

**Avis de la Commission des Marchés n° 329/07  
du 31 décembre 2007 relatif au recours à  
la procédure négociée dans la phase transitoire**

L'avis de la Commission des Marchés a été sollicité pour savoir si un établissement public peut recourir à la procédure négociée en appliquant la réglementation de 1998 et ce suite à un appel d'offres déclaré infructueux après l'entrée en vigueur du décret n° 2.06.388 du 16 moharrem 1428 (5 février 2007) fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'Etat.

La Commission des Marchés a examiné cette question dans sa séance du 5 décembre 2007 et a émis à son égard l'avis suivant :

1) Il convient d'abord de rappeler que le décret n° 2.06.388 du 16 moharrem 1428 (5 février 2007) fixant les conditions et les formes de passation des marchés de l'Etat ainsi que certaines règles relatives à leur gestion et à leur contrôle, comme c'était le cas de l'ancienne réglementation, n'est applicable qu'aux marchés de travaux, fournitures ou services passés pour le compte de l'Etat (article premier).

Tout établissement public est appelé à élaborer son propre règlement de passation des marchés et de le soumettre à l'approbation du Ministre chargé des finances tel que le prévoit l'article 7 de la loi n° 69.00 relative au contrôle financier de l'Etat sur les entreprises publiques et autres organismes. Il peut s'inspirer, pour l'élaboration dudit règlement, de la réglementation de l'Etat en tenant compte des particularités de l'établissement.

Toutefois, en se référant à la réglementation de l'Etat pour la passation de ses marchés, L'établissement public est tenu de l'appliquer en respectant l'esprit et la lettre de ses dispositions telles qu'elles doivent être appliquées par les services de l'Etat.

2) Pour la phase transitoire entre l'ancienne et la nouvelle réglementation, l'article 96 du décret précité n° 2.06.388 prévoit que les procédures d'appel d'offres, de concours ou de marché négocié, lancées avant le premier octobre 2007, date d'entrée en vigueur dudit décret, resteront soumises aux dispositions antérieures du décret abrogé n° 2.98.482 du 30 décembre 1998.

Sous l'égide de l'ancienne réglementation (décret du 30 décembre 1998), le maître d'ouvrage peut, lorsque l'appel d'offres est déclaré infructueux, soit relancer la concurrence, soit passer le marché selon la procédure négociée. Il en est de même pour la réglementation actuellement en vigueur (article 72, I, § 2 du décret précité n° 2.06.388).

3) Dans le cas d'espèce, l'appel d'offres lancé par l'établissement public dans le cadre de l'ancienne réglementation et qui a été déclaré infructueux peut donner lieu à la passation d'un marché négocié.

Cependant, dans la mesure où cette déclaration de l'appel d'offres infructueux a eu lieu postérieurement à la date d'entrée en vigueur du décret précité n° 2.06.388, la procédure négociée, s'il est envisagé d'y recourir, doit être entamée en respectant les conditions prévues par les articles 71 et 72 de la nouvelle réglementation qui exigent, entre autres conditions, une publicité et une mise en concurrence préalables ainsi que l'observation d'un délai de 21 jours entre la date dans laquelle l'appel d'offres a été déclaré infructueux et la date de publication de l'avis de publicité relatif au marché négocié.

\*  
\* \*

Compte tenu de ce qui précède, la Commission des Marchés souligne qu'il est permis de recourir à la procédure négociée suite à un appel d'offres déclaré infructueux lancé aussi bien sous l'égide de l'ancienne réglementation que de la nouvelle. Toutefois, s'il est envisagé de recourir à la procédure négociée, elle doit être lancée dans les conditions prévues par la réglementation actuellement en vigueur ( décret n° 2.06.388 du 16 moharrem 1428 -5 février 2007- qui a abrogé celui de 1998) et si le délai de 21 jours, à observer entre la date dans laquelle l'appel d'offres a été déclaré infructueux et la date de publication de l'avis de publicité relatif au marché négocié, a expiré, il y a lieu de relancer la procédure de l'appel d'offres.

Elle rappelle, par ailleurs, que tout établissement public est appelé à élaborer son propre règlement de passation des marchés.