:

A- L'absence de sanction en cas de non-publication de ces programmes prévisionnels, ou en cas de dépassement des délais de

publication, prévue par l'article 14 du décret de 2013, ce qui constitue une violation aux principes fondamentaux de la commande publique, particulièrement, ceux relatifs à la transparence, la concurrence et l'égalité.

B- On constate que le législateur a réduit le champ de la transparence lorsqu'il n'a pas adopté le principe de double publication, comme il l'a fait dans le cadre de l'avis d'appel d'offres, c'est-à-dire dans, au moins, deux journaux.

C- L'absence de texte obligeant l'administration à publier le résultat annuel des marchés conclus sur la base de ce qu'elle a annoncé dans le programme prévisionnel, constitue un frein à l'efficacité de cet important mécanisme permettant de connaître à l'avance les besoins des administrations publiques et d'évaluer le degré de performance liée à leur réalisation.

3- Le libre accès en ligne aux informations détenues par les maîtres d'ouvrages à travers le portail des marchés publics:

La virtualisation ou son corollaire la dématérialisation est en passe de devenir le phénomène par excellence qui caractérise la société d'aujourd'hui, fondée sur l'information, la communication et le savoir et qui nous propulse bon gré malgré, individus comme organisations, dans l'ère du numérique et de l'immatériel.⁽¹⁹⁾

A- Le portail des marchés publics et la base des données des fournisseurs:

Le portail des marchés publics est le support centralisé et fédérateur, de publication électronique des informations relatives aux procédures d'appels d'offres, visant à unifier les canaux d'informations des concurrents en matière de recherche d'opportunités d'affaires dans le domaine des marchés publics indépendamment de l'organisme acheteur. Il a été mis à la disposition des acheteurs publics dès l'entrée en vigueur du décret sur les marchés publics le 01/10/2007⁽²⁰⁾.

La mise en place d'outils tel que le portail de publication électronique de l'information relative à la commande publique a en effet pour vocation, de réduire sensiblement les risques de corruption et d'améliorer la transparence et l'intégrité du processus d'achat public, en favorisant un large et égal accès à l'information, en donnant la garantie que tous les soumissionnaires reçoivent là où ils sont et sans contact physique, toute l'information nécessaire et surtout, le gage



qu'ils reçoivent exactement la même information et au même moment.⁽²¹⁾

Ainsi, les entreprises inscrites sur le portail peuvent bénéficier de fonctionnalités liées notamment à la possibilité de figurer sur «la base de données des fournisseurs», de pouvoir soumissionner de manière électronique, de confectionner des alertes selon les critères de leur choix et de télécharger les documents de consultation.

Pour leur part, les acheteurs publics bénéficient à travers le portail, de la mise en ligne de leurs consultations en matière de marchés publics, quel qu'en soit le mode de passation, de la publication de leurs programmes prévisionnels d'achat, des résultats des appels d'offres et des rapports d'achèvement des marchés publics.

B- La soumission électronique des offres:

La soumission électronique des offres est un système qui permet aux soumissionnaires de transmettre leurs dossiers d'offres sous forme électronique et aux ordonnateurs de les recevoir dans des conditions particulières de sécurité et dans le respect des procédures de traitement des offres, notamment en ce qui concerne les séances d'ouverture des plis.

Selon les dispositions de l'article 148 du décret 2-12-349 relatif aux marchés publics: "Le dépôt et le retrait des plis et des offres des concurrents peuvent être effectués par voie électronique dans le portail des marchés publics." Pour sa part, l'article 149 précise que: "L'ouverture des plis et l'évaluation des offres des concurrents déposés par voie électronique sont effectuées conformément aux dispositions des articles 36 à 45...".⁽²²⁾

Le module de la soumission électronique permet aux acheteurs publics une traçabilité de bout en bout des étapes de la procédure de passation des marchés publics et un archivage optimisé des offres, garantissant aux entreprises des gains non négligeables en termes de coûts et de délais.⁽²³⁾

C- Les enchères électroniques inversées:

Le système des enchères électroniques inversées est dédié à l'achat de fournitures courantes dont le critère majeur est le prix, sur la base de spécifications techniques précises. Le principe consiste par conséquent à mettre en concurrence, en temps réel, des soumissionnaires pour aboutir au prix le plus bas pour l'acheteur public.



A cet effet, le décret des marchés publics de 2013 stipule dans son article 151 qu': "Une enchère électronique inversée est une procédure de choix des offres réalisée par voie électronique et permettant aux concurrents de réviser les prix qu'ils proposent à la baisse, au fur et à mesure du déroulement de l'enchère et ce dans la limite de l'horaire fixé pour l'enchère". Le même article insiste sur le principe de diffusion de l'information, en précisant que: "Le recours aux enchères électroniques inversées doit respecter les règles de publicité préalable".

La mise en œuvre d'une enchère électronique inversée requiert un certain nombre de préalables notamment, la définition claire du besoin à satisfaire. Le cahier des charges donnant lieu à l'enchère doit être compris de tous et les spécifications doivent être précises et détaillées, permettant ainsi de faire du prix le principal élément de différenciation⁽²⁴⁾.

D- Les achats groupés électroniques:

L'achat groupé électronique constitue un instrument de gestion moderne des achats publics. Il a pour avantage de faciliter la mutualisation des procédures liées aux marchés publics et de contribuer à la réalisation d'importantes économies d'échelle, grâce au regroupement des commandes entre plusieurs acheteurs publics.

Le mécanisme d'achat groupée, consiste pour les entreprises à faire des concessions sur les prix de vente en contrepartie d'une augmentation du volume des prestations et services à fournir, leur permettant de la sorte, d'amortir des coûts fixes et au taux marginal décroissant. En échange de gain sur le volume des ventes, les bénéficiaires obtiennent leurs prestations ou services à un prix réduit, comparativement au processus d'achat individuel.⁽²⁵⁾

Les achats groupés électroniques permettent aux maîtres d'ouvrages concernés de mutualiser leurs achats publics via la plateforme de dématérialisation de la commande publique et de profiter des prix réduits induits par des achats de masse, générant ainsi des marges financières supplémentaires pour l'acheteur public⁽²⁶⁾.

Chapitre III: Les mécanismes renforçant le droit d'accès des entreprises aux informations liées aux marchés publics:

En plus de la publication proactive des informations via les programmes prévisionnels des achats, ainsi que la publicité des avis d'appel à la concurrence, le législateur a adopté un ensemble de



mécanismes supplémentaires permettant d'appuyer le droit d'accès à la commande publique, en facilitant l'accès des opérateurs économique à toutes les informations pouvant contribuer à une bonne préparation de leurs offres et ce, dans les meilleures conditions et dans une atmosphère de transparence et de libre concurrence.

1- Communication des informations et éclaircissements à l'ensemble des concurrents:

Dès le premier jour de l'apparition de l'avis d'appel d'offres, toute entreprise intéressée peut soumettre au service concerné une demande pour obtenir toutes les informations relatives au projet à réaliser et ce, conformément à l'article 22 du décret de 2013: "Tout concurrent peut demander au maître d'ouvrage, par courrier porté avec accusé de réception, par lettre recommandée avec accusé de réception, par fax confirmé ou par voie électronique de lui fournir des éclaircissements ou renseignements concernant l'appel d'offres ou les documents y afférents..."

Il convient de noter qu'afin d'activer le principe d'égalité dans le traitement des candidats et sans aucune discrimination, le législateur a obligé l'administration à communiquer les informations transmises à toute entreprise, à sa demande, à toutes les entreprises participant à l'appel à concurrence, et c'est ce qu'affirme le même article en disant: "Tout éclaircissement ou renseignement, fourni par le maître d'ouvrage à un concurrent à la demande de ce dernier, doit être communiqué le même jour et dans les mêmes conditions aux autres concurrents ayant retiré ou ayant téléchargé le dossier d'appel d'offres et ce par lettre recommandée avec accusé de réception, par fax confirmé ou par voie électronique. Il est également mis à la disposition de tout autre concurrent dans le portail des marchés publics et communiqué aux membres de la commission d'appel d'offres."

2- La gratuité des documents administratifs afférents aux marchés publics:

La loi 31.13 a insisté, au niveau de son article 5, sur le principe de gratuité de l'information en stipulant que: "A l'exception des services rémunérés conformément aux textes réglementaires, l'accès à l'information est gratuit..."

Rapelant que, la gratuité des documents relatifs à la commande publique fait partie des évolutions du décret des marchés publics de



2007, le même principe a été consacré par le décret de 2013, afin de faciliter l'accès aux informations et documents administratifs relatifs aux commandes publiques. Sachant, qu'à la lumière du décret de 1998, les entreprises n'avaient pas le droit de consulter les dossiers d'appel d'offres et leurs documents annexes, sauf après avoir payé une somme d'argent équivalente à la somme de cinq dirhams par page contenue dans chaque dossier d'appel d'offres. Et ce, en plus des dépenses supplémentaires engendrés par le déplacement aux locaux des maîtres d'ouvrage pour retirer lesdits dossiers.

Cependant, avec la réforme de l'année 2007, consacrée par le décret de 2013, les entreprises ont obtenu le droit d'obtenir les documents administratifs liés aux marchés publics gratuitement et sans aucune contrepartie, à l'exception des plans et documents techniques dont la reproduction nécessite des équipements techniques spéciaux.

3- La visite des lieux une occasion pour prendre connaissance des informations complémentaires liées aux prestations à réaliser:

La visite des lieux est le terme attribué au chantier de réalisation de l'objet d'un marché public. Il peut être prévu des visites de lieux, qui seront tantôt facultatives, tantôt obligatoires, en fonction du jugement du maître d'ouvrage, notamment, en se basant sur la nature des prestations à réaliser. En pratique, les visites imposées par l'administration servent à une meilleure compréhension des exigences du marché par les candidats et doivent par ailleurs conditionner l'établissement des offres.

A cet effet, le maître d'ouvrage peut décider l'organisation d'une réunion ou d'une visite des lieux dans les conditions prévues à l'article 20 du décret de 2013, qui stipule que: "L'appel d'offres ouvert doit faire l'objet d'un avis qui fait connaître: ...j) la date de la réunion ou de la visite des lieux que le maître d'ouvrage envisage d'organiser à l'intention des concurrents, le cas échéant."

Le déroulement de la visite des lieux doit obligatoirement faire l'objet d'un procès-verbal selon l'article 23 du même décret: "Lorsqu'il est procédé à une réunion ou visite des lieux, le maître d'ouvrage dresse un procès-verbal mentionnant les demandes d'éclaircissement et les réponses formulées lors de cette réunion ou visite. Ce procès-verbal est publié dans le portail des marchés publics et communiqué à l'ensemble des concurrents ainsi qu'aux membres de la commission d'appel d'offres et ce par lettre recommandée avec



accusé de réception, par fax confirmé ou par tout autre moyen de communication donnant date certaine."

4- Divulgence des informations relatives aux résultats des travaux des commissions d'appel d'offres:

Qu'il s'agisse de l'entreprise attributaire ou des entreprises dont les offres ont été exclues, tous les concurrents ont le droit de prendre connaissance des informations relatives aux résultats des travaux des commissions d'ouverture des plis. A cet effet, le décret de 2013, stipule dans son article 44 que: "Le maître d'ouvrage informe le concurrent attributaire du marché de l'acceptation de son offre par lettre recommandée avec accusé de réception ou par fax confirmé ou par tout autre moyen de communication donnant date certaine. Cette lettre doit lui être adressée dans un délai qui ne peut dépasser (05) jours à compter de la date d'achèvement des travaux de la commission.

Dans le même délai, il avise également les concurrents éliminés du rejet de leurs offres, en leur indiquant les motifs de leur éviction, par lettre recommandée avec accusé de réception. Cette lettre est accompagnée des pièces de leurs dossiers."

En plus, le maître d'ouvrage est tenu, une fois la phase d'évaluation terminée, et dans un délai ne dépassant pas 24 heures, de publier les résultats des travaux de la commission d'ouverture des plis dans ses locaux, ainsi qu'au niveau du portail des marchés et selon le modèle spécifié dans la décision 13.1874 du ministre des Finances du 13/11/2013.⁽²⁷⁾

Dans le même esprit, il est à noter que les procès-verbaux, édités par les commissions d'ouverture des plis, ne sont ni publiés ni notifiés aux concurrents. Mais en retour, le législateur a obligé le maître d'ouvrage à publier un résumé desdits procès-verbaux, conformément aux exigences de l'article 43 et ce, pendant au moins (15) jours.

5- La publication des résultats relatifs aux missions d'audites:

Le décret des marchés publics de 2013 dispose, dans son article 165, que: "Les marchés et leurs avenants sont soumis, en dehors des contrôles institués par les textes généraux en matière de dépenses publiques, à des contrôles et audits à l'initiative du ministre concerné..."

En effet, l'audit interne des marchés publics permet de se faire une vision sur la pertinence des procédures de passation en vue de



déterminer si les fonds disponibles ont été utilisés avec efficacité, efficience et pertinence, il revêt une importance cruciale pour une meilleure rationalisation des deniers publics qui comme toute ressource est par nature rare, il doit devenir une activité constante qui doit être perçue comme un outil d'amélioration des performances.⁽²⁸⁾

Dans ce contexte, le législateur a également imposé à ce que les opérations d'audits réalisées par les services compétents, fassent l'objet d'un rapport à adresser selon le cas au ministre concerné ou au directeur de l'établissement public concerné, tout en veillant à sa publication afin que le public soit informé des résultats des examens ciblant les marchés publics, et c'est ce qui est confirmé au dernier paragraphe de l'article précité stipulant que: "Le ministre concerné ou le directeur de l'établissement public concerné publie la synthèse desdits rapports de contrôle et d'audit dans le portail des marchés publics."

Cependant, en analysant le contenu de cet article, nous constatant un ensemble de lacunes qui peuvent être résumées comme suit:

A- le décret ne précise pas les délais de publication relatifs aux résultats des missions d'audit, ce qui laisse à l'administration un large pouvoir d'appréciation dans le délai de publication qui peut dépasser les délais raisonnables.

B- Le texte n'indique aucune obligation de publier les informations relatives aux opérations d'audit, et aucune sanction n'est imposée aux maîtres d'ouvrages en cas de violation de la règle de publication visée dans le décret.

C- L'article 165 ne préconise pas la publication des rapports d'audit dans leur intégralité, mais prévoit la publication d'une synthèse de ces rapports, ce qui donne à l'administration la possibilité de publier les informations qu'elle souhaite en fonction de ses intérêts.

Conclusion:

En guise de conclusion, il y a lieu de confirmer que la législation marocaine a connu des avancées louables liées à la facilitation de l'accès des opérateurs économiques aux informations afférentes à la commande publique, notamment à travers l'ouverture des plis en séance publique, la publicité des avis d'appel à la concurrence et des avis d'attribution, la divulgation proactive via les programmes prévisionnels des achats, la publication des résultats des missions d'audits,...



Cependant, si le niveau des informations qui caractérise la phase de lancement ne peut être contesté, en revanche, on constate, une absence quasi totale des informations en amont du lancement des avis d'appel à la concurrence et en aval de la phase d'attribution, et plus précisément lors de la phase d'exécution, notamment ce qui est en relation avec la détermination des besoins et les études y afférentes, les décomptes, les avenants, les réceptions, les décisions relatives aux recours et celles concernant les mesures coercitives.

Le même constat au niveau du manque des informations statistiques, sur la passation des marchés publics, consolidées dans un «Rapport annuel d'exécution», qui demeurent essentielles pour évaluer les politiques et le fonctionnement du système. Les statistiques offrent également un moyen de suivre la performance du système et la conformité avec le cadre juridique et réglementaire. Les informations statistiques peuvent aussi offrir un outil pour la planification de la passation des marchés et l'analyse du marché.⁽²⁹⁾

Une autre problématique liée aux prestations intéressant la défense nationale et revêtant un caractère spécifique et confidentiel, en raison de leur nature et du lieu de leur exécution ou de livraison. Vu que le législateur a instauré plusieurs restrictions au niveau de l'accès aux informations relatives à ce type de marchés, notamment l'article 171: "... l'administration de la défense nationale n'est pas tenue: de procéder à l'ouverture des plis en séance publique... ; de publier le programme prévisionnel, le rapport d'achèvement du marché... ; de recourir aux procédures d'échange électronique des documents et des enchères électroniques inversées...; de soumettre ses marchés aux audits et contrôles...".

In fine, les résistances à l'accès à l'information sont fortes et sont motivées par la protection de grands intérêts économiques ou politiques. Cependant, elles sont vulnérables et fragiles face aux potentialités qu'offrent l'existence des technologies, de vastes bases de données, du rôle des fuites et des alerteurs. Dans le monde qui se met en place sous nos yeux, il sera de plus en plus difficile de cacher des informations. L'administration forteresse sera de plus en plus forcée d'accepter des niveaux plus élevés de transparence. Les tentatives de résister à cette tendance visent à gagner du temps et souvent repose sur un dispositif répressif coûteux pour l'image de marque des Etats⁽³⁰⁾.



Références bibliographiques:

- (1)- Josie Thum - Accès à l'information pour tous, une bonne fois pour toutes - 27/09/2019 - www.humanium.org.
- (2)- Perrine Canavaggio, Alexandra Balafrej - Vers un droit d'accès à l'information publique au Maroc – UNESCO 2011- p10.
- (3)- Mélina ELSHOUD, L'accès aux données essentielles de la commande publique, Elise Mouriesse (dir.), L'open data: une évolution juridique?, Revue générale du droit, Etudes et réflexions, 2018, N° 3, p2-3.
- (4)- Guide sur l'intégrité des marchés publics au Maroc - OCDE et l'instance centrale de prévention de la corruption - 2019 - p2.
- (5)- Bertil COTTIER, La publicité des documents administratifs, Etude de droit suédois et suisse, Librairie Droz, Genève, 1982, p3 et suivant.
- (6)- Loi 78-753 du 17/07/78 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal. (J.O du 18/07/1978). In: Revue juridique de l'environnement, N°3, pp 318-320, www.persee.fr.
- (7)- Kiss Alexandre Charles, Doumbé-Billé Stéphane, Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio de Janeiro-juin 1992). In: Annuaire français de droit international, volume 38, 1992. pp. 823-843; doi: <https://doi.org/10.3406/afdi.1992.3097>.
- (8)- Le Royaume du Maroc se joint au Partenariat du Gouvernement ouvert, le 26/04/2018, www.opengovpartnership.org.
- (9)- Le Maroc dans le partenariat pour un gouvernement ouvert, 11/11/2019, <http://tafra.ma>.
- (10)- Déclaration ouvert du gouvernement, Septembre 2011, <https://www.opengovpartnership.org>.
- (11)- Droit d'accès à l'information - Avis du CNDH sur le projet de loi 31-13 - Conseil national des droits de l'homme, Maroc.
- (12)- Abdallah HARSI - Le droit d'accès à l'information: état des lieux et perspectives à la lumière de la nouvelle constitution - Colloque international sur «La mise en œuvre du gouvernement ouvert», organisé par le Ministère de la Fonction publique et de la Modernisation de l'Administration et l'OCDE, 08/11/2012, Rabat.
- (13)- Abdallah HARSI - Le droit d'accès à l'information, Op.cit.
- (14)- Abdallah HARSI - Le droit d'accès à l'information: état des lieux et perspectives à la lumière de la nouvelle constitution, Op.cit.
- (15)- Promulguée le 22/02/2018 et publiée au BO 6655 du 12/03/2018.
- (16)- Mélina ELSHOUD, L'accès aux données essentielles de la commande publique, Op.cit, p6.
- (17)- La publicité dans les marchés publics - Septembre 2008 - Focus sur la commune - www.uvcw.be.
- (18)- GUEDON Julien - La publicité dans les marchés publics: Préalable indispensable à l'achat public - DESS en Management du secteur public - Institut d'Etudes Politiques de Lyon - 09/09/2004 - p33.



⁽¹⁹⁾- Abdelkrim GUIRI, La dématérialisation de la commande publique ou le pari de l'innovation au service de la transparence, Revue de la TGR, ALKHAZINA, N°9, Août 2012, p6.

⁽²⁰⁾- Circulaire du Premier Ministre du 18/09/2007 désignant la TGR en tant que gestionnaire du portail et précise les modalités de publication des documents d'appels d'offres et d'inscription des acheteurs publics audit portail.

⁽²¹⁾- Abdelkrim GUIRI, La dématérialisation de la commande publique ou le pari de l'innovation au service de la transparence, Op.cit.

⁽²²⁾- Voir section I de l'arrêté du ministre des finances 20-14 du 04/09/2014 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics.

⁽²³⁾- Abdelatif JARI, la soumission électronique ou les nouvelles technologies de l'information au service d'un achat public efficace et efficient, Revue de la TGR, ALKHAZINA, N°9, Août 2012, p25.

⁽²⁴⁾- Samira BENABED, Les enchères électronique inversées, un concept innovant pour l'achat public, Revue de la TGR, ALKHAZINA, N°9, Août 2012, p31.

⁽²⁵⁾- Abdelkrim GUIRI, Les achats groupés électroniques, une solution pour la réalisation d'économies d'échelle au niveau de la commande publique, Revue de la TGR, ALKHAZINA, N°9, Août 2012, p28.

⁽²⁶⁾- Abdelkrim GUIRI, Les achats groupés électroniques, Op.cit.

⁽²⁷⁾- Arrêté du ministre des finances n°1874-13 du 13/11/2013 pris en application de l'article 160 du décret 2-12-349 du 20/03/2013.

⁽²⁸⁾- Saad ALAMI, Audit interne des marchés publics: théories et pratiques, Connaissances et savoirs, www.connaissances-savoirs.com.

⁽²⁹⁾- Méthodologie d'évaluation des systèmes de passation des marchés, (MAPS) 2018, www.mapsinitiative.org.

⁽³⁰⁾- Azeddine AKESBI, Enjeux politiques et sociaux autour de l'accès à l'information: facteurs de progrès et de résistances, HEINRICH BOLL STIFTUNG, Rabat, 2018, p19.