

ARTICLES

LE DROIT DES MARCHÉS PUBLICS EN ALGÉRIE : RÉALITÉ ET PERSPECTIVES*

MOULOUD SABRI

Magistrat, premier conseiller à la Cour des comptes

INTRODUCTION

Les marchés publics ont cessé d'être l'affaire des deux parties au contrat. C'est désormais l'affaire de toute la société. En effet, la commande publique concerne tous les agents économiques en présence, chaque agent s'intéresse à cette matière en fonction de l'intérêt qui l'y attache.

Pour l'Etat, les marchés publics étaient de tout temps un instrument privilégié de politique économique. C'est précisément par le biais de cette matière que le gouvernement arrive à réaliser une grande partie des programmes de développement économique et à atténuer, par là même, les pressions et les tensions sociales. Les marchés publics constituent également le moyen le plus efficace permettant à l'Etat d'attirer les investissements directs étrangers, facteur qui stimule l'effet d'apprentissage et favorise le transfert technologique.

Pour les entreprises, les marchés publics sont synonymes de plans de charges assurés. Ils leur permettent d'être éligibles au statut de partenaire de l'administration avec tout ce que cela peut leur offrir comme avantages. Une entreprise, dit-on, est mieux protégée dans un marché public que dans le cadre d'un contrat de droit privé. De plus, celle qui a un plan de charge régulier et continu avec l'administration ne risque pas de connaître les affres des sanctions économiques prévues dans le code de commerce¹.

*Cet article qui a fait l'objet d'une publication à la revue du Conseil d'Etat n°7 de 2005 est à l'origine d'une conférence donnée le 25 septembre 2005 lors du colloque sur « le contrôle des marchés publics par les juridictions financières », organisé conjointement par la Chambre Régionale de BRETAGNE (Cour des comptes française) et la Chambre Territoriale d'ORAN (Cour de comptes algérienne). Elle a été publiée également dans le cadre des actes du colloque franco-algérien sur la responsabilité du gestionnaire public local

¹ Faillite, banqueroute, cessation de paiement, dépôt de bilan...

Le reste du monde s'intéresse aussi de près aux marchés publics notamment dans le cadre d'une économie de plus en plus globalisée et interdépendante où les protections internes s'amenuisent et les barrières au commerce international s'estompent ; ce qui ouvre la voie aux entreprises étrangères de pénétrer des marchés nouveaux et d'en accaparer des parts.

Pour les organes de contrôle, les marchés publics constituent un enjeu financier de taille de par l'importance des fonds mobilisés dans le cadre des programmes d'équipement publics qu'il conviendrait d'en contrôler l'utilisation aux plans de l'efficacité, de l'efficience et de l'économie. Le principe est que l'argent du contribuable ne doit pas être gaspillé ou dilapidé ; il doit tout simplement être utilisé à bon escient.

Pour le commun des citoyens c'est-à-dire les bénéficiaires ultimes des produits des marchés publics, cette matière est synonyme de satisfaction des besoins sociaux, de création d'emplois et d'amélioration du bien être social. C'est pour cette raison que les opinions publiques sont très regardantes vis-à-vis de l'efficacité de la commande publique en terme de coût, de délai et surtout de qualité des prestations, ce qui conditionne généralement le bon fonctionnement du service public futur.

Par ailleurs, le droit des marchés publics, sous l'influence de la dynamique internationale, s'oriente de plus en plus vers des valeurs nouvelles basées sur la moralisation et l'éthique dans la gestion des affaires publiques. La prise en compte des dimensions sociale et environnementale constitue également une préoccupation à laquelle les réglementations nationales sont appelées à apporter les réponses qui conviennent.

Après cette brève ébauche introductive sur la raison d'être et la pertinence des marchés publics et en vue de cerner, au mieux, le thème de la conférence, mon intervention sera axée d'abord sur l'évolution remarquable qu'a connue cette matière dans le contexte algérien (I) tout en explicitant les principales nouveautés introduites par la réforme de 2002 (II). Il sera ensuite question de mettre en évidence : l'importance de la commande publique et sa part dans le PIB (III), les spécificités du droit des marchés publics en Algérie (IV) et la force obligatoire des dispositions de la Réglementation des Marchés Publics (V) ; avant de conclure sur les nouveaux défis auxquels fait face le droit des marchés publics en Algérie (VI)

I - HISTORIQUE ET EVOLUTION DES MARCHES PUBLICS EN ALGERIE

Au lendemain de l'indépendance, les marchés publics étaient régis par la réglementation coloniale en vertu du principe de la reconduction consacré par la Loi n°62-157 du 31 décembre 1962. Celle-ci a été édictée par le

souci d'assurer la continuité de l'administration et surtout de ne pas juguler ou perturber son action en pleine période de mutation caractérisée par l'inexpérience et la jeunesse des institutions en charge de la reconstruction nationale.

Les textes qui étaient reconduits par cette loi en ce qui concerne la matière des marchés publics sont principalement :

Le Décret Loi du 30 octobre 1935 modifié relatif au financement des marchés de l'Etat et des collectivités publiques ;

Le Décret n°53-405 modifié, relatif au règlement des marchés de l'Etat et des établissements publics nationaux non soumis aux lois et usages du commerce ;

Le Décret n°56-256 du 13 mars 1956 modifié fixant les règles de passation des marchés de l'Etat ;

Le Décret n°57-24 du 8 janvier 1957 relatif aux marchés passés en Algérie ;

Le Décret n°59-370 du 28 février 1959 relatif à la participation des entreprises aux marchés publics afin de favoriser le développement de l'Algérie ;

L'Arrêté du 12 février 1957 modifié, étendant à l'Algérie la réglementation française ;

L'Arrêté du 15 septembre 1958 approuvant le CCAG relatif aux travaux, applicable à l'administration des ponts et chaussées.

L'Arrêté du 1er avril 1960 approuvant le CCAG applicable aux marchés de fournitures passés par les services de l'administration des ponts et chaussées ;

Le Cahier des Prescriptions Communes relatif aux travaux de l'Administration des Ponts et Chaussées d'avril 1958.

Le premier texte algérien régissant une catégorie des marchés publics fut l'Arrêté Ministériel du 21 novembre 1964 portant approbation du CCAG applicable aux marchés de travaux du Ministère de la Reconstruction, des Travaux Publics et des Transports.²

Ce texte ayant un caractère urgent est intervenu dans un contexte économique particulier marqué par la volonté politique d'organiser la reconstruction du pays tout en répondant aux aspirations de l'Algérie

² Le CCAG a été approuvé après avis de la Commission Centrale des Marchés créée par décret n°64-103 du 26 mars 1964.

fraîchement indépendante. Il a, cependant, continué à faire référence à la réglementation antérieure à l'indépendance.

En réalité, le C.C.A.G. de 1964 constitue déjà une tentative prématurée « d'algérianiser » le droit des marchés publics dans la mesure où son contenu dépasse le cadre normal d'un CCAG³. En effet, celui-ci intègre un titre complet (Titre n°1) disposant sur les procédures de passation des marchés qui, par définition, ne peuvent être contractuelles. C'est un domaine qui reste l'apanage du code des marchés publics.

Cette assertion est d'autant confortée à la lecture de l'article 05 dudit arrêté qui précise que « Tous les textes antérieurs relatifs au même objet sont abrogés », ce qui laisse, bien entendu, une large marge d'interprétation quant à son applicabilité.

La pierre angulaire dans la construction de l'édifice législatif des marchés publics fut la promulgation de l'Ordonnance 67-90 du 17 juin 1967 portant code des marchés publics⁴.

Cette ordonnance, coïncide avec le lancement du premier plan triennal de 1967 qui visait la mise en place progressive d'une économie socialiste dirigée et qui impliquait surtout une action normative à grande échelle⁵, consacrant la propriété publique de l'ensemble des moyens de production et attribuant à l'Etat la maîtrise de tous les rouages socio-économiques. L'avènement de cette ordonnance répondait aussi, bien que largement inspirée du cadre français, au souci de rompre avec la réglementation antérieure devenue surannée⁶ et en déphasage par rapport aux priorités et objectifs de développement du pays après son indépendance.

En effet, l'article 165 de cette ordonnance abroge la totalité de la législation et la réglementation antérieure⁷ alors que, dans bien d'autres domaines, la législation française demeurait en vigueur jusqu'au 05 juillet 1975⁸ en application de l'ordonnance du 05 juillet 1973.

3 Généralement le CCAG définit les droits et obligations des deux parties et fixe les conditions dans lesquelles sont exécutés les marchés publics.

4 Elle s'applique aux marchés conclus par l'administration centrale et les collectivités locales. Elle devait être étendue aux sociétés nationales et aux établissements publics à caractère industriel et commercial selon des modalités prévues par décret mais ce dernier n'a jamais vu le jour.

5 Il s'agit de mettre en place un arsenal juridique (législatif et réglementaire) compatible avec la nouvelle vision politique.

6 La réglementation française applicable en Algérie était très disparate et certaines dispositions remontent aux premières années de la colonisation.

7 Ledit article énumère 11 textes d'origine française faisant l'objet d'abrogation en matière des marchés publics.

8 Date de prise d'effet de l'abrogation de la législation reconduite par la loi 62-157 du 31 décembre 1962

Compte tenu de l'évolution rapide des impératifs de développement et en vue d'atténuer les distorsions constatées dans l'application du nouveau code, ce dernier a été complété à quatre reprises il s'agit des Ordonnances suivantes : n°69-32 du 22 mai 1969, n°72-12 du 18 avril 1972, n°74.85 du 17 septembre 1974, n°75-51 du 17 juin 1975. Il a été aussi modifié quatre fois de suite. Il s'agit des Ordonnances suivantes : n°70.57 du 06 août 1970, n°71.84 du 29 décembre 1971 et n°74-09 du 30 janvier 1974, n°76.09 du 30 janvier 1976. La plus importante ayant modifié le code fut l'Ordonnance n°74.09 du 30 janvier 1974 portant réaménagement du code des marchés publics. Celle-ci a étendu son champ d'application aux contrats d'équipement des entreprises socialistes à caractère économique ainsi que les contrats de travaux, fournitures et services passés par ces dernières dans le cadre de la réalisation des opérations d'équipement⁹.

En fait, l'ordonnance portant réaménagement du code des marchés publics a été dictée dans le souci de garantir le bon emploi des fonds consentis aux entreprises publiques dont les règles d'utilisation étaient fixées par la loi de finances pour l'année 1974 (Ordonnance n°73-64 du 28 décembre 1973 fixant les modalités de financement des investissements planifiés à la charge des entreprises publiques inscrits dans le cadre du 2ème plan quadriennal).

L'ordonnance a également introduit un certain nombre d'assouplissements accordés aux entreprises socialistes par la possibilité offerte à celles-ci de recourir à un règlement financier compatible avec les modalités en usage dans le domaine du commerce international (avances, acomptes, garanties, crédits documentaires...).

Cependant, l'introduction de ces aménagements n'a pas eu, tout à fait, l'effet escompté dans la mesure où la rigidité de certaines dispositions du code et leur inadaptation au rythme et au volume des investissements engagés ont eu pour conséquence : le glissement des délais de réalisation des projets, la multiplication des surcoûts ayant impliqué des réévaluations successives des enveloppes financières allouées.

Cette situation a été aggravée par l'absence d'un suivi rigoureux des opérations d'investissement notamment avec les contractants étrangers, ce qui a engendré les restrictions prévues à l'article 1 de l'ordonnance n°78-02 du 11 février 1978 relative au monopole de l'Etat sur le commerce extérieur, interdisant toute forme d'intermédiaire dans le commerce international.

Toutes ces raisons ont plaidé en faveur d'une nouvelle réglementation plus adaptée à la réalité du terrain et permettant plus d'assouplissement

⁹ Il s'agit des opérations d'investissement planifiées dont la réalisation est confiée aux entreprises socialistes.

en matière de passation et d'exécution des marchés¹⁰. Ce fut l'œuvre de la réforme introduite par le décret n°82-145 du 10 avril 1982 portant réglementation des marchés de l'opérateur public.

Il sied de signaler de prime à bord que le décret 82-145, en abrogeant la majorité des dispositions de l'ordonnance de 67-90¹¹, a fait basculer la matière des marchés publics du domaine législatif au domaine réglementaire. La constitution de 1976 était muette sur cette question.

De plus, sur le plan du respect du principe de la hiérarchie des normes, l'abrogation aurait dû intervenir dans les mêmes formes à savoir par loi ou ordonnance et non pas par décret.

La nouvelle réglementation a introduit une nouvelle notion concernant l'acheteur public, celle de l'opérateur public. Il s'agit en fait, d'un critère organique permettant de définir clairement quelles sont les personnes qui sont appelées à passer des marchés publics. Cette notion regroupe, en effet, en application de l'article 5 dudit décret, les administrations publiques, tous les établissements et organismes publics et toutes les entreprises socialistes y comprises les entreprises d'économie mixte dont le capital social est à majorité publique.

De ce fait, les administrations et les entreprises publiques sont placées à un pied d'égalité et sont régies par la même réglementation. A signaler qu'en vertu de ce texte, le marché de l'opérateur public est considéré comme étant un instrument de réalisation du plan national de développement qui s'inscrit dans le cadre des orientations fixées par la charte nationale.

S'agissant des aménagements introduits par le décret 82-145, ils peuvent être résumés comme suit :

Assouplissement des conditions de passation des marchés ;

La règle générale de passation entre opérateurs publics étant le gré à gré ;

Allègement voire suppression des procédures de contrôle notamment celles relatives au contrôle externe a priori pour les marchés conclus entre opérateurs publics;

Relèvement du seuil maximum relatif à l'octroi d'avance au partenaire co-contractant;

¹⁰ Réglementation devant être favorable aussi bien aux administrations publiques qu'aux entreprises nationales.

¹¹ exceptées quelques dispositions relatives au cautionnement bancaire (art 81 à 85), au nantissement (art 98 à 113), au règlement des litiges (art. 152 à 160) aux cahiers des charges (art. 5 à 6) et au contrôle externe a priori (art 147 à 151).

Meilleure organisation du contrôle externe a priori avec possibilité de passer outre en cas de refus de visa par la commission des marchés;

Dispense des opérateurs publics cocontractants de la constitution des cautions de restitution d'avances;

Suppression du paramètre prix comme critère unique de choix et introduction d'une combinaison de critères ;

Organisation et prise en charge de la sous-traitance dans les marchés publics en vue d'encourager les petites entreprises.

Le décret n°82-145 a subi à son tour plusieurs modifications¹² dont la plus importante est intervenue par décret n° 88-72 du 29 mars 1988. Ce dernier est venu en application de la loi n° 88-01 du 12 janvier 1988 portant loi d'orientation sur les Entreprises Publiques Economiques qui a consacré le principe d'autonomie des entreprises publiques par rapport aux interférences et injonctions de la tutelle. En effet, la réforme économique amorcée en 1988 visant à s'orienter progressivement vers l'économie de marché a induit des modifications importantes au niveau des textes juridiques. La réglementation des marchés publics n'a pas échappé à cette règle dans la mesure où, désormais, les entreprises publiques économiques (EPE) et les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) sont exclus du domaine des marchés publics. Cette exclusion est le résultat logique du désengagement de l'Etat dans le financement des investissements des entreprises nationales. Désengagement confirmé, de surcroît, dans le cadre de la Loi 88-29 du 12 juillet 1988 relative à l'orientation des investissements économiques privés nationaux et de la Loi 90-10 du 14 avril 1990 relative à la monnaie et au crédit qui a ouvert la voie aux financements extérieurs.

De plus, le Décret n° 88-72, en éliminant les EPE et les EPIC du régime exorbitant prévu dans la réglementation des marchés publics, se voulait être en adéquation avec la stratégie de réforme visant à libérer la sphère productive de la gestion administrative de l'économie. Elle est,

¹² Il s'agit des modifications ci-après :

Décret n° 84-51 du 25 février 1984 ayant introduit une plus grande transparence dans les procédures de passation et une certaine souplesse dans le contrôle des avenants.

Décret n°86-126 du 13 mai 1986 ayant clarifié les conditions de désignation et de renouvellement des membres de la commission des marchés et apporté une définition précise des contrats d'assistance technique.

Décret n° 88-72 du 29 mars 1988, ayant exclu le secteur économique du domaine de la RMP et modifié la composition des commissions des marchés.

Décret 91-320 du 14 septembre 1991 ayant apporté quelques modifications minimales.

désormais, régie par les seules règles de la commercialité et du marché concurrentiel.¹³

Cette nouvelle démarche consistant à se départir progressivement de l'économie planifiée en faveur de l'économie de marché a rendu indispensable l'adaptation de la RMP dans son ensemble au nouveau contexte économique, ce qui devait introduire une refonte de cette réglementation. Ce fut, en effet, l'œuvre du décret exécutif 91-434 du 09 novembre 1991 portant réglementation des marchés publics.

Ce décret a abrogé les dispositions du Décret n° 82-145 modifié et complété ainsi que certaines dispositions de l'Ordonnance n°67-90 reconduites par le décret précité¹⁴. Il a confirmé l'exclusion des E.P.E. et les EPIC de son champ et en a intégré les institutions autonomes¹⁵. La notion d'opérateur public a été supprimée en faveur d'une autre dénomination celle du service contractant.

L'adaptation de la nouvelle réglementation au nouveau mode de gestion économique s'est manifestée principalement à travers les aménagements suivants :

Réhabilitation de la règle de la concurrence après appel d'offres. Le gré à gré devient l'exception.

Suppression de la dichotomie entre les entreprises publiques et les entreprises privées, désormais toutes les entreprises quel que soit leur statut juridique (publique ou privée, nationale ou étrangère) sont à un pied d'égalité face à la commande publique.

Liberté accordée aux services contractants de choisir et le mode de passation et le partenaire co-contractant.

Responsabilisation du service contractant dans le cadre de la dispense du partenaire co-contractant du paiement des pénalités pour retard.

Simplification des procédures de règlement des litiges.

Mise en adéquation des conditions de passation et d'exécution des commandes publiques.

Assouplissement des conditions de passation des avenants.

Possibilité d'une révision trimestrielle des prix.

13 Depuis l'avènement du décret 88-72 les entreprises socialistes ont cessé d'être des opérateurs publics.

14 Sauf les dispositions relatives au nantissement (art. 98 à 110) et au règlement des litiges (art. 155 à 160).

15 La Cour des comptes, le Conseil constitutionnel et l'institution législative.

Application des indices salaires, matières et matériels dès leur approbation par le ministère de l'économie sans attendre leur publication au journal officiel ¹⁶.

Le décret exécutif n° 91-434 a subi à son tour plusieurs modificatifs par voie de décrets qui sont au nombre de trois (03) à savoir:

Le Décret Exécutif n° 94-178 du 26 juin 1994 qui a porté le seuil de passation des marchés de 2 000 000,00 DA à 3 000 000,00 DA. Désormais, toute commande dont le montant est supérieur à 3 000 000,00 DA doit obligatoirement donner lieu à passation d'un marché public.

Le Décret Exécutif n° 96-54 du 22 janvier 1996. Les principaux aménagements introduits par ce décret sont les suivants :

Les C.C.A.G. applicables à tous les marchés de travaux et à tous les marchés de fournitures seront approuvés par arrêté interministériel, et non par décret¹⁷.

L'institution d'une hiérarchie dans les modes de passation en commençant par la règle générale qui est l'appel d'offres puis l'exception qui est le gré à gré simple.

Clarification du mécanisme d'actualisation des prix par la levée des ambiguïtés sur les dates et les indices de base à prendre en considération pour l'actualisation des prix.

Introduction de la possibilité pour le service contractant de payer l'acompte sur approvisionnement sur la base d'un constat d'approvisionnement de produits rendus sur chantier en vue de dispenser le partenaire de la formalité relative à la constitution d'une caution de restitution.

Les coefficients à prendre en considération dans l'élaboration de la formule de révision de prix en cas d'appel à la concurrence doivent être déterminés au préalable et contenus dans les cahiers des charges de l'appel d'offres. Dans le cas où le marché est passé de gré à gré, les coefficients sont arrêtés d'un commun accord.

Possibilité de paiement des intérêts moratoires à la demande expresse du partenaire co-contactant en cas de retard dans le règlement des situations.

Assouplissement des procédures visant à encourager le règlement à l'amiable des litiges.

16 Ces points ont été énumérés dans l'instruction interministérielle n°015/MDB/92 du 07 janvier 1992 relative à la vulgarisation du décret 91-434.

17 Le souci était de créer une certaine hiérarchie dans les textes et de rendre facile, éventuellement, son adaptation est sa mise à jour périodique.

Possibilité d'actualiser les prix d'un marché conclu selon la procédure de gré à gré.

Le Décret Exécutif n°98-87 du 07 mars 1998: Les principaux aménagements introduits par ce décret sont :

Relèvement du seuil de passation à 4 000 000,00 DA pour tous les types de prestations ;

Limitation du recours au gré à gré simple à quatre cas cités à titre exclusif alors que dans le décret n°91-434 les cas étaient cités à titre indicatif ;

Précision des dates et indices de base à prendre en considération en cas d'actualisation des prix d'un marché conclu selon la procédure de gré à gré ;

Meilleure clarification des modalités de constitution de la caution de garantie.

Allégement des procédures de conclusion, voire suppression de l'examen des organes de contrôle externe a priori dans certains cas.

En dépit des efforts d'adaptation déployés au plan juridique et institutionnel¹⁸ en vue d'asseoir une pratique basée sur les principes d'efficacité de la commande publique, la réglementation des marchés publics sous l'empire du Décret Exécutif 91-434 modifié et complété, comportait un certain nombre d'incohérences et d'imprécisions voire par fois de contradictions entre ses dispositions.

De plus, cette réglementation est restée peu captive des tendances universelles et relativement inadéquate par rapport aux standards internationaux en matière des marchés publics.

Cette situation a amené les pouvoirs publics à engager une large concertation menée à partir de janvier 2001 avec l'ensemble des intervenants dans les marchés publics, notamment dans le cadre de la tripartite¹⁹. L'objectif de cette concertation était de dégager un consensus sur la refonte de la réglementation des marchés publics qui tient compte des principes universels fondamentaux régissant la commande publique²⁰ et qui s'inscrit dans le cadre de l'efficacité de la réalisation des programmes d'équipement publics par une meilleure utilisation des fonds publics.

¹⁸ Notamment après l'amorce de la réforme économique en 1988.

¹⁹ Gouvernement, patronat et l' U.G.T.A.

²⁰ A savoir, le principe de la liberté d'accès aux marchés publics, le principe d'égalité de tous les candidats face à la commande publique (non discriminatoire) et le principe de transparence des procédures de lancement et de passation des marchés.

Le processus de concertation a été élargi aux opérateurs économiques dans le cadre du Forum « Carrefour de l'Entreprise » organisé sous l'égide de la chefferie du gouvernement les 08 et le 09 avril 2001.

Dans le cadre de ce Forum²¹, un large débat a été organisé autour de la refonte du dispositif législatif et réglementaire régissant les marchés publics. Les recommandations qui s'en sont suivies ont servi de soubassement à la rédaction du nouveau décret.

Vu l'importance de la commande publique et son incidence sur le budget général de l'Etat et d'une façon générale sur le développement du pays, la réglementation des marchés publics a été hissée à un niveau supérieur dans la hiérarchie des textes. En effet, contrairement au texte précédent, la nouvelle réglementation a été prise par décret présidentiel²². Cela traduit la volonté politique et marque l'engagement des plus hautes autorités de l'Etat dans le processus de réforme afin de donner une base solide aux changements entrepris.

L'avènement du Décret Présidentiel n° 02-250 du 24 juillet 2002 portant RMP annonce donc une nouvelle dynamique de passation et d'exécution des contrats publics conformes aux aspirations du développement économique. D'autant qu'il coïncide avec deux événements majeurs: le premier se situe au plan interne en l'occurrence le lancement en 2001 du Programme de Soutien à la Relance Economique (PSRE)²³ qui a mobilisé des moyens financiers colossaux²⁴ en vue de provoquer une croissance économique forte et durable.

Le deuxième événement se situe au plan externe. Il s'agit d'une part, de la signature à Valence (Espagne) le 22 avril 2002 de l'accord d'association de l'Algérie avec l'Union européenne visant à créer une zone de libre échange entre les deux parties²⁵. Cet accord entraînera une mise à niveau progressive du cadre législatif et réglementaire y compris donc celui des marchés publics ; et d'autre part de l'intensification des négociations en vue de l'adhésion à l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) ce qui impliquera également d'importantes conséquences en terme d'harmonisation des textes juridiques nationaux par rapport aux règles contenues dans les

21 Notamment dans le cadre de l'« atelier n° 02 »

22 Cette démarche semble plus conforme à nouvelle constitution (1996) qui confère au président de la république un pouvoir réglementaire exclusif dans les matières non réservées à la compétence législative.

23 Le PSRE a été lancé par le Président de la République. Les grandes lignes et les enjeux de ce programme ont été précisés par l'instruction présidentielle du 15 novembre 2001.

24 525 milliards de Dinars ont été dégagés dans le cadre de ce programme.

25 Cet accord se substituera à l'accord de coopération entre la CEE et l'Algérie signé à Alger le 26 avril 1976. Il a prévu une période de transition maximale de 12 ans.

accords de l'OMC particulièrement l'accord de Marrakech sur les marchés publics du 15 avril 1994²⁶.

Le Décret Présidentiel portant RMP a tenté de regrouper l'ensemble des dispositions éparées liées aux marchés publics dans un texte unique. En effet, la précédente réglementation

était formée par une multitude de dispositions législatives et réglementaires disséminées à travers plusieurs textes pouvant facilement échapper à un utilisateur non averti²⁷.

Dans ce sens, l'article 153 du Décret Présidentiel a abrogé le reste des dispositions de l'Ordonnance n° 67-90 et du Décret Exécutif n° 91-434 modifié et complété.

Cependant, Le nouveau texte n'a pas profondément transformé la structure de la réglementation des marchés publics. Le souci étant focalisé sur la correction des imperfections constatées de par le passé dans la passation et dans l'exécution des marchés publics en introduisant des aménagements dans le fond compatibles avec les règles universelles régissant la matière²⁸ et qui vont dans le sens de l'efficacité de la commande publique²⁹.

Les principales modifications introduites dans le cadre de la nouvelle réglementation³⁰ concernent : l'élargissement de son champ de compétence, l'institution de deux seuils de passation des marchés selon qu'il s'agisse des travaux et fournitures ou d'études et services, l'amélioration des procédures de sélection des candidats, l'institution d'une marge de préférence accordée au produit d'origine algérienne, encadrement de la procédure de passation notamment en ce qui concerne le gré à gré ainsi que du régime des garanties, l'institution de l'avis d'attribution provisoire et possibilité de recours offerte aux soumissionnaires qui s'estiment lésés. Les modifications concernent également : la fixation du délai réglementaire de mandatement et systématisation du paiement des intérêts moratoires en

26 Cet accord est annexé aux instruments relatifs à l'OMC. Il nécessite, néanmoins une demande expresse d'adhésion.

27 Il s'agit, entre autres, des dispositions non abrogées de l'Ordonnance n° 67-90, des dispositions de l'article 62 de l'ordonnance n° 96-31 du 30 décembre 1996 prévoyant l'obligation de fournir dans le cadre des soumissions, le casier judiciaire de l'exploitant pour les personnes physiques ou du gérant (ou du directeur général) pour les personnes morales...

28 Notamment celles relatives à la transparence, à la concurrence, à la non discrimination, à la moralité et l'éthique, au droit de recours, contenues successivement dans la loi type de la CNUDCI relative aux marchés publics, dans l'accord de Marrakech (OMC) et dans les recommandations et directives des institutions internationales et des bailleurs de fonds.

29 Le rapport du Groupe de la Banque Mondiale relatif à la stratégie de coopération avec l'Algérie (2003-2006) qualifie la nouvelle réglementation comme étant « exhaustive et constitue une amélioration par rapport à la loi existante de 1991 »

30 Y compris celles introduites par le Décret Présidentiel n° 03-301 du 11/09/2003 modifiant et complétant le Décret Présidentiel n° 02-250.

cas de retard dans le règlement des situations, l'institution du paiement direct dans le cadre de la sous-traitance et encouragement de la PME, l'intégration de la Caisse de Garantie des Marchés Publics (CGMP) en tant qu'outil privilégié de financement des marchés publics pour le compte de l'Etat, réorganisation du mécanisme de règlement des litiges, meilleure transparence dans le cadre des opérations de lancement (ouverture des plis et jugements des offres)³¹...

II - LES POINTS CLES DE LA REFORME DES MARCHES PUBLICS DE 2002

La réforme de la réglementation des marchés publics intervenue par Décret Présidentiel n° 02-250 a introduit des modifications substantielles en adéquation avec les objectifs des politiques économiques internes et conformes aux engagements de l'Algérie avec les institutions internationales.

Les principales modifications introduites par cette réforme se résument comme suit :

Extension du champ d'application

En sus des institutions, administrations et établissements soumis à la réglementation des marchés publics en application de la précédente réglementation,³² le nouveau Décret a intégré dans son champ d'application les établissements et organismes publics ci-après:

- les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC),
- les établissements publics spécifiques à caractère scientifique et technologique,
- les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel,
- les centres de recherche et de développement,³³

L'intégration de ces établissements publics dans le domaine d'application de la RMP a été dictée par la nécessité de soumettre les établissements et

31 Les principales modifications seront exposées dans le chapitre suivant relatif aux points clés de la réforme de 2002.

32 Il s'agit des administrations publiques (centrales et déconcentrées), des institutions autonomes (CDC, APN, CC) des collectivités locales (wilayate et communes) et les EPA (nationaux et locaux).

33 Lorsqu'ils sont chargés de réaliser les projets d'investissements publics financés sur concours définitifs du budget général de l'Etat.

organismes publics, bénéficiant de concours définitifs du budget de l'Etat dans le cadre de la réalisation des projets d'investissement public, au formalisme protecteur prévu dans la réglementation des marchés publics (concurrence, transparence, choix de l'offre économiquement la plus avantageuse...) et ce, en partant du principe selon lequel : « qui finance contrôle ».

Cette extension du champ d'application de la réglementation est d'autant conforme aux dispositions de la Loi n° 88.01 du 12 janvier 1988 portant loi d'orientation des entreprises publiques notamment son article 45 qui précise que « les dépenses d'équipements publics de l'Etat réalisées par les EPIC financées sur concours définitifs de l'Etat sont inscrites à l'indicatif de leur administration de tutelle. »

Relèvement et institution de deux seuils de passation

Le nouveau Décret a institué pour la première fois un double seuil de passation en fonction de la nature de la prestation envisagée. Il a maintenu le seuil de 4.000.000,00 DA pour les prestations d'études et de services et l'a relevé à 6.000.000,00 DA pour les travaux et les fournitures. Ainsi, les prestations dont le montant est supérieur à ces seuils doivent obligatoirement donner lieu à passation d'un marché public.

Désormais, ces seuils peuvent être actualisés périodiquement par arrêté du ministre chargé des finances et ce, en fonction du taux d'inflation officiellement enregistré.

Institution d'une mise en concurrence obligatoire pour les prestations inférieures aux seuils

Les commandes inférieures aux seuils précisés ci-dessus doivent impérativement (article 5 du Décret Présidentiel 02-250 modifié et complété) faire l'objet d'une mise en concurrence préalable pour le choix de la meilleure proposition c'est à dire l'offre économiquement avantageuse pour le service contractant.

Toutefois, le décret ne précise pas de procédures formalisées pour cette mise en concurrence. Les modalités d'organisation de la consultation en la matière sont laissées à l'initiative du service contractant et sous sa responsabilité.

Intégration expresse de la réalisation d'études dans les opérations pouvant donner lieu à passation de marchés

Dans le cadre de l'ancienne réglementation, la réalisation d'études n'était pas mentionnée expressément parmi les opérations pouvant donner lieu à passation d'un marché public. Elle était tout simplement comprise, par extension, dans la catégorie de marchés de services. Le souci ayant guidé

cette distinction réside dans le fait que la nouvelle réglementation a prévu un CCAG pour chaque catégorie de prestation y compris donc celui relatif aux études³⁴

Possibilité de fractionnement par allotissement sous certaines conditions

Dans le cas où l'intérêt de l'opération le justifie, le service contractant peut confier la réalisation d'un projet à plusieurs partenaires, chacun d'entre eux intervenant pour la réalisation d'une partie du projet. Cette possibilité est subordonnée à la réunion des conditions suivantes³⁵ :

Le fractionnement doit être prévu dans les cahiers des charges de l'appel d'offres

La structure de l'autorisation de programme doit avoir prévu les rubriques pouvant faciliter le fractionnement.

Pour les projet d'une certaine importance les contractants retenus doivent s'engager conjointement et solidairement (constitution d'un consortium).

La possibilité d'allotissement a été instituée en vue de permettre notamment à la PME de participer concrètement et efficacement aux marchés publics.

Fixation d'une marge de préférence pour les produits d'origine algérienne :

En vue de se conformer aux règles de l'OMC, l'article 20 de l'ancienne réglementation qui disposait que « le service contractant doit solliciter, en priorité, la production nationale disponible » est carrément abrogé pour céder la place à l'article 19 qui prévoit une marge de préférence maximale de 15 % pour les produits d'origine algérienne. Cet avantage est accordé au stade de l'évaluation des offres³⁶.

Encadrement de la procédure du gré à gré (GAG)

Contrairement au gré à gré simple dont les conditions de passation étaient plus ou moins définies dans la précédente réglementation, les conditions du gré à gré après consultation n'étaient pas, néanmoins, explicitées:

³⁴ Le CCAG études est en quelque sorte l'équivalent du CCAG prestations intellectuelles en France

³⁵ L'ancienne réglementation est imprécise sur ce point dans la mesure où elle n'a pas défini les conditions qui doivent être respectées pour effectuer le fractionnement d'une prestation.

³⁶ Cette marge est valable sous la condition d'indiquer explicitement la préférence accordée et la méthode d'évaluation des offres dans les cahiers des charges de l'appel d'offres.

La nouvelle réglementation³⁷ a comblé cette lacune en énonçant trois (03) conditions pour la conclusion d'un GAG après consultation à savoir:

quand l'appel à la concurrence s'avère infructueux,

quand la nature de la prestation ne justifie pas le recours à la concurrence. Il s'agit de certains marchés d'études, de fournitures et de services spécifiques dont la liste devait être fixée par arrêté interministériel. Ce dernier n'a pas encore vu le jour,

lorsque des accords bilatéraux prévoient des financements concessionnels, de conversion de dettes ou des dons, le service contractant peut limiter la consultation aux seules entreprises du pays bailleur de fonds.

De plus, le nouveau décret a supprimé le cas d'infructuosité comme critère pouvant justifier la passation d'un GAG simple en faveur d'un autre en l'occurrence l'existence d'un accord préalable du Conseil des Ministres en ce qui concerne les projets prioritaires et d'importance nationale.

Assouplissement des règles de publicité :

Le nouveau décret modifié et complété a introduit un allègement dans les obligations de publicité au niveau local³⁸. En effet les marchés dont les montants sont égaux ou inférieurs à 50 000 000,00 DA pour les travaux ou fournitures et 20 000 000,00 DA pour les études ou les services peuvent faire l'objet d'une publicité locale comme suit :

Publication de l'avis d'appel d'offre dans deux quotidiens locaux ou régionaux

Affichage de l'avis d'appel d'offres

Obligation de fournir une caution de soumission

Les soumissions doivent, désormais, comprendre, pour les marchés de travaux et de fournitures, une caution de soumission qui ne saurait être inférieure à 1% du montant de la soumission. Cette caution a été instituée en vue de s'assurer de la « bancabilité » des candidats à la commande publique d'une part et de mettre les services contractant à l'abri des désistements ou des désengagements de dernière minute d'autre part. Ainsi, les soumissionnaires sont engagés par leurs offres notamment pendant la durée de validité des offres sous peine de la mise en jeu de la caution de soumission.

³⁷ Y compris le DP N° 03-301 modifiant et complétant le DP n° 02-205 portant RMP

³⁸ La règle en matière de publicité des appels d'offres consiste à les publier dans le BOMOP et en moins dans deux quotidiens nationaux dont l'un en langue nationale.

Renforcement de la transparence dans le cadre de l'appel à la concurrence

Une série de mesures ont été prises en vue de favoriser la transparence dans le cadre des opérations de lancement et de passation des marchés à savoir :

L'obligation de mentionner les critères de choix du candidat et leurs coefficients de pondération dans le cadre du dossier de l'appel d'offres,

interdiction d'ouvrir des négociations avec les soumissionnaires après l'ouverture des plis et durant l'évaluation des offres pour le choix du partenaire cocontractant,

- La Commission d'Ouverture des Plis doit se réunir le jour même de la date limite de dépôt des offres. Les soumissionnaires sont informés préalablement dans le cahier des charges de l'appel à la concurrence. La commission se réunie quel que soit le nombre des membres présents,

- La qualité de membre de la Commission d'Evaluation des Offres est incompatible avec celle de membre de la Commission d'Ouverture des Plis,

- Institution de deux phases dans le cadre de l'analyse des offres ; la première concerne l'évaluation technique et la deuxième concerne l'évaluation financière³⁹,

- Obligation de faire approuver les projets des cahiers des charges des appels d'offres par la commission des marchés compétente avant le lancement de l'appel à la concurrence,

- Obligation de publier l'avis d'attribution provisoire du marché dans les mêmes formes que l'appel d'offres initial en précisant notamment, le prix, les délais de réalisation et tous les éléments qui ont été à l'origine du choix de l'attributaire du marché,

- Les soumissionnaires qui s'estiment lésés par la décision de choix du service contractant dans le cadre d'un avis d'appel d'offres peuvent introduire un recours dans les dix (10) jours qui suivent la date de l'avis d'attribution provisoire auprès de la commission des marchés compétente. Celle-ci donne un avis dans un délai de 15 jours suivant la date de la réception de la réclamation. Toutefois, la réglementation reste muette quant à la valeur juridique de cet avis.

39 Cela implique bien évidemment l'ouverture des plis en deux phases.

Encadrement et encouragement de la sous-traitance

Désormais, le choix du partenaire cocontractant (national ou étranger) doit s'appuyer, entre autres, sur l'importance des lots ou produits sous-traités sur le marché algérien. De plus, la nouvelle réglementation précise que lorsque le champ de la sous-traitance est prévu dans le marché, le sous-traitant peut prétendre au paiement direct par le service contractant. Ces nouvelles dispositions visent particulièrement à encourager la petite et moyenne entreprise à participer activement dans le cadre des marchés publics.

Clarification des critères d'attribution au niveau de l'évaluation de l'offre financière

La nouvelle réglementation institue deux principaux critères d'attribution au stade de l'évaluation des offres financières à savoir, le moins disant pour les prestations courantes dont le mode de passation courant est l'adjudication, et l'offre économiquement la plus avantageuse (rapport qualité prix) lorsqu'il s'agit de prestations techniquement complexes.

Confirmation du rôle de la Caisse de Garantie des Marchés Publics (CGMP)

Le rôle de la CGMP créée par décret n° 98-67 du 21 février 1998 en vue d'apporter la garantie nécessaire pour le financement adéquat des marchés publics a été réaffirmé par le nouveau décret. Elle constitue désormais un instrument essentiel de l'Etat favorisant la réalisation financière des marchés publics.

Systématisation du paiement des intérêts moratoires en cas de retard dans le mandatement.

Le délai réglementaire de mandatement est désormais fixé à 30 jours à compter de la date de la réception de la situation ou de la facture par l'administration. Le défaut de mandatement dans ce délai par le service contractant fait courir à ce dernier de plein droit le paiement des intérêts moratoires calculés au taux d'intérêt bancaire des crédits à court terme. Les modalités de calcul des intérêts moratoires sont détaillées à l'article 77 du nouveau décret.

Dans le cas où le mandatement n'a pas eu lieu 45 jours après la date de dépôt de la situation auprès du service contractant, et que la date de mandatement n'est pas portée par écrit à la connaissance du partenaire cocontractant et que les intérêts moratoires n'ont pas été mandatés en même temps que l'acompte, les intérêts moratoires seront payés jusqu'à mise à disposition des fonds (virement constaté sur le compte bancaire du cocontractant, l'extrait de comptes bancaires faisant foi).

L'institution de cette obligation doit inciter les services contractants à faire preuve de célérité dans le traitement des demandes de paiement. De par le passé, les entreprises ont toujours été victimes des retards dans le paiement de leurs situations de travaux, affectant ainsi leur trésorerie immédiate, ce qui a souvent été source de déséquilibre financier de bon nombre d'entre elles.

Intégration des prix mixtes dans les marchés publics

Les prix des prestations contractuelles sont, conformément à la précédente réglementation, soit des prix sur dépenses contrôlées, soit sur bordereau de prix unitaires, soit à prix global et forfaitaire. Pour prendre en charge la particularité des travaux de bâtiment, la nouvelle réglementation prévoit la catégorie des prix mixtes c'est-à-dire au mètre pour les travaux d'infrastructure et à prix forfaitaire pour les travaux de superstructure.

De plus, la nouvelle réglementation privilégie la rémunération du marché selon la formule « à prix global et forfaitaire »⁴⁰ en vue de mettre un frein aux réévaluations intempestives et continues des enveloppes financières dues en partie au non respect du prix initial⁴¹.

Aménagements des mécanismes de règlement des litiges

Outre l'institution du recours précontractuel cité précédemment, la nouvelle réglementation a remplacé le recours hiérarchique pouvant déclencher la saisine du Comité Consultatif institué auprès de chaque ministère, Wilaya et commune, par un recours pouvant être adressé par le partenaire cocontractant, avant toute action en justice, à la Commission Nationale des Marchés qui doit trancher par décision dans un délai de 30 jours à compter de la date de l'introduction de la contestation.

40 Généralement, il est recommandé de privilégier la fixation d'un prix forfaitaire pour toutes les prestations pouvant être définies au moment de la conclusion du marché.

41 L'Instruction Présidentielle du 15 novembre 2001 a vigoureusement rappelé la nécessité de mettre fin à ce genre de situation.

Clarification et aménagement du régime des garanties

La nouvelle réglementation a poursuivi l'œuvre de clarification du régime des garanties⁴² notamment en ce qui concerne la transformation de la caution de bonne exécution et de la retenue de garantie lorsque un délai de garantie est prévu dans le contrat.

Désormais, une distinction est opérée entre les garanties de bonne exécution couvrant la période d'exécution et la caution de garantie couvrant la période de garantie :

La règle générale en matière de garantie d'exécution est la fourniture de la caution de bonne exécution. Exception faite pour certains types de marchés d'études et de services⁴³ auxquels des retenues de bonne exécution peuvent y être substituées. Mais, dans tous les cas, les deux types de garanties doivent être transformées à la réception provisoire en caution de garantie⁴⁴ qui reste la seule garantie valable jusqu'à la réception définitive.

S'agissant des autres garanties notamment de restitution d'avances (forfaitaires et sur approvisionnement) elles restent régies par les mêmes dispositions prévues dans l'ancienne réglementation.

III - IMPORTANCE DES MARCHES PUBLICS EN ALGERIE

La matière des marchés publics a toujours été un outil indispensable et un axe prioritaire dans le développement économique et social du pays. Il suffit pour s'en convaincre de constater le nombre de textes pris dans ce sens depuis l'indépendance du pays. Alors que dans bien d'autres matières, l'on pouvait se satisfaire de la législation coloniale jusqu'au 05 juillet 1975⁴⁵. Faut-il signaler encore qu'après cette date, certains domaines ont continué à souffrir d'un vide juridique jusqu'à des dates relativement récentes.

L'importance accordée aux marchés publics trouve aussi sa justification dans le fait que la croissance économique en Algérie a été souvent et en grande partie tirée par la dépense publique notamment par le biais des secteurs du bâtiment, des travaux publics et des ressources en eau (BTPH). A titre d'exemple, les dépenses budgétaires totales ont cru de 55,5% sur la

42 Déjà amorcée dans le cadre du décret 98-87 du 07 mars 1998 modifiant et complétant le décret 91434 (tous les deux présentement abrogée).

43 Dont la liste devait être fixée par arrêté interministériel.

44 Pour le cas éventuel des retenues de bonne exécution c'est la provision constituée en la matière qui sera transformée à la réception provisoire en caution de garantie.

45 Date de prise d'effet de l'abrogation de la législation antérieure à 1962.

période 2000-2004 soit 1.832,5 milliards de dinars en 2004 contre 1.178,1 milliards en 2000⁴⁶.

En terme prosaïque, c'est par le biais de cet instrument privilégié de politique économique que les pouvoirs publics arrivent à satisfaire les besoins sociaux prioritaires des citoyens souvent par des mesures contra-cycliques notamment dans les périodes de choc ou de récession économique.

Les marchés publics s'avèrent le moyen le plus efficace permettant l'atténuation des tensions sociales, la lutte contre la pauvreté et en général l'amélioration du bien être des citoyens.

A titre illustratif, le Programme de Consolidation de la Croissance Economique (appelé aussi programme complémentaire du PSRE) dont l'enveloppe financière globale a été estimée à 55 milliards de dollars pour la période 2005-2009 prévoit la création de deux (02) millions d'emplois de toute nature, la satisfaction des besoins de la population en matière de logement, de santé, d'enseignement et de réalisation d'infrastructures de base (réseaux routiers, ferroviaires, ressources en eaux ⁴⁷...).

Il apparaît clairement que l'enjeu de la commande publique dans l'économie est considérable. Les dépenses d'équipement public ont toujours représentés une part importante dans la dépense publique (voir titre illustratif le tableau ci-dessous) :

Période	Part de la dépense d'équipement dans la dépense publique totale ⁴⁸
85-89	34 %
90-00	23 % ⁴⁹
01-04	34 %
2005	47 %
2006	52 % ⁵⁰

46 Source : note de conjoncture de la Banque d'Algérie sur les tendances monétaire et financière de l'année 2004.

47 Déclaration de politique générale de l'exécutif faite à l'Assemblée Nationale par le Chef du Gouvernement le 22 mai 2005.

48 Source : Loi de finance de l'année.

49 la baisse de ce taux s'explique par la chute du prix du baril de pétrole accentuée par la période difficile qu'a traversée le pays, marquée par le terrorisme et le sabotage la perte totale enregistrée en la matière durant ladite période est estimée, selon les chiffres officiels, à 30 milliards de dollars.

50 Projet de loi de finance pour 2006 approuvé par le conseil des ministres le 03 octobre 2005. Le budget d'équipement dépasse le budget de fonctionnement.

S'agissant de la part du programme d'équipement public (crédit de paiement)⁵¹ en pourcentage du PIB⁵², celle-ci a atteint en 2005 un PIB jamais réalisé de 19%⁵³ (ramené au PIB de 2004) et 17% du PIB prévisionnel de 2005⁵⁴ soit presque le 1/5ème de l'activité économique du pays ce qui dépasse pratiquement le double de l'effort fourni en la matière par les pays à revenus comparable.

Cette tendance, est appelée à être maintenue⁵⁵ dans le cadre du programme quinquennal de consolidation de la croissance (2005-2009).

A signaler que la moyenne de la part de la commande publique dans le PIB au niveau des pays membres de l'Union Européenne est de l'ordre de 11%⁵⁶

IV - SPECIFICITES DU DROIT DES MARCHES PUBLICS EN ALGERIE

Un droit d'origine réglementaire

Le droit des marchés publics en Algérie est un droit essentiellement d'origine réglementaire. En effet, la constitution de 1996 ainsi que les précédentes (1976 et 1989) ne font pas figurer explicitement la matière des marchés publics parmi la compétence du législateur⁵⁷.

Cependant, avec l'importance de plus en plus accordée à celle-ci et le développement du juridisme autour d'elle, bien des raisons militent en faveur de sa constitutionnalisation. En effet, de nombreuses dispositions contenues dans les textes de lois concernent de près les marchés publics. Nous citerons dans ce sens et à titre indicatif :

- le Code Civil⁵⁸ (prévoyant les conditions de formation et de validité du contrat applicables aussi au marché public) ;

51 Les autorisations de programme sont de l'ordre de 1495 milliards de dinars.

52 Le taux n'intègre pas les dépenses d'équipement effectuées par les collectivités locales sur leurs propres budgets.

53 Ce taux n'intègre pas la part de la dépense publique réservée au financement de l'économie (dépenses en capital).

54 Chiffre consolidé par la loi de finances complémentaire 2005.

55 Rapport de présentation de la loi de finances pour l'année 2005

56 Recommandations du conseil européen du 21 juin 2002 relatives aux grandes orientations des politiques économiques.

57 Ordonnance n° 67.90 fait exception à cette règle et ce, en l'absence d'un cadre constitutionnel à cette époque.

58 Ordonnance n° 75.58 du 26 septembre 1975 modifiée et complétée.

-
- le nouveau Code Pénal ⁵⁹ (prévoyant le délit d'octroi d'avantages injustifiés dans les marchés publics) ;
 - la loi relative aux assurances ⁶⁰ (prévoyant les assurances obligatoires dans le domaine de la construction) ;
 - l'Ordonnance relative à la concurrence ⁶¹ (prohibant les pratiques anti-concurrentielles : concentration, entente, abus de position dominante ...) ;
 - la Loi n° 84-17 du 07 juillet 1984 relative aux lois de finances et la loi n° 90-21 du 15 août 1990 relative à la comptabilité publique (définissant les principes et les règles comptables applicables aux marchés publics) ;
 - l'Ordonnance n° 96-22 du 09 juillet 1996 relative à la répression des infractions à la législation et à la réglementation des changes et des mouvement de capitaux de et vers l'étranger (prévoyant l'exclusion judiciaire des marchés publics en cas de transgression des dispositions de cette ordonnance par les personnes morales) ;
 - la Loi sur les relations de travail ⁶² (prévoyant les conditions de travail notamment l'emploi des étrangers et réprimant le travail clandestin ...) ;
 - l'Ordonnance relative à la Cour des comptes ⁶³ (prévoyant des sanctions en cas de non observation des règles de la discipline budgétaire et financière notamment celles relatives au code des marchés publics) ;
 - le Code des Taxes sur le Chiffre d'Affaires (interdisant aux auteurs de fraudes fiscales de soumissionner dans le cadre des marchés publics. (dispositions de l'Ordonnance n° 96-31 du 30 décembre 1996 portant loi de finances pour l'année 1997) ;
 - la loi anti-corruption qui sera débattue prochainement au Sénat qui prévoit d'importantes dispositions sur les marchés publics dans le cadre de la transparence de la vie économique et de la lutte contre la corruption.

En tout état de cause, la prochaine échéance relative à la révision constitutionnelle apportera sans doute des éclairages sur cette question à la lumière de l'évolution positive de cette matière aux plans interne et international.

59 Loi n° 01.09 du 26 juin 2001 modifiant et complétant l'ordonnance n° 66.156 portant code pénal.

60 Ordonnance n° 95-07 du 25 janvier 1995.

61 Ordonnance n° 03.03 du 19 juillet 2003.

62 Loi n° 90.11 du 21 avril 1990

63 Ordonnance n° 95.20 du 17 juillet 1995.

2 - Un droit d'inspiration française

De par les liens historiques, le droit des marchés publics algérien est profondément d'inspiration française. En effet, le cadre actuel régissant les marchés publics reste largement influencé par le cadre ayant précédé la réforme française de 1976⁶⁴.

Les modifications et aménagements introduits dans le cadre des différentes réformes examinées dans le chapitre précédent en vue d'adapter la matière des marchés publics à la réalité socio-économique du pays n'ont pas eu pour effet de bouleverser la structure et le cadre théorique de passation et d'exécution des contrats administratifs hérités du cadre français. Le Décret Présidentiel n° 02.250 n'est en réalité que le fruit de l'empilement des réformes successives entamées depuis l'Ordonnance 1967.

3 - Un droit influencé par les tendances universelles

Depuis, l'amorce de la réforme économique en 1988 s'inscrivant dans le cadre de l'ouverture à l'économie de marché, la réglementation des marchés publics a été guidée par le souci d'harmonisation de ses règles non seulement pour être en adéquation avec le nouveau mode de gestion économique mais aussi en vue de se conformer aux principes universels applicables en la matière notamment en prévision de l'adhésion de l'Algérie à l'OMC et de l'accord d'association avec l'Union européenne⁶⁵.

Eu égard à cette situation, la réglementation actuelle reste, dans l'ensemble, caractérisée par une certaine rigidité dominée par l'idée de maintenir un formalisme protecteur des deniers publics au détriment, parfois, de l'efficacité des opérations.

Dans ce contexte, la réforme de 2002⁶⁶ a introduit d'importantes modifications qui sont en cohérence avec les bonnes pratiques universellement reconnues dans le domaine des marchés publics. Les principales modifications apportées précisément dans ce sens se déclinent comme suit :

64 Le cadre français a été profondément remanié à plusieurs reprises. Les deux dernières réformes en date sont successivement celles du 07 mars 2001 et du 07 janvier 2004.

65 Entré en vigueur le 01 septembre 2005.

66 Conçue à la lumière de la stratégie de réforme des marchés publics fixée dans le cadre de la conférence « sur la réforme des marchés publics en Afrique » qui a eu lieu à Abidjan du 3 novembre au 04 décembre 1998, organisée conjointement par la Banque Africaine de développement, le Centre du Commerce International la CNUCED / OMC, le PNUD et la Banque Mondiale.

-
- * Renforcement de la transparence des procédures de passation par :
 - la confirmation de la primauté de l'appel d'offres par rapport au gré à gré ;
 - l'obligation d'intégrer les critères de choix et leur pondération dans le dossier d'appel d'offres ;
 - l'obligation de publier l'avis d'attribution provisoire du marché par voie de presse en précisant les éléments ayant concouru au choix du candidat ;
 - la transparence totale dans le cadre de l'ouverture des plis.
 - * Institution de la possibilité d'introduire un recours précontractuel auprès de la commission des marchés compétente⁶⁷.
 - * Interdiction d'ouvrir des négociations après ouverture des plis et durant tout le processus d'évaluation des offres pour choisir le partenaire cocontractant⁶⁸.
 - * Introduction d'une marge de préférence nationale de 15% accordée au produit d'origine algérien. En dehors de cette marge, aucune autre considération ne peut entamer l'égalité des chances entre les candidats soumissionnaires.
 - * Ouverture des marchés publics à la PME par le biais de la sous-traitance et par la possibilité offerte aux services contractants de fractionner, sous certaines conditions, la prestation contractuelle en lots séparés.

4 - Un droit incomplet

Depuis l'indépendance, la règle du jeu régissant le système des marchés publics a constamment fait l'objet d'une consécration juridique par des textes à caractère législatif ou réglementaire comme développé précédemment⁶⁹. Cependant, le cadre contractuel sensé être organisé

67 Cette disposition est appelée à être renforcée dans le cadre de la révision du Décret Présidentiel n° 02-250 dont l'avant projet est actuellement en préparation, par l'institution du référé précontractuel qui permettra à tout soumissionnaire d'aller contester la procédure ou les conditions de passation d'un marché en justice s'il considère qu'il y'a insuffisance de concurrence ou absence de transparence dans les opérations de lancement et de passation.

68 La pratique des négociations après ouverture consiste à exiger un rabais sur l'offre financière ou carrément négocier des mesures d'accompagnement qui, souvent, n'ont rien à voir avec l'objet du marché. Cette façon de contourner les règles de concurrence se pose en porte-à-faux avec les dispositions d'ordre public contenues dans l'Ordonnance n° 03.03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence et dans la réglementation des marchés publics. Cet état de fait a eu pour conséquence de ternir l'image de marque de l'acheteur public algérien aux yeux de certaines entreprises étrangères.

69 Il s'agit de l'Ordonnance n° 67-90, du Décret n° 82-145, du Décret Exécutif n° 91-434 et du Décret Présidentiel n° 02-250.

autour de la notion des cahiers des charges (document complémentaire des marchés publics), souffre d'un vide juridique flagrant, sachant que ces cahiers font partie de la définition même d'un marché public. L'article 8 «in fine» du Décret Présidentiel n° 02-250 précise bien que « les cahiers des charges sont des éléments constitutifs » d'un marché public. Ils font, par conséquent partie intégrante du droit des marchés publics dans la mesure où c'est eux qui précisent les conditions dans lesquelles les marchés sont passés et exécutés.

Les cahiers des charges des marchés publics sont énumérés à l'article 9 du décret à savoir :

Les CCAG applicables à tous les marchés de travaux, de fournitures, d'études et de services dont l'approbation est prévue par arrêtés interministériels

Les 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 dont l'approbation est prévue par arrêté du ministre concerné ;

les cahiers des prescriptions spéciales qui fixent les clauses administratives particulières propres à chaque marché.

Conformément aux dispositions du même article cité plus haut, lesdits cahiers devaient une fois publiés être périodiquement mis à jour.

En dépit de l'obligation clairement énoncée de faire approuver les CCAG et les CPC, et ce, depuis la promulgation de l'Ordonnance de 1967 portant code des marchés publics, ces derniers n'arrivent pas encore à voir le jour. Ce statut quo fait du droit des marchés publics en Algérie un droit incomplet du fait qu'il est privé des éléments constitutifs qui forment la charte contractuelle d'un marché public.

Par conséquent toute référence à un CCAG ou à un CPC relève de l'abstrait du fait de l'inexistence de base juridique en la matière ⁷⁰

Il sied de signaler qu'en l'absence des CCAG approuvés en la forme prévue dans la réglementation des marchés publics, les services contractants font systématiquement référence au CCAG travaux de 1964, alors que sur le plan juridique, ce cahier est complètement caduc du fait qu'il fait référence à la réglementation coloniale abrogée définitivement par l'article 165 de l'ordonnance de 1967.

De plus, le CCAG travaux de 1964 renferme beaucoup de dispositions qui sont en contradiction avec la RMP en vigueur notamment en matière de

⁷⁰ Il semblerait que le ministère des travaux publics dispose de son propre CPC sectoriel mais celui-ci n'a pas fait l'objet d'approbation par arrêté interministériel ce qui le vide de toute valeur juridique.

passation, de règlement des litiges, d'actualisation et de révision de prix, d'octroi d'avance et de cautionnement bancaire ⁷¹.

5 - Inadaptation du cadre institutionnel

En vertu des dispositions du Décret Présidentiel n°02-250, la Commission Nationale des Marchés (CNM.) est l'organe institutionnel qui a la charge, à la fois, de superviser et de promouvoir la matière des marchés publics en Algérie.

A ce titre, elle assure une triple mission à savoir :

* Participation à l'élaboration de la réglementation des marchés publics

La CNM est habilitée à proposer aux autorités concernées toute mesure nécessaire à l'amélioration du processus d'élaboration, de passation et d'exécution des marchés publics. Elle est chargée, en outre d'examiner en séance plénière, en section ou en sous commission, les projets de CCAG, de CPC et de tout formulaire, modèle et document type préalablement à leur approbation par les autorités compétentes.

En matière de révision des prix, elle exerce un droit de regard sur les projets d'homologation des indices de salaires et matières. La réglementation ne précise pas, toutefois, la valeur juridique des avis rendus dans ce sens par la CNM.

En somme, la CNM est le seul organe autorisé à interpréter et à commenter les dispositions de la RMP notamment à l'occasion des saisines officielles par les services contractants pour apporter des éclairages sur des points de droits soulevés ou des réponses aux difficultés d'application de la réglementation des marchés publics.

De plus, la nouvelle réglementation habilite la CNM pour la première fois, à examiner les recours formulés par les partenaires cocontractant en cas de litige avant l'introduction d'une action en contentieux auprès des juridictions administratives.

⁷¹ Pour atténuer le poids de ces contradictions et maintenir le CCAG en tant que document complémentaire d'un marché public, il est souvent recommandé aux services contractants de n'appliquer que les dispositions qui ne sont pas contraires à la réglementation en vigueur. Voir le « guide de gestion des marchés publics » du même auteur publié en 2000 p. 136 à 138.

*** Participation à la programmation et à l'orientation de la commande publique**

Dans le cadre des objectifs de politique économique fixés par le gouvernement, la CNM émet toute recommandation à même de favoriser une meilleure programmation des marchés publics et d'orienter la commande publique vers une utilisation idoine de l'appareil national de production, ce qui est de nature à rationaliser et uniformiser la commande publique.

Il va sans dire que la programmation de la commande publique sous entend nécessairement la disponibilité des données statistiques en la matière ce qui est loin d'être le cas dans l'état actuel des choses⁷².

*** Contrôle externe à priori**

En sus des prérogatives mentionnées ci-dessus, la CNM exerce un contrôle de régularité⁷³ en matière de passation et d'attribution des marchés d'importance nationale dont le montant dépasse les seuils ci-après:

- 250 000 000,00 DA pour les marchés de travaux,
- 100 000 000,00 DA pour les marchés de fournitures,
- 60 000 000,00 DA pour les marchés d'études et de services.

Elle exerce également un contrôle sur tous les avenants qui portent le montant initial au delà des seuils mentionnés supra.

En dépit de l'importance des missions et prérogatives dont elle est investie, la CNM n'a pas les moyens de sa politique.

En effet, si sous l'empire du décret du 07 novembre 1981 portant organisation de l'Administration Centrale du Ministère du Commerce aujourd'hui abrogé, la CNM était dotée véritablement de moyens institutionnels et humains adéquats, organisés autour de la Direction Générale des Marchés Publics⁷⁴ qui employait une trentaine de cadres ayant le profil de juristes ou d'économistes. Il n'en est pas, du tout, le cas aujourd'hui.

72 Voir le point IV.6 relatif à l'absence d'informations économiques sur les marchés publics.

73 Le contrôle joue le rôle de garde fou notamment dans le cadre de la formalisation des marchés publics. Il constitue, en fait, le garant de la conformité des procédures de passation à la réglementation en vigueur.

74 La D.G.M.P. était composée de deux directions subdivisées en sous directions. Ces structures se relayaient pour assurer le secrétariat de la C.N.M. en fonction du domaine de compétence de chacune d'elle. De ce fait, tous les travaux de la C.N.M. étaient préparés en amont par toute une organisation bien structurée.

Actuellement la CNM est présidée par le Directeur de la Réglementation et du Contrôle (DRC) qui est le représentant du ministre des finances. Quant au secrétariat, il est assuré par la sous direction des marchés publics (DRC/DGB). Le règlement intérieur de la CNM institue deux sections⁷⁵ (section juridique et section économique et technique) composées des membres de la CNM.

Telle qu'elle est organisée actuellement, la CNM n'arrive pas à assumer pleinement les prérogatives qui lui sont conférées par le Décret Présidentiel n° 02-250 notamment en matière de programmation et d'orientation de la commande publique et de la promotion du droit des marchés publics.

Sa mission est, en grande partie, confinée dans l'approbation des cahiers des charges avant le lancement des appels d'offres des marchés relevant de sa compétence, l'examen des marchés publics y afférents dans le cadre du contrôle externe a priori et l'étude des recours introduits par les entreprises lors de la passation⁷⁶ et de l'exécution des marchés.

La réorganisation projetée des structures du Ministère des Finances promet une certaine réhabilitation des organes et institutions en charge de la matière des marchés publics, dans la mesure où il est question d'ériger l'actuelle Sous Direction des marchés publics en Direction centrale dotée de moyens juridique, matériel et humain pour servir de soutien aux travaux et activités de la CNM.

Cette approche visant à redynamiser les cadres réglementaire et contractuel des marchés publics est rendue nécessaire par le souci de garantir l'efficacité de la commande publique et par conséquent de la dépense publique notamment dans le cadre du Programme de Consolidation de la Croissance Economique qui mobilisera chaque année jusqu'à 2009⁷⁷ une enveloppe financière avoisinant les douze (12) milliards de dollars.

6 - Absence d'informations économiques sur les marchés publics

En dépit de l'importance des marchés publics et de leur poids considérable dans l'économie nationale, la RMP ne prévoit aucune procédure visant à rendre disponible une information statistique propre au domaine des marchés publics.

La seule disposition qui prévoit un instrument susceptible de favoriser la disponibilité de l'information sur les marchés publics est précisée à l'article 113 de la RMP. Ce dernier fait obligation à tous les services

⁷⁵ Arrêté ministériel (finances) n°332 de décembre 2002 portant règlement intérieur de la CNM.

⁷⁶ En ce qui concerne les marchés relevant de sa compétence.

⁷⁷ Rapport de présentation de la loi de finances pour l'année 2005, ministère des finances.

contractants, dans le cadre du contrôle hiérarchique, d'adresser à l'autorité de tutelle et à la commission des marchés compétente, à la réception définitive de tout projet, un rapport d'évaluation précisant les conditions de réalisation de l'ouvrage et son coût définitif par rapport à l'objectif initial. Il doit permettre notamment à la hiérarchie de vérifier la conformité des marchés passés par les organismes sous tutelle aux objectifs d'efficacité et d'économie et aux priorités du secteur. Mais dans les faits, ces rapports sont rarement établis par les services contractants et encore moins réclamés par les administrations de tutelle.

Du point de vue institutionnel, l'absence d'informations économiques sur les marchés publics en Algérie a été aggravée par la suppression en 1985⁷⁸ de la Direction Générale des Marchés Publics (DGMP) au niveau du Ministère du Commerce⁷⁹ qui avait pour mission principale la programmation de la commande publique, la coordination entre les différents opérateurs publics et le contrôle de la passation des marchés publics⁸⁰.

Le recensement économique des marchés publics est devenu un facteur de transparence de la vie économique de plus en plus exigé notamment dans le cadre des règles de l'OMC. Il permet d'avoir des informations précieuses sur l'étendue et le volume des marchés passés par les différents services contractants, sur l'origine des fonds alloués au financement de la commande publique, sur la répartition des entreprises⁸¹ et des secteurs d'activités, sur le degré de concurrence dans les marchés publics (nombre de marchés conclus suivant la procédure d'appel d'offres et du gré à gré ...)

Par ailleurs, l'existence de cette statistique a pour vocation, d'une part, d'éclairer les pouvoirs publics pour prendre des mesures de politique économique plus adéquates et d'autre part d'informer l'opinion publique sur la manière avec laquelle sont gérés les fonds publics.

Le recensement économique s'avère également un atout incontestable dans la lutte anticorruption dans la mesure où l'information sur les entreprises est largement diffusée exerçant sur celles-ci un effet très dissuasif. Ce dernier souci est en quelque sorte, à l'origine de la création des observatoires économiques de l'achat public qui captent les grandes tendances de la commande publique et qui filtrent les diverses informations

78 Intervenu par décret du 21 mai 1985 portant organisation de l'administration du ministère du commerce.

79 Cette Direction Générale était constituée de deux directions : la Direction de la Programmation et de la Réglementation des Marchés Publics et la Direction de la Coordination et du Contrôle de la Passation des Marchés Publics. Les deux directions sont composées, à leur tour, de sous directions.

80 La DGMP a été reléguée en sous direction des marchés publics au niveau de la Direction de la Réglementation et Contrôle (DGB ministère des finances).

81 Degré de participation de la PME à la commande publique.

sur les marchés publics en vue d'une meilleure fiabilité des données statistiques en la matière.

V - VALEUR ET FORCE OBLIGATOIRE DES DISPOSITIONS DE LA RMP

La réglementation des marchés publics est une branche du droit administratif qui englobe l'ensemble des dispositions applicables aux administrations à l'occasion de la conclusion par celles-ci de contrats avec les tiers.

Les contrats administratifs sont soumis donc à une réglementation spécifique contenant la « clause exorbitante » du droit commun c'est-à-dire celle qu'on ne retrouve pas d'habitude dans les contrats de droit privé soumis aux dispositions du code civil.

Ces clauses exorbitantes trouvent leur raison d'être et leur fondement dans le principe sacro-saint du service public et de l'intérêt général qui échoit à l'administration en tant que puissance publique jouissant de pouvoirs inaliénables.

C'est précisément cette spécificité qui confère au droit des marchés publics sa force obligatoire d'où la notion d'ordre public applicable au marché public⁸².

1- L'ordre public des marchés publics

En effet, il existe bien des dispositions de la RMP qui sont considérées comme étant des règles impératives non susceptibles de dérogations conventionnelles. Celles-ci peuvent être résumées sommairement comme suit :

Dispositions d'ordre public en matière de conclusion du marché

Un marché public doit être impérativement conclu par une autorité compétente c'est à dire dûment habilitée à engager la collectivité publique. L'article 07 de la RMP énumère les personnes pouvant signer les marchés publics. Il précise que ces derniers ne sont valables et définitifs qu'après leur approbation par qui de droit.

⁸² Cela ne signifie pas que les dispositions prévues dans le code civil ne s'appliquent pas au marché public. Elles s'appliquent subsidiairement, ce qui est d'ailleurs rappelé implicitement dans l'article 1er du décret présidentiel n° 02-250, modifié et complété.

La non observation de cette règle entraîne la nullité du marché prononcée par le juge administratif, et ce, sans préjudice des poursuites pénales.

Dispositions d'ordre public en matière de passation des marchés

Les procédures de passation prévues dans la RMP visent à garantir l'efficacité de la commande publique par, notamment, le strict respect des principes relatifs à l'égalité du traitement, au libre accès et à la transparence des procédures. La transgression des ces principes entraîne de lourde responsabilité. La jurisprudence administrative est constante sur le caractère obligatoire des règles de passation des marchés publics. Celles-ci sont, précisément, des dispositions d'ordre public par excellence.

Dispositions d'ordre public en matière d'exécution des marchés

Il n'est pas aisé d'inventorier les dispositions d'ordre public relatives à l'exécution des marchés publics ; il est néanmoins reconnu, au plan jurisprudentiel, que certaines règles sont impératives en la matière. L'on peut citer dans ce sens les dispositions relatives au régime des garanties, à la conclusion des avenants, à la réglementation des prix, à la sous-traitance, aux assurances, aux intérêts moratoires

Dispositions d'ordre public en matière de responsabilité

Les deux parties au contrat ne peuvent pas s'exonérer ou limiter leur responsabilité. Le domaine de la responsabilité relève de la compétence de la loi⁸³, ce qui ne doit laisser aucune marge de manœuvre pour les cocontractants. Ainsi, toute clause exonératoire est considérée comme étant illicite.

Il serait bien difficile de dresser une liste exhaustive des dispositions de la RMP qui sont d'ordre public⁸⁴. C'est au juge administratif qui à la faculté juridique d'apprécier, lorsqu'un contentieux survient, le caractère licite ou illicite d'un accord de volontés.

Toutefois, il existe bien des indices permettant de reconnaître, plus ou moins, les dispositions impératives auxquelles nul ne peut y déroger. Ces indices peuvent être résumés comme suit :

⁸³ Responsabilité civile, pénale....

⁸⁴ Généralement les dispositions relatives aux règles de passation, à la sous-traitance, à la réglementation des prix, au cautionnement bancaire, aux assurances... sont des dispositions d'ordre public.

- L'existence de textes pénalement sanctionnés

Certains textes à caractère législatif comportent des sanctions en cas d'inobservation des règles d'ordre publics c'est le cas par exemple du code des Taxes sur le Chiffre d'Affaires qui interdit l'accès aux marchés publics en cas de fraudes fiscales et de la législation sur les opérations de changes prévoyant l'exclusion judiciaire des marchés publics en cas de non observation de ladite législation...

- Le niveau hiérarchique du texte

Généralement les textes les plus élevés dans la hiérarchie des normes juridiques comportent plus de dispositions d'ordre public que les textes de niveau inférieur (la constitution, la loi organique, la loi tout court, l'ordonnance, le décret présidentiel, le décret exécutif, l'arrêté interministériel l'arrêté ministériel...).

- Textes d'application immédiate

Lorsque des circonstances particulières surviennent, des textes ayant un caractère urgent et immédiat sont pris par les autorités compétentes en vue d'apporter les solutions adéquates et les correctifs nécessaires au bon fonctionnement du service public. Ces textes bien qu'ils soient du ressort réglementaire (instructions, circulaires...) comportent, néanmoins, des dispositions d'ordre public.

- Textes disposant sur la nullité des conventions contraires

Lorsqu'un texte édicte la nullité d'une convention contraire à une disposition impérative ou prévoit carrément des sanctions pénales en la matière cela signifie simplement qu'il est d'ordre public.

- Méconnaissance sanctionnée par le juge

Les décisions du juge administratif portant sur la nullité relative ou absolue des marchés publics donnent généralement des éclairages précis sur le caractère impératif et obligatoire des dispositions ayant servi de fondement à l'annulation.

- Formulation du texte

Généralement, la lecture des dispositions juridiques permet de savoir si celles-ci sont obligatoires ou non et ce, en fonction de leur formulation.

Ainsi, l'utilisation de l'impératif renseigne souvent du caractère obligatoire de la norme juridique⁸⁵

2 - Les risques encourus

Les règles relatives à la passation et à l'exécution des marchés contenues dans la RMP ont pour finalité la réalisation de l'intérêt général et le bon emploi des fonds publics. Le non respect de ces règles, aussi bien par l'administration que par l'entreprise, entraîne des responsabilités pouvant déboucher sur des sanctions plus ou moins lourdes en fonction de la gravité des irrégularités et des infractions commises.

Les sanctions prévues dans la législation en vigueur dans le domaine des marchés publics peuvent être prononcées par les instances ci-après :

*** Au niveau de la Juridiction administrative**

Il est utile de signaler que le juge administratif assure l'essentiel du contrôle juridictionnel dans le domaine des marchés publics⁸⁶. En effet, le juge administratif, en cas de recours, peut être amené à sanctionner l'inobservation des dispositions d'ordre public relatives aux marchés publics notamment en matière de passation et ce, de deux manières : soit, il prononce une nullité relative c'est-à-dire une nullité partielle qui n'affecte que les actes entachés d'irrégularité, soit une nullité absolue, dans ce cas c'est tout le marché qui est annulé vu les graves manquements relevés notamment dans le cas du non respect de la concurrence et de la transparence dans les opérations de lancement du marché public.

Le juge administratif peut également accorder des dommages- intérêts dans le cas où l'entreprise injustement évincée présente la preuve, au vu des critères contenus dans le dossier de consultation, qu'elle avait réellement la chance de remporter le marché⁸⁷.

85 Ci-après quelques exemples : art. 22: « la procédure du gré à gré est une règle de passation de contrat exceptionnelle, qui ne peut être retenue que dans les cas énumérés à l'article 37 du présent décret » ; art. 36 : « le service contractant doit motiver son choix... » ; art.39: « le recours à la publicité par voie de presse est obligatoire dans les cas suivant... » ; art.48 : « aucune négociation n'est autorisée avec les soumissionnaire après l'ouverture des plis... ».

86 Encore faut-il noter que dans le droit algérien, le wali (préfet) exerce aussi un contrôle de légalité sur les délibérations des assemblées communales portant approbation des marchés. En effet, en cas d'irrégularité constatée dans la passation, le wali peut par décision (arrêté) prononcer l'annulation de la délibération entachée d'irrégularité. A charge pour le Président de l'Assemblée Populaire Communale d'attaquer la décision du wali en annulation auprès de la chambre administrative régionale compétente (les tribunaux administratifs prévus dans les textes n'étant pas mis en place à ce jour).

87 En Algérie, les entreprises n'usent pas généralement de ce droit de peur d'être définitivement écartées dans les futurs appels d'offres.

*** Au niveau du Conseil de la Concurrence**

Le conseil de concurrence réprime les comportements des entreprises visant à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence dans le domaine des marchés publics. En effet, l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence énumère les pratiques anticoncurrentielles susceptibles de sanctions telles que les ententes illicites entre entreprises, la concentration illégale et l'abus de positions dominantes ou monopolistiques⁸⁸ et le dumping...

Les sanctions pécuniaires que peut infliger le Conseil de la concurrence peuvent atteindre 7 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en Algérie au cours du dernier exercice clos par les entreprises mises en cause⁸⁹.

*** Au niveau des juridictions financières**

La Cour des comptes et les Chambres Territoriales peuvent à l'occasion du contrôle de la gestion des comptables publics sanctionner le manquement aux dispositions d'ordre public prévues dans la réglementation des marchés publics.

La responsabilité des comptables publics peut être mise en jeu à l'occasion de l'apurement de leurs comptes de gestion. Quant aux ordonnateurs ils sont justiciables auprès de la Chambre de Discipline Budgétaire et Financière qui sanctionne les irrégularités constatées dans la passation et l'exécution des marchés publics gérés par les services contractants et ce, sur le fondement de l'article 88 alinéa 13 de l'ordonnance 95-20 du 17 juillet 1995 relative à la Cour des comptes. L'amende qui peut être infligée en la matière, en fonction de la gravité de la faute commise, peut atteindre la rémunération annuelle brute allouée à l'agent fautif à la date de la commission de l'infraction.

Dans le cas d'octroi à soi même ou à autrui d'un avantage substantiel injustifié, pécuniaire ou en nature, au détriment de l'Etat ou d'un organisme public, la sanction prévue à l'article 91 de ladite ordonnance est le double de celle mentionnée ci-dessus, et ce, sans préjudice des autres poursuites judiciaires notamment pénales.

⁸⁸ L'article 111 du Décret Présidentiel n°02-250 habilite la Commission d'Analyse des Offres à proposer au service contractant, le rejet de l'offre retenue dans le cas où l'attribution du marché entraînerait une position dominante sur le marché ou fausserait le jeu de la concurrence.

⁸⁹ Articles 56 et 61 de ladite ordonnance.

*** Au niveau de la juridiction pénale**

Le nouveau code pénal prévoit un dispositif répressif visant à mettre un terme aux dérives constatées dans la passation des marchés publics (domaine privilégié de la délinquance économique et financière). Ce dispositif est renforcé par l'institution d'un nouveau délit d'octroi d'avantages injustifiés.

En effet, au terme de l'article 128 bis de la loi n° 01-09 du 26 juin 2001 modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-156 du 08 juin 1966 portant code pénal, sont punis d'un emprisonnement de deux (02) à dix (10) ans et d'une amende de 500.000 DA à 5.000.000 DA :

- toute personne agissant pour le compte d'un organisme public vise ou révisé un marché ou un avenant en violation des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur, en vue de procurer à autrui un avantage injustifié.

- toute personne qui met à profit l'autorité ou l'influence des agents des organismes publics en vue de majorer les prix ou modifier la qualité des prestations ou les délais de réalisation.

L'article 128 bis¹ prévoit, quant à lui, une peine de réclusion de cinq (05) à vingt (20) ans et d'une amende de 100.000 DA à 5.000.000 DA, à toute personne qui perçoit ou tente de percevoir, à l'occasion de la passation et de l'exécution d'un marché, à son profit au profit d'un tiers une rémunération ou un avantage quelconque.

En sus des peines citées ci-dessus, le code pénal prévoit d'autres sanctions notamment en cas de corruption active ou passive, de trafic d'influence, d'abus de biens sociaux, de faux et usage de faux. Ces dernières font aussi partie de l'arsenal répressif dans le domaine des marchés publics.

VI - LES NOUVEAUX DEFIS DES MARCHES PUBLICS EN ALGERIE

1- Marchés publics et développement durable

Depuis le sommet de la terre de Rio (Brésil) en 1992 qui a tiré la sonnette d'alarme sur les dangers qui guettent la planète en raison des dégradations avancées affectant directement l'environnement, la communauté internationale a pris conscience de la gravité de la situation et par conséquent de la nécessité d'adopter des mesures concrètes en vue de mettre en place une véritable stratégie visant à limiter les dégâts à court terme⁹⁰ et asseoir une politique de développement qui concilie développement économique

⁹⁰ Réduction de l'émission des gaz à effet de serre notamment les CFC.

proprement dit, équité sociale et protection de l'environnement. Cette analyse d'interface, consistant à intégrer les trois dimensions dans une démarche cohérente, a donné naissance à la notion du « développement durable ». Désormais, la croissance économique doit avoir un visage humain et ne doit pas se faire au détriment des espaces naturels.

En Algérie, la volonté d'intégrer l'environnement dans les projets de développement s'est exprimée à travers plusieurs textes législatifs particulièrement la loi n°03-10 du 19 juillet 2003 relative à la protection de l'environnement dans le cadre du développement durable, la loi n°01-20 du 12 décembre 2001 relative à l'aménagement et au développement durable du territoire et la loi n° 03-01 du 17 février 2003 relative au développement durable du tourisme... .

La loi n°03-10 dispose que la protection de l'environnement dans le cadre du développement durable vise comme objectif, entre autres, la promotion et l'utilisation écologique et rationnelle des ressources naturelles disponibles, ainsi que l'usage de technologies plus propres. La même loi confie au Ministère chargé de l'Environnement le soin d'élaborer un Plan National d'Action Environnementale et de Développement Durable valable cinq (05) ans.

En outre, cette loi soumet les projets de développement,⁹¹ ayant des incidences directes ou indirectes, immédiates ou ultérieures sur le cadre naturel⁹², à une étude ou notice d'impact sur l'environnement en fonction de leur importance.

En dépit de l'intérêt accordé à la protection de l'environnement dans le cadre des projets de développement, la réglementation des marchés publics reste relativement muette sur cette question en ce sens que le Décret présidentiel n° 02-250 ne comporte pas de dispositions expresses sur la prise en compte de la dimension environnementale dans les marchés publics.

Une telle orientation aurait incité, les services contractants à l'échelle nationale d'avoir des repères en la matière et de mener, par conséquent, un véritable dirigisme écologique en invitant les entreprises, à travers les cahiers des charges des appels d'offres, à choisir les procédés technologiques non polluant ou à adopter des techniques de réalisation qui n'affectent pas le cadre naturel et l'aspect paysager.

En somme, c'est toute la question de l'environnement dans la commande publique qui reste à définir dans la réglementation des marchés publics

91 Infrastructures, installations fixes, ouvrages d'art, constructions, travaux d'aménagement, usines....

92 Il s'agit, entre autres, des espèces, ressources, milieux et espaces naturels, les équilibres écologiques et la qualité de vie du citoyen... .

en vue d'impulser une dynamique environnementale guidée par une administration éco-responsable.

2 - Marchés publics et lutte contre la corruption

Il n'est nul besoin d'être spécialiste des marchés publics pour percevoir que le domaine de la commande publique constitue un terreau propice où pullulent les phénomènes de corruption. Cela s'explique par l'ampleur des sommes mises en jeu dans le cadre, notamment, de la conclusion des gros marchés.

Ce phénomène universel, occupe depuis plus d'une décennie, le devant de la scène internationale⁹³ et figure parmi les préoccupations des gouvernements, de la société civile, des institutions internationales, et des Organisations Non Gouvernementales. La corruption exerce un effet pervers sur l'économie et sur tous les rouages de la société

L'éclosion de la volonté politique, en Algérie, en vue d'endiguer ce phénomène a été exprimée par la création en 1996⁹⁴ de l'Observation Nationale de Surveillance et de Prévention de la Corruption. Ce dernier avait pour mission de mettre en place une stratégie de lutte contre la corruption et de signaler aux pouvoirs publics les délinquances économiques et financières. Cependant l'existence de cet observatoire n'était qu'éphémère. Il a été supprimé en 1999 pour être repris avec force dans le cadre de la loi anti-corruption.

Cette loi qui a déjà fait l'objet d'un premier examen au niveau de l'Assemblée Populaire Nationale rentre dans le cadre de la mise en place des instruments énoncés par la convention de lutte contre la corruption signée par l'Algérie en décembre 2001 au Mexique sous les auspices des Nations unies⁹⁵.

La loi anti-corruption constitue, en fait, un prolongement du dispositif législatif répressif visant à promouvoir la transparence et l'éthique dans la gestion des affaires publiques et dans l'économie en général⁹⁶.

Dans le domaine des marchés publics, la corruption trouve souvent son chemin dans les nombreuses entorses aux règles de concurrence, de transparence et d'égalité de traitement des candidats.

93 Cela s'est manifesté notamment par la création des Observatoires de Lutte Contre la Corruption, Convention de l'OCDE sur la lutte anti-corruption, rapports sur le développement dans le monde de 1996 et 1997 de la Banque Mondiale, différentes actions de « transparence internationale ».

94 Sous le règne du Président Liamine Zeroual.

95 Le projet de loi anti-corruption a été précédé par la création d'un groupe de travail chargé de réfléchir et d'arrêter les termes de références en la matière.

96 Le premier texte qui a été adopté, dans ce sens, est la loi du 06 février 2005 portant sur le blanchiment d'argent et le financement du tourisme.

Dans ce contexte, des pots-de-vin sont versés pour obtenir des informations confidentielles en vue d'être sélectionné sans remplir les conditions minimales requises.

Les tentatives de détournement des règles de concurrence favorisant la corruption prennent généralement différentes formes à savoir :

- modification des conditions de l'appel d'offres ou non respect des cahiers de charges,
- le recours abusif à l'urgence pour conclure des marchés sans mise en concurrence,
- l'exigence de critères spécifiques pour orienter le choix vers un candidat déterminé à l'avance,
- le recours injustifié au gré à gré (simple ou après consultation),
- fractionnement artificiel d'une prestation homogène en vue d'échapper au seuil de passation,
- le cantonnement derrière un lieu technologique ou un savoir faire spécifique ou un critère géographique en vue de s'affranchir des règles de la concurrence,
- ouverture des négociations après ouverture des plis et exigence de mesures d'accompagnements non prévues dans les cahiers des charges de l'appel d'offres,
- déclaration abusive de l'infructuosité de l'appel d'offres en vue de consulter librement les entreprises dans le cadre de gré à gré après consultation,

3 - Dématérialisation des marchés publics

Depuis l'avènement d'Internet, les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) ne cessent d'occuper un espace de plus en plus croissant dans le domaine des affaires et du commerce⁹⁷. Elles sont, désormais, devenues le vecteur incontournable du développement de toutes les sphères socio-économiques.

Dans ce cadre, les NTIC bénéficient d'un soutien stratégique de la part des Etats et des gouvernements eu égard à leur apport incontestable en tant qu'outil privilégié au service du développement et de la modernisation de la société.

⁹⁷ Selon le rapport DIGIWORLD 2005, 15% du commerce international est dématérialisé. Le marché des NTIC a drainé en 2004 un volume global de 2 530 milliards d'euros.

Dans le domaine des marchés publics, la dématérialisation signifie d'une part, le remplacement des supports matériels (papiers) par des supports immatériels (écrits électroniques) et d'autre part la transmission et l'échange d'information par des moyens de communication informatiques.

La dématérialisation des procédures de passation, offre des avantages certains :

- elle réduit les coûts des formalités procédurales aussi bien pour l'acheteur public que pour l'entreprise cocontractante ;
- elle permet d'améliorer l'efficacité de l'achat public, à la fois, économiquement et du point de vue rapport qualité prix ;
- elle offre l'avantage de faire des gains en terme de temps, vu l'instantanéité de la transmission et de la réception des informations ;
- elle permet d'assurer une large diffusion et de toucher un maximum de candidats. L'accès se fait sur simple clic.

La dématérialisation des procédures de passation en Algérie n'est pas à l'ordre du jour vu que l'usage d'Internet n'est pas encore suffisamment répandu dans la société⁹⁸, et l'informatisation des administrations publiques reste encore un objectif à atteindre.

Par ailleurs, les contraintes d'accès au web sont multiples : absence généralisée du haut débit, manque de point national d'interconnexions pour les fournisseurs d'accès, insuffisance des installations électroniques... .

Toutefois, l'entrée sur le marché algérien du Wi max⁹⁹ permettra de pallier l'insuffisance constatée d'une part et d'autre part d'assurer les liaisons Internet haut débit dans les zones difficilement accessibles, l'Algérie étant un pays vaste dont le Sahara occupe 85% de son territoire.

Ce type d'accès, outre sa rapidité, il offre l'avantage de faire l'économie de l'installation des infrastructures filières.

Si la dématérialisation dans d'autres lieux est justifiée par le souci d'améliorer l'accès¹⁰⁰ des entreprises à la commande publique par le développement de procédures électroniques adéquates, en Algérie, elle est beaucoup plus motivée par la simplification et la réduction des lenteurs

98 L'Algérie enregistre le taux le plus faible dans les pays du Maghreb en terme de pénétration des ordinateurs dans les foyers. Source : rapport de la banque mondiale sur l'Algérie.

99 Worldwide interpretation for Microwave Acces : c'est un outil de transmission de données sans fil l'équivalent de plusieurs centaines de connections ADSL sur un rayon de 50 km..

100 Au Etats Unis d'Amérique la dématérialisation dans les marchés publics a été imposée dès 1993. En Europe le débat sur la question a été amorcé avec force en 1996 dans le cadre de la commission européenne (livre vert).

dans les procédures de passation notamment en matière de publication des avis d'appels à la concurrence¹⁰¹, de retrait des cahiers des charges et de dépôt des offres.

Au plan juridique, la dématérialisation en Algérie reste un véritable défi. L'inexistence d'un commerce électronique et l'absence de textes instituant la validité des supports magnétiques comme moyen de preuve juridique¹⁰² constituent un handicap sérieux au développement de la société de l'information.

101 Le retard accusé dans la publication des avis d'appel d'offres par le BOMOP et surtout par le biais de l'ANEP a toujours été source de problèmes et de désagréments pour le service contractant. L'instruction du chef du gouvernement oblige tous les services contractants à publier les appels d'offres par le biais de l'ANEP. La négociation directe avec les organes de presse pour la publication des appels d'offres étant interdite.

102 Notamment la signature électronique sécurisée.