

**Avis n° 270/03 CM du 11 décembre 2003**  
**Relatif à la demande de dérogation pour la passation d'un marché négocié**

La Commission des Marchés a été sollicité pour examiner la demande émanant du Ministre de l'Intérieur qui sollicite une autorisation pour passer un nouveau marché négocié avec la société ..... titulaire des marchés n° 13 et 13 bis/BGE/2001 relatifs à la fourniture, l'installation et la maintenance d'un système téléphonique avec messagerie électronique au siège central du Ministère de l'Intérieur, non exécutés depuis leur approbation le 18 janvier 2002 du fait que ce département envisage d'abandonner la solution retenue dans les marchés en question (.....) au profit d'une autre solution permettant un passage progressif de la téléphonie classique à la téléphonie sur ....., en précisant que ces modifications ont fait l'objet d'un avenant qui a recueilli un refus de visa de la part du CED.

Les modifications proposées se sont avérées nécessaires selon une étude menée par des experts relevant de .....qui a conclu que la téléphonie sur ....., étant d'une technologie récente, n'est pas totalement maîtrisée et que le passage, sans transition, à cette solution comportait des risques importants en cas de difficultés lors de sa mise en œuvre.

Le département de l'Intérieur justifie la demande d'autorisation de passer un marché négocié par l'urgence de remplacer les équipements du central téléphonique actuel du département qui subissent constamment des perturbations, et par le fait d'éviter d'indemniser la société ..... pour préjudice subi pour cause d'ajournement depuis la date d'approbation des marchés précités.

Cette demande a été examinée par la Commission des Marchés dans sa séance du 3 décembre 2003, à laquelle ont pris part des représentants du département de l'Intérieur, et a recueilli de sa part l'avis suivant :

**1) En ce qui concerne la solution préconisée par le département de l'Intérieur de recourir à la procédure négociée pour éviter d'indemniser le cocontractant**

La procédure négociée est une exception à la règle d'appel public à la concurrence du fait que l'article 69 du décret n° 2.98.482 du 30 décembre 1998 fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'Etat a limitativement énuméré les cas dans lesquels il est permis de recourir à la procédure négociée.

Le cas d'urgence invoqué par le département de l'Intérieur pour passer un marché négocié n'est pas justifié dans la mesure où, en vertu dudit article 69, il faut que l'urgence soit impérieuse et qu'elle soit née de circonstances imprévisibles ne permettant pas, compte tenu des délais prescrits, de recourir à la procédure d'appel d'offres ou de concours.

D'un autre côté, le département de l'Intérieur envisage d'attribuer le marché à la société ..... titulaire des deux marchés en instance d'exécution pour éviter de l'indemniser pour préjudice subi du fait de l'ajournement de l'exécution depuis le 18 janvier 2002. Ce système de compensation des indemnités dues au titre de l'exécution d'un marché par l'attribution directe d'un autre à une même société n'est pas prévu par la réglementation, et en conséquence ne peut être retenu dans le cas d'espèce.

## **2) En ce qui concerne la suite à réserver aux marchés n° 13 et 13 bis/BGE/2001**

Les marchés en cause ont fait l'objet d'un ajournement depuis leur approbation le 18 janvier 2002, de ce fait, les dispositions de l'article 44 du CCAG-T 2002, auquel il est fait référence à l'article 2 des cahiers des prescriptions spéciales afférents auxdits marchés, leur sont applicables.

En vertu dudit article 44 du CCAG-T, en cas d'ajournement du fait de l'administration pour plus d'une année, le titulaire du marché a droit à la résiliation de son marché s'il la demande par écrit et à une indemnité pour préjudice subi dûment constaté par le maître d'ouvrage au vu des documents justificatifs présentés par le titulaire. Toutefois, cette demande, aussi bien de la résiliation que de l'indemnisation, est conditionnée par un délai de forclusion qui doit être observé dans la mesure où ladite demande doit être présentée dans les quarante jours à compter de la date de notification de l'ordre de service prescrivant l'ajournement des prestations.

Dans le cas d'espèce, le département de l'Intérieur envisage, en plus, de conclure avec la même société un nouveau marché pour le même objet, moyennant de nouveaux équipements avec des spécifications

différentes par rapport aux premiers marchés. A cet effet, il y a lieu d'abord de mettre fin aux deux marchés en question qui sont toujours en cours, avant de procéder à la conclusion d'un autre marché.

Pour ce faire, l'article 45 du CCAG-T prévoit que le maître d'ouvrage doit prescrire, par ordre de service, la cessation des prestations, et doit immédiatement résilier le marché. Une indemnité peut être allouée au titulaire du marché si un préjudice est dûment constaté. La demande du titulaire d'indemnisation n'est recevable que si elle est présentée par écrit, dans un délai de quarante jours à dater de la notification de l'ordre de service prescrivant la cessation des prestations.

### **3) Solution proposée par la Commission des Marchés**

Selon les explications fournies, en séance, par le représentant du département de l'Intérieur, en plus de la vétusté du central téléphonique actuel du ministère et de l'état de délabrement des installations téléphoniques existantes, il a soulevé également la question de la confidentialité des communications qui risque de ne plus être assurée compte tenu de l'état actuel des réseaux du département. Cet état de choses, ajoute-t-il, pourrait avoir des répercussions sur la sécurité publique.

Prenant en considération les explications fournies par le représentant du département de l'Intérieur notamment en ce qui concerne les questions de sécurité et se référant aux dispositions de l'article premier du décret n° 2.97.176 du 14 chaâbane 1418 (15 décembre 1997) relatif aux attributions et à l'organisation du ministère de l'Intérieur qui prévoit que le Ministre de l'Intérieur veille au maintien de l'ordre public, la Commission des Marchés émet l'avis suivant :

Le chef d'exception n° 1 de l'article 69 du décret précité n° 2.98.482, qui prévoit la possibilité de passer un marché négocié pour les prestations que les nécessités de la défense nationale ou de la sécurité publique exigent qu'elles soient tenues secrètes, sous réserve d'une autorisation préalable du premier ministre au vu d'un rapport spécial présenté par l'autorité gouvernementale intéressée, peut être retenu dans le cas d'espèce pour passer le marché en question selon la procédure négociée.