

Madagascar

**LOI n° 2004 - 009
PORTANT CODE DES MARCHÉS PUBLICS**

EXPOSE DES MOTIFS

Le Gouvernement de la République de Madagascar a adopté au début de l'année 2004, le Document de Stratégie de Réduction de la Pauvreté, appelé communément le DSRP complet.

Renfermant la stratégie et le plan d'actions visant à nous permettre de parvenir à un développement économique rapide et durable et de réduire de moitié en dix ans la pauvreté qui touche encore actuellement près de 80% de la population.

Ce DSRP repose essentiellement sur trois axes principaux que sont :

- la restauration de l'Etat de droit et d'une société pratiquant la bonne gouvernance ;
- la promotion d'une croissance économique à base sociale très élargie et concernant le plus grand nombre ;
- la promotion des systèmes de la sécurisation humaine et matérielle et de protection associant les couches les plus vulnérables de la population.

La réforme comme la modernisation de l'achat dans le secteur public s'inscrit naturellement dans le premier axe stratégique, relatif à la bonne gouvernance. L'un des objectifs globaux vise la lutte contre la corruption, la transparence de la gestion et l'amélioration de la qualité des services rendus.

Par le présent Code, le Gouvernement malgache entend réaffirmer sa volonté politique de s'impliquer de façon responsable dans la pratique de la bonne gouvernance, dont les éléments essentiels sont l'obligation de rendre compte, l'imputabilité, la rigueur, l'allègement, la transparence des procédures et des résultats et l'efficacité.

Ce qui est d'ailleurs souligné à l'article 4 du présent Code qui dispose que : « Quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de libertés d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, d'efficacité et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics... ».

Commencée en l'année 2000, dans le Cadre national de la Réforme et le Renforcement des Organes de Contrôle (CRROC) qui en a jeté les bases par le renforcement des acquis des modifications antérieures, tout en le mettant au diapason de la modernisation, La conception du nouveau Code a été poursuivie dans un cadre plus élargi impliquant la participation, outre celui du Comité National de Pilotage et de Suivi de la Réforme, des partenaires techniques et financiers, qu'était le Country Procurement Assessment Review (CPAR) ou la Revue par Pays des Processus de Passation des Marchés, menée entre décembre 2002 et juin 2003.

Le CPAR a conclu à un éventail de recommandations dont l'essentiel peut se résumer en ces points :

- o élaboration d'un nouveau cadre juridique et réglementaire plus clair, basé sur les pratiques internationales ;
- o renforcement du partenariat avec les opérateurs économiques et préservation des intérêts et des droits de ces derniers par l'institution d'un mécanisme de recours indépendant ;
- o renforcement de la capacité institutionnelle par la professionnalisation de l'achat public tant au sein de l'Administration qu'à celui du secteur privé ;
- o mise en place d'un système de contrôle et introduction du principe d'une Autorité de Régulation des Marchés Publics dont la tâche essentielle sera de suivre, d'assister la passation des marchés et de procéder à l'évaluation et suivi de la performance de l'achat dans le secteur public ;
- o renforcement du dispositif de lutte contre la corruption, incluant les modalités d'application des sanctions.

C'est dire que le présent Code se distingue :

- par son caractère solennel : son adoption par la voie législative doit être perçue sous le triple aspect de la consécration des aspirations de la population à une bonne gouvernance, de la légitimation de l'action publique et du renforcement de la crédibilité de l'Etat tant interne qu'externe ;
- par son caractère d'universalité, en ce qu'il tâche de prendre en compte les réalités nationales, tout en intégrant de nouveaux mécanismes devant nous permettre d'être plus performant dans le contexte de la globalisation des échanges commerciaux aux niveaux international et régional ;
- et enfin, par son caractère systématique, s'agissant d'un document destiné à rassembler l'ensemble du droit des marchés publics malgache dans un texte unique, d'où s'inspireront et découleront les textes d'application, tant dans leur esprit que dans leur lettre. Systématique, il s'est également voulu être simple, clair et d'intelligibilité aisée.

Les principales préoccupations destinées à guider le législateur pour la compréhension du Code sont les suivantes :

- suivre un plan clairement déterminé, définissant les marchés publics, en établissant les principes fondamentaux, en déclinant les acteurs puis le processus de gestion ou l'institution de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, enfin le règlement des différends ;
- capitaliser les acquis des réformes antérieures, notamment la notion de Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP), les seuils de contrôle a priori et a posteriori, ou encore l'établissement de plan de passation de marchés par les services administratifs ;
- prendre en compte les effets de l'autonomie des Collectivités Territoriales Décentralisées, avec toutefois des dispositions particulières d'assistance technique à certaines communes.

Le Code comprend onze titres :

- le Titre Préliminaire définit la notion de marché public suivie d'une énumération des différents types de marchés publics en quatre catégories (travaux, fournitures, services et prestations intellectuelles) et le champ d'application du présent Code ;
- le Titre I énonce les principes généraux et institue l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) ;
- le Titre II énumère les intervenants au niveau du secteur public dans le processus de passation de marché public, tels que la Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP), la Commission d'Appel d'Offres et les Groupements d'Achats Publics ;
- le Titre III énumère les intervenants cocontractants de l'Administration et précise les critères de qualifications, d'exclusion et de candidature des groupements d'entreprises ;
- le Titre IV décrit les procédures de passation des marchés publics, et donne de précision sur le mode de computation des seuils, la publicité et les modes de passation des marchés publics (Appel d'offres ouvert, Appel d'offres ouvert avec pré-qualification, Appel d'offres ouvert en deux étapes, Appel d'offres restreint, Appel d'offres infructueux...) ;
- le Titre V se rapporte à l'exécution proprement dite des marchés publics : il mentionne la forme des marchés publics, l'objet et contenu des marchés publics, les prix des marchés, les garanties, ainsi que les changements en cours d'exécution des marchés publics et les règlement des marchés publics ;
- le Titre VI concerne la résiliation et ajournement des marchés publics ;
- le Titre VII constitue l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) et précise son organisation, son fonctionnement et ses missions ;
- le Titre VIII régit le mode de règlement des litiges et recours ;
- le Titre IX traite de l'Éthique des Marchés Publics ;
- le Titre X concerne les dispositions diverses et finales.

La réforme comme la modernisation du Code de marché s'inscrit dans la durée : elle doit être menée de manière progressive. Les étapes franchies revêtent cependant un caractère irréversible.

L'adoption de ce Code marque le premier pas qui constitue le jalon fondamental dans ce processus de réforme. Suivra la mise en œuvre des textes d'application, en particulier des décrets et arrêtés dont l'annonce est faite dans les articles du présent Code, ainsi que les documents d'appui (Cahiers de Clauses Administratives Générales – (CCAG), Dossier d'Appel d'Offres – (DAO), Cahiers de Clauses Administratives Particulières – (CCAP)...).

Un vaste programme d'Information, d'Education et de Communication pour un Changement de Comportement (IEC/CCC) confortera l'internalisation et l'appropriation de la réforme à tous les niveaux : ordonnateurs et comptables publics, contrôleurs et vérificateurs, universitaires, opérateurs économiques...

Les dispositions du Code entreront en vigueur dès son adoption.

Tel est l'objet de la présente Loi.

REPOBLIKAN'I MADAGASIKARA
Tanindrazana-Fahafahana-Fandrosoana

Loi n° 2004-009
PORTANT CODE DES MARCHES PUBLICS

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté en leurs séances respectivement en date du 16 juin 2004 et du 24 juin 2004, la Loi dont la teneur suit :

TITRE PRELIMINAIRE

Article 1^{er} : La notion de marché public :

Les marchés publics sont des contrats administratifs écrits conclus à titre onéreux avec des personnes publiques, ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 3 du présent Code désignées ci-après sous le terme « Autorité Contractante », pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures, de services ou de prestations intellectuelles.

Les dispositions du présent Code ne sont pas applicables aux conventions de délégation de service public par lesquelles l'Autorité Contractante délègue à une personne physique ou morale la réalisation des prestations de service public, comportant ou non un investissement préalable, lorsque la rémunération du délégataire est principalement constituée par les redevances payées par les usagers de service. Les principes généraux du droit définis par l'article 4 du présent Code et de mise à la concurrence définis aux articles 15 à 21 du présent Code leur sont applicables.

Article 2 : Les différents types de marchés publics :

I - Les marchés de travaux ont pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil.

II - Les marchés de fournitures ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels.

III - Les marchés de services ont pour objet la réalisation de prestations de services.

IV - Les marchés de prestations intellectuelles ont pour objet des prestations à caractère principalement intellectuel dont l'élément prédominant n'est pas physiquement quantifiable. Ils incluent notamment les contrats de maîtrise d'ouvrage déléguée, les contrats de conduite d'opération et les contrats de maîtrise d'œuvre et les services d'assistance informatique.

V - Un marché public relevant d'une des quatre catégories mentionnées ci-dessus peut comporter, à titre accessoire, des éléments relevant d'une autre catégorie. Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des produits à fournir, et inversement.

Article 3 : Champ d'application

I. Les dispositions du présent Code s'appliquent aux marchés conclus par les Autorités Contractantes suivantes :

- l'Etat et ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ;

Sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'Etat le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appliquent les dispositions du présent Code. De même, sauf dispositions contraires, les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également à leurs établissements publics.

Toute entité publique ou privée bénéficiant ou gérant un budget de l'Etat ou d'une collectivité publique ou tout autre financement public.

Toute société à participation majoritaire de l'Etat.

II. Les dispositions du présent Code ne sont pas applicables :

- aux conventions et marchés passés en vertu de la procédure spécifique d'une organisation internationale et aux conventions ou marchés conclus avec des organisations internationales en vue de se procurer des travaux, des fournitures, des services ou des prestations intellectuelles ;
- aux marchés relatifs à des travaux, des fournitures, des services ou des prestations intellectuelles conclus, pour l'application d'un accord international concernant le stationnement de troupes ;
- aux marchés relatifs à des travaux, des fournitures, des services ou des prestations intellectuelles conclus pour l'application d'un accord international passé entre l'Etat Malgache et un ou plusieurs Etats en vue de la réalisation ou de l'exploitation d'un projet ou d'un ouvrage.

III- Les marchés inférieurs à un montant fixé par réglementation d'application qui sont passés par bon de commande ne sont pas soumis à des règles formelles de mise à la concurrence.

TITRE I

PRINCIPES GENERAUX

Article 4 : Principes généraux régissant les marchés publics

Quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, une planification rigoureuse des opérations de mise à la concurrence, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre évaluée la moins disante ou de la proposition évaluée la plus avantageuse. Ces principes généraux sont mis en oeuvre conformément aux règles fixées par le présent Code.

Pour l'application et le respect de ces principes, il est institué une Autorité de Régulation dont les missions et les attributions sont fixées à l'article 54 du présent Code.

TITRE II

DES ORGANES DE L'ACHAT PUBLIC

Article 5 : La Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP)

I. La Personne Responsable des Marchés Publics est la personne habilitée à signer le marché au nom de l'Autorité Contractante. Elle est chargée de conduire la procédure de passation du marché depuis le choix de cette dernière jusqu'à la désignation du titulaire et l'approbation du marché définitif. Une Unité de Gestion de la Passation des Marchés (UGPM) est créée auprès de la Personne Responsable des Marchés Publics à cette fin.

II. En l'absence de délégation spécifique, la Personne Responsable des Marchés Publics est :

- pour l'Etat, le Chef d'Institution ou le Ministre ordonnateur compétent au regard du département ministériel destinataire du marché ;
- pour les Provinces Autonomes, le chef de l'exécutif de la province ;
- pour les régions, le chef de région ;
- pour les communes, le maire ;
- pour les établissements publics, le directeur de l'établissement public.

Pour certaines catégories de communes, à définir par voie réglementaire, des mesures d'assistance technique dans le processus de gestion des marchés publics peuvent être mises en place.

III. La Personne Responsable des Marchés Publics peut déléguer ses pouvoirs à une ou plusieurs Personnes Responsables des Marchés Publics déléguées après accord de l'Autorité Contractante. Des Personnes Responsables des Marchés Publics déléguées spécialisées par secteurs peuvent également être instituées.

Article 6 : Commission d'Appel d'Offres

I. La Commission d'Appel d'Offres est chargée de procéder à l'examen des candidatures et à l'évaluation des offres ou propositions remises.

II. La Commission d'Appel d'Offres est présidée par la Personne Responsable des Marchés Publics qui en désigne les membres.

III. En tant que de besoin, la Personne Responsable des Marchés Publics peut adjoindre à la Commission d'Appel d'Offres la compétence de personnes spécialisées dans le cadre de l'évaluation des offres remises.

IV. La composition, les attributions et les modalités de fonctionnement de la Commission d'Appel d'Offres sont déterminées par voie réglementaire.

Article 7 : Les groupements d'achats publics

I. Des groupements d'achats publics peuvent être constitués par les Autorités Contractantes.

II. Selon l'importance de leurs besoins, un ou plusieurs départements ministériels peuvent être constitués par décret en Conseil de Gouvernement en groupement d'achats publics ou donner lieu à la création d'une cellule d'achats publics.

Pour chaque groupement, un arrêté interministériel désigne les membres représentant les départements ministériels concernés et parmi eux, un chef de file chargé de procéder dans le respect des règles prévues par le présent Code, à l'organisation de l'ensemble des opérations de sélection d'un cocontractant.

L'un des membres représentant du département ministériel peut être habilité à signer avec le titulaire retenu, un marché à hauteur de ses besoins propres tels qu'il les a préalablement déterminés.

III. La Commission d'Appel d'Offres du groupement d'achats est composée des personnes désignées par les membres du groupement. Elle est présidée par la Personne Responsable des Marchés Publics du chef de file.

IV. La Personne Responsable des Marchés Publics du chef de file choisit le cocontractant après avis de la Commission d'Appel d'Offres.

V. La Personne Responsable des Marchés Publics de chaque membre du groupement d'achats, pour ce qui la concerne, signe le marché et s'assure de sa bonne exécution. Le décret pris en Conseil de Gouvernement peut toutefois prévoir que le chef de file sera mandaté pour signer et exécuter le marché au nom de l'ensemble des membres du groupement.

TITRE III

DES CANDIDATURES ET DES OFFRES

Article 8 : Qualifications

I. Tout candidat à un marché public doit démontrer qu'il a la capacité juridique, technique et financière et l'expérience nécessaire pour exécuter les prestations, objet du marché.

II. A l'appui des candidatures, il ne peut être exigé que :

- des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat. La liste de ces renseignements et documents est fixée par voie réglementaire ;
- une attestation sur l'honneur que la situation du candidat est conforme aux prescriptions des alinéas 1 à 5 de l'article 9;

- o une attestation sur l'honneur que le candidat n'a pas fait l'objet, au cours des cinq dernières années, d'une condamnation pour les infractions visées à l'alinéa 6 de l'article 9.

La Personne Responsable des Marchés Publics précise dans le Dossier d'Appel d'Offres les critères de qualification et les renseignements et documents que doit produire le candidat à l'appui de ces critères.

Article 9: Exclusion des marchés publics

Ne sont pas admis à concourir aux marchés publics :

- o les personnes physiques ou morales en état de liquidation judiciaire et les personnes physiques dont la faillite personnelle a été prononcée ;
- o les personnes physiques ou morales admises en règlement judiciaire qui ne peuvent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leur activité. ;
- o les personnes physiques ou morales qui n'ont pas souscrit à leurs obligations fiscales ou para fiscales à la date limite fixée pour le dépôt des offres ;
- o les entreprises dans lesquelles la Personne Responsable des Marchés Publics ou les membres de la Commission d'Appel Offres possèdent des intérêts financiers ou personnels directs de quelque nature que ce soit ;
- o les entreprises affiliées aux prestataires de service ayant contribué à préparer tout ou partie des Dossiers d'Appel d'Offres ou de consultation ;
- o les personnes physiques ou morales qui ont fait l'objet d'exclusion temporaire ou définitive résultant d'une infraction au Code Pénal ou prononcée par l'Autorité de Régulation des Marchés Publics pour atteinte à la réglementation des marchés publics.

Article 10: Candidatures des Groupements d'entreprises

I- Les entreprises peuvent présenter leur candidature, leur offre ou leur proposition sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint. Le groupement est conjoint lorsque, l'opération étant divisée en lots, chacun des prestataires membres du groupement s'engage à exécuter le ou les lots qui sont susceptibles de lui être attribués dans le marché. Le groupement est solidaire lorsque chacun des prestataires membres du groupement est engagé pour la totalité du marché, que l'opération soit ou non divisée en lots.

II- Dans les deux formes de groupement, l'un des prestataires membres du groupement, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis de la Personne Responsable des Marchés Publics, et coordonne les prestations des membres du groupement. Si le marché le prévoit, le mandataire conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard de la personne publique, pour l'exécution du marché.

III- En cas de groupement conjoint, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant et la répartition détaillée des prestations, que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter. En cas de groupement solidaire, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant total du marché et l'ensemble des prestations que les membres du groupement s'engagent solidairement à réaliser.

IV- Les candidatures, les offres et les propositions sont signées soit par l'ensemble des entreprises groupées, soit par le mandataire s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter ces entreprises au stade de la passation du marché. Un même prestataire ne peut pas être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché.

V- Les candidats ne peuvent présenter pour le marché ou un de ses lots plusieurs offres en agissant à la fois en qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements.

Article 11 : Présentation des offres

Les offres sont présentées sous la forme d'un acte d'engagement tel que défini à l'article 30 et établi en un seul original par les candidats aux marchés.

Les offres doivent être signées par les candidats qui les présentent ou par leurs représentants dûment habilités. Une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché.

Article 12 : Critères et modalités de sélection des offres

I. L'offre évaluée la moins disante est déterminée sur la base du prix et, le cas échéant, d'autres critères, tels que les coûts d'utilisation, délai d'exécution, calendrier de paiement et standardisation, qui doivent être énumérés dans le Dossier d'Appel d'Offres (DAO) ou d'invitation et être exprimés en termes monétaires ou sous la forme de critères éliminatoires

II. Les offres comportant une variante par rapport à l'objet du marché tel qu'il a été défini par la Personne Responsable des Marchés Publics sont évaluées sur leur mérite propre quand la possibilité en est prévue au Dossier d'Appel d'offres.

III. La qualification du Candidat qui a présenté l'offre évaluée la moins disante est examinée indépendamment du contenu de son offre, au vu des garanties techniques et professionnelles qu'il a soumises et de sa situation financière en application des dispositions de la section du présent titre.

IV. Lors de la passation d'un marché, une préférence peut être attribuée à l'offre présentée par une entreprise nationale. Cette préférence s'applique exclusivement aux secteurs de l'économie nationale qui font l'objet d'une protection particulière et doit être quantifiée sous forme de pourcentage du montant de l'offre. Un tel pourcentage ne peut en aucun cas excéder dix pour cent. La préférence ne peut être invoquée si elle n'a pas été prévue au Dossier d'Appel d'Offres (DAO).

Article 13 : Offres anormalement basses ou anormalement hautes

Si une offre paraît anormalement basse ou anormalement haute à la Personne Responsable des Marchés Publics, elle peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'elle juge opportunes et vérifié les justifications fournies.

TITRE IV

DES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Section I

SEUILS D'APPLICATION DES PROCEDURES

Article 14 : Mode de computation des seuils

La détermination des seuils est effectuée dans les conditions suivantes quel que soit le nombre de candidats auxquels il est fait appel.

I. En ce qui concerne les travaux, est prise en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une même opération portant sur un ou plusieurs ouvrages. Il y a opération de travaux lorsque la Personne Responsable des Marchés Publics décide de mettre en œuvre dans une période de temps et dans un périmètre délimité un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle ou technique ou économique.

II. En ce qui concerne les fournitures et les services, il est procédé à une estimation sincère de la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent raisonnablement être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle. Pour les marchés d'une durée inférieure ou égale à un an, la valeur totale mentionnée ci-dessus est celle qui correspond aux besoins d'une année.

III. En ce qui concerne les marchés comportant des lots, est prise en compte la valeur estimée de la totalité des lots.

Section II

PUBLICITE

Article 15 : Organisation de la publicité

I. L'Autorité Contractante est tenue de publier chaque année un avis général de passation des marchés recensant la liste de l'ensemble des marchés publics qu'elle prévoit de passer par appel d'offres durant l'exercice budgétaire. Cet avis général de passation est établi conformément à un modèle type fixé par voie réglementaire.

II. Chaque marché public passé par appel d'offres est précédé d'un avis spécifique d'appel public à la concurrence établi conformément à un modèle type fixé par voie réglementaire.

III. Les avis généraux de passation des marchés et les avis spécifiques d'appel public à la concurrence sont insérés à la fois dans un journal spécialisé de l'administration et dans au moins un journal quotidien de grande diffusion. Pour les appels d'offres de portée internationale, les avis spécifiques d'appel public à la concurrence sont également insérés dans un journal à diffusion internationale. La liste des publications considérées comme revêtant au sens du présent article le caractère de journal spécialisé de l'administration, de journal quotidien de grande diffusion, ou de journal à diffusion internationale est fixée par voie réglementaire. Cette liste est mise gratuitement à disposition du public dans toutes les administrations.

Article 16 : Dématérialisation des procédures

I. Les avis généraux de passation des marchés et les avis spécifiques d'appel public à la concurrence peuvent faire l'objet d'une publicité par voie électronique. Cette publicité est alors complémentaire de celle qui est assurée dans les conditions prévues par l'article 15 du présent Code.

II. Les documents des marchés peuvent être mis à disposition des entreprises par voie électronique. Cette voie de transmission est néanmoins complémentaire de la transmission par voie postale.

III. Sauf disposition contraire prévue dans l'avis de publicité, les candidatures et les offres peuvent également être communiquées à la personne publique par voie électronique.

IV. Des enchères électroniques peuvent être organisées pour l'achat de fournitures courantes dont le montant est inférieur aux seuils prévus pour l'application des dispositions de l'article 24 du présent Code.

V. Un texte réglementaire précisera les modalités d'application du présent article.

Section III

MODES DE PASSATION

Article 17 : Présentation des procédures de passation

L'appel d'offres est la procédure par laquelle une Autorité Contractante choisit l'offre évaluée la moins disante, sans négociations, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint. Il est dit ouvert lorsque tout candidat peut remettre une offre, et restreint lorsque seuls peuvent remettre une offre les candidats qui y ont directement été invités par l'Autorité Contractante.

L'appel d'offres ouvert constitue le mode de dévolution des marchés publics auquel doivent recourir par principe tous les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent Code. Il ne peut être dérogé à l'obligation de mise en œuvre d'une procédure d'appel d'offres ouvert que dans les seuls cas prévus aux articles 21 à 26 du présent Code et dans le respect des seuils prévus par voie réglementaire.

L'appel d'offre ouvert peut intégrer une phase de pré-qualification. Il peut également être organisé en deux étapes.

La Personne Responsable des Marchés Publics peut à tout moment décider de ne pas donner suite à l'appel d'offres pour des motifs d'intérêt général.

Article 18 : Appel d'offres ouvert

I. Tout appel d'offres ouvert est porté à la connaissance du public au moins trente jours avant la date limite de remise des offres par la publication d'un avis spécifique d'appel public à la concurrence dans les conditions prévues à l'article 15 du présent Code.

L'avis spécifique d'appel public à la concurrence indique aux candidats les modalités de retrait du Dossier d'Appel d'Offres ouvert, et notamment, le cas échéant, la somme à payer pour obtenir ce dossier.

Des renseignements complémentaires peuvent être sollicités de la Personne Responsable des Marchés Publics six jours au plus tard avant la date limite de remise des offres. L'ensemble des candidats ayant retiré un Dossier d'Appel d'Offres devront être destinataires des réponses de la Personne Responsable des Marchés Publics.

Pour soumissionner, les candidats sont tenus d'établir un pli remis à l'Autorité Contractante par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité des éléments qu'ils contiennent.

II. A l'expiration des date et heure limites de remise des offres, la Personne Responsable des Marchés Publics est chargée de procéder à l'ouverture des plis de soumission. Seuls peuvent être ouverts les plis de soumission reçus au plus tard à la date et heure limites de remise des offres.

Les plis contenant les offres peuvent être envoyés par service postal public ou privé. Les plis doivent rester cachetés jusqu'au moment de leur ouverture. Le règlement de l'appel d'offres doit également autoriser leur remise au début de la séance publique d'ouverture des plis

III. La séance d'ouverture des plis contenant les offres a lieu à la date limite fixée pour le dépôt des offres. La Personne Responsable des Marchés Publics, en présence des candidats ou de leurs représentants qui souhaitent être présents, ouvre les enveloppes contenant les offres. Le nom de chaque candidat, le montant de chaque offre et de chaque variante, et le cas échéant le montant des rabais proposés, sont lus à haute voix ; la présence ou l'absence de garantie d'offre est également mentionnée. Ces renseignements sont consignés dans le procès verbal de la séance d'ouverture qui est contresigné par toutes les personnes présentes et publié par la Personne Responsable des Marchés Publics. Ce procès verbal est remis par la suite à tous les candidats.

IV. L'examen de la recevabilité des candidatures et des offres, l'évaluation des offres et leur classement sont effectués dans les conditions prévues à l'article 12 du présent Code.

V. La Personne Responsable des Marchés Publics peut demander par écrit aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.

VI. Sur la base de l'avis rendu par la Commission d'Appel d'Offres, La Personne Responsable des Marchés Publics élimine les offres non conformes et choisit l'offre évaluée la moins disante.

VII. La Personne Responsable des Marchés Publics peut, en accord avec le candidat retenu, procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles, notamment financières du marché. Les modifications apportées dans le cadre de cette mise au point du marché seront consignées et justifiées dans un rapport joint au marché. Ce rapport sera notifié au titulaire dans les mêmes conditions que celles définies à l'article 27 du présente Code.

Article 19 : Appel d'offres ouvert avec pré-qualification

I. Dans le cas où le marché a pour objet soit la réalisation de travaux ou la livraison de fournitures revêtant une importance et/ou une complexité particulière, soit l'exécution de prestations de services spécialisés, l'appel d'offres ouvert peut intégrer une phase de pré-qualification ayant pour objet d'éliminer les candidats n'ayant pas l'aptitude à exécuter le marché de manière satisfaisante.

II. L'aptitude d'un candidat à exécuter le marché doit s'apprécier au regard des moyens humains et matériels dont il dispose, de sa capacité financière et enfin de ses références relatives à l'exécution de prestations analogues à celles qui constituent l'objet du marché.

III. Il est procédé à la publication d'un avis spécifique d'appel public à la concurrence dans les conditions définies à l'article 15 du présent Code. Cet avis mentionne la liste des renseignements que les candidats devront produire à l'appui de leur candidature et précise la date limite de remise des dossiers de candidature.

IV. Les dossiers de candidature sont remis à l'Autorité Contractante par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir la confidentialité des éléments qu'ils contiennent.

V. A l'expiration des date et heure limites de remise des dossiers de candidature, la Personne Responsable des Marchés Publics est chargée d'en procéder à l'ouverture. Seuls peuvent être ouverts les dossiers de candidature reçus au plus tard à la date et heure limites de remise des offres.

La séance d'ouverture des dossiers de candidature se déroule en présence de la Commission d'Appel d'Offres. Cette séance est publique.

La Personne Responsable des Marchés Publics enregistre le contenu des dossiers de candidature dans le procès-verbal de la séance d'ouverture qui est contresigné par toutes les personnes présentes

VI. La Commission d'Appel d'Offres procède ensuite à l'examen des éléments fournis pas les candidats aux fins d'attester de leur aptitude à exécuter le marché et établit la liste des candidats pré-qualifiés.

VII. La Personne Responsable des Marchés Publics informe les candidats non pré-qualifiés et adresse simultanément et par écrit à tous les candidats pré-qualifiés une invitation à soumissionner et un Dossier d'Appel d'Offres. L'invitation à soumissionner mentionne les date et heure limites de remise des offres et l'adresse à laquelle les offres devront être transmises.

VIII. L'ouverture et l'examen des offres remises, ainsi que le choix de l'offre évaluée la moins disante, s'effectuent ensuite dans les conditions fixées à l'article 18 du présent Code.

Article 20 : Appel d'offres ouvert en deux étapes

I. Dans le cas de marchés d'une grande complexité ou lorsque la Personne Responsable des Marchés Publics souhaite faire son choix sur la base de critères de performance et non de spécifications techniques détaillées, le marché peut faire l'objet d'une attribution en deux étapes.

II. Les candidats sont d'abord invités à remettre des propositions techniques, sans indication de prix, sur la base de principes généraux de conception ou de normes de performance, et sous réserve de précisions et d'ajustements ultérieurs d'ordre technique aussi bien que commercial.

III. Lors de la seconde étape, les candidats sont invités à présenter des propositions techniques définitives assorties de prix, sur la base du Dossier d'Appel d'Offres préalablement révisé par la Personne Responsable des Marchés Publics en fonction des observations individuellement soumises par les candidats et consignées par écrit.

IV. La remise, l'ouverture et l'examen des propositions, ainsi que le choix de l'offre évaluée la moins disante, s'effectuent dans les conditions fixées à l'article 18 du présent Code.

V. Le cas échéant, l'appel d'offres en deux étapes est précédé d'une pré-qualification conduite selon les dispositions de l'article 19 du présent Code.

Article 21 : Appel d'offres restreint

I. L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les candidats que la Personne Responsable des Marchés Publics a décidé de consulter. L'Autorité Contractante doit au moins consulter trois candidats.

II. Il ne peut être procédé à un appel d'offres restreint que sur proposition de la Personne Responsable des Marchés Publics et après avis de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics dans les cas suivants :

- lorsque le montant estimé du marché est inférieur à un seuil fixé par voie réglementaire ;
- en cas d'urgence avérée ;
- lorsque les prestations objet du marché revêtent un caractère confidentiel ;
- lorsqu'il s'agit de faire exécuter des prestations en lieu et place d'un prestataire défaillant ;
- lorsque seul un petit nombre d'entreprises sont susceptibles d'exécuter le marché.

III. Dans ce dernier cas, la Personne Responsable des Marchés Publics est tenue de procéder à la publication d'un avis spécifique d'appel public à la concurrence dans les conditions définies à l'article 15 du présent Code.

IV. L'ouverture et l'examen des offres remises, ainsi que le choix de l'offre évaluée la moins disante, s'effectuent ensuite dans les conditions fixées à l'article 18 du présent Code.

Article 22 : Appel d'offres infructueux

La Personne Responsable des Marchés Publics, après avis de la Commission d'Appel d'Offres, peut déclarer un appel d'offres infructueux :

- lorsque aucune offre n'a été remise à l'expiration de la date limite de remise des offres ;
- lorsque l'examen des offres laisse apparaître qu'aucune d'entre elles n'est recevable ;
- lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres restreint, une seule offre a été remise.

Elle en avise immédiatement tous les candidats. Elle peut alors procéder soit à un nouvel appel d'offres, soit si les conditions initiales du marché ne sont pas modifiables, à un marché de gré à gré passé conformément à l'article 25 du présent Code.

Article 23: Participation communautaire

Lorsque la participation de personnes ou d'associations informelles ou de bénéficiaires futurs des prestations constitue un élément nécessaire au succès de prestations de travaux ou de services, une telle participation est régie par un manuel de procédures préparé avec le concours de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.

Article 24 : Consultation restreinte de fournisseurs ou d'entreprises

Lorsque les travaux, fournitures ou services sont inférieurs à un certain seuil fixé par voie réglementaire, il peut être passé des marchés après consultation restreinte d'entreprises ou fournisseurs. Cette consultation consiste à comparer les propositions obtenues d'au moins trois prestataires, trois fournisseurs ou trois entrepreneurs. L'invitation comporte la description des éléments qui doivent être inclus dans le prix. La commande est attribuée au prestataire, fournisseur ou entrepreneur qui a offert le prix le plus bas.

Article 25 : Les marchés de gré à gré

I. Les marchés sont dits de gré à gré lorsque la Personne Responsable des Marchés Publics engage directement les discussions qui lui paraissent utiles et attribue ensuite le marché à un candidat pré-identifié à l'avance.

II. Il ne peut être passé de marchés de gré à gré que dans les cas suivants :

1. pour les marchés portant sur des prestations devant être tenues secrètes ;
2. pour les marchés qui, après Appel d'Offres, n'ont fait l'objet d'aucune offre ou pour lesquels il n'a été proposé que des offres irrecevables ou inacceptables au sens de l'article 22 du présent Code, et sous réserve que les conditions initiales du marché concerné ne se trouvent pas modifiées ;

3. pour les marchés qui, après appel d'offres, ont fait l'objet d'un désistement immédiat du candidat retenu, et sous réserve que la seconde offre évaluée la moins-disante puisse être acceptée ;
4. pour les marchés pour lesquels l'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'Autorité Contractante n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures d'Appel d'Offres, et notamment lorsqu'il s'agit de faire exécuter des prestations en lieu et place d'un prestataire défaillant ou encore lorsqu'il est question de faire face à des situations d'urgence impérieuse relevant d'une catastrophe naturelle ou technologique ;
5. pour les marchés destinés à répondre à des besoins qui, pour des raisons tenant à la détention d'un droit d'exclusivité, ne peuvent être satisfaits que par un prestataire déterminé ;
6. pour les prestations dont, en raison de considérations économiques ou sociales, l'exécution peut être confiée à une entité agréée, à condition que le montant estimé de ces prestations soit inférieur à un seuil fixé par voie réglementaire ;
7. pour des prestations qui complètent celles ayant précédemment fait l'objet d'un premier marché exécutées par le même titulaire ; le recours aux marchés complémentaires n'est possible qu'à la condition que le marché initial ait été passé selon la procédure d'Appel d'Offres et pour des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue et extérieure aux parties, à la bonne exécution des prestations et qu'elles ne peuvent être techniquement ou économiquement séparées du marché principal. Le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser un tiers du montant du marché principal, avenants compris.

III. La passation d'un marché de gré à gré donne lieu à l'élaboration par la Personne Responsable des Marchés Publics d'un rapport justificatif transmis sans délai à l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.

Article 26 : Dispositions spécifiques aux marchés de prestations intellectuelles

I. Les marchés de prestations intellectuelles sont attribués après mise en concurrence des candidats pré-sélectionnés dans les conditions définies ci-après.

II. La liste des candidats pré-sélectionnés est arrêtée à la suite d'une invitation publique à soumettre des expressions d'intérêt réalisées dans les conditions définies à l'article 15 du présent Code. Les prestations inférieures à un seuil fixé par voie réglementaire sont dispensées de formalité de publicité. Les candidats sont sélectionnés par la Commission d'Appel d'Offres en raison de leur aptitude à exécuter les prestations objet du marché et classés sur la base des critères publiés dans l'invitation publique à soumettre des expressions d'intérêt. Les cinq premiers candidats sont retenus et invités à remettre une proposition.

III. Les candidats sélectionnés se voient remettre un dossier de consultation comprenant les termes de référence, la lettre d'invitation indiquant les critères de sélection et leur mode d'application détaillé, et le projet de marché. Dans les cas où les prestations sont d'une complexité exceptionnelle ou d'un impact considérable ou bien encore lorsqu'elles donneraient lieu à des propositions difficilement comparables, le titulaire du marché peut être désigné exclusivement sur la base de la qualité technique de sa proposition. Le dossier de consultation indique également les exclusions à la participation future aux marchés de travaux, fournitures et services qui résulteraient des prestations qui font l'objet de la consultation.

IV. L'évaluation des propositions s'effectue soit sur la base de la qualité technique de la proposition, de l'expérience du candidat, de la qualification des experts et de la méthode de travail proposée et du montant de la proposition, soit sur la base d'un budget prédéterminé dont le candidat doit proposer la meilleure utilisation possible, soit sur la base de la meilleure proposition financière soumise par les candidats ayant obtenu une notation technique minimum. Le marché peut ensuite faire l'objet de négociations avec le candidat dont la proposition est retenue. En aucun cas, des négociations ne peuvent être conduites avec plus d'un candidat à la fois.

V. Par dérogation à l'application des dispositions qui précèdent, lorsque les prestations requièrent la sélection d'un consultant particulier en raison de sa qualification unique ou de la nécessité de continuer avec le même prestataire, le consultant peut être sélectionné par entente directe dans le cadre d'un marché de gré à gré.

Section IV

ACHEVEMENT DE LA PROCEDURE

Article 27 : Information des candidats non retenus

I. Dès qu'elle a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, la Personne Responsable des Marchés Publics avise tous les autres candidats du nom de l'attributaire et du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres par lettre recommandée avec accusé de réception. Un délai d'au moins dix jours francs doit être respecté entre la date à laquelle la décision est portée à la connaissance des candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché.

II. La Personne Responsable des Marchés Publics communique, dans un délai de 20 jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre, les caractéristiques et les avantages relatifs à l'offre retenue ainsi que le montant du marché attribué et le nom de l'attributaire.

III. La Personne Responsable des Marchés Publics doit informer également dans les plus brefs délais les candidats des motifs qui l'ont conduit à ne pas attribuer ou notifier le marché ou à recommencer la procédure. Sur demande écrite des candidats, la réponse est écrite.

IV. La Personne Responsable des Marchés Publics ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises.

Article 28: Notification du marché

Les marchés, après accomplissement des formalités d'enregistrement, doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution.

La notification consiste en un envoi du marché signé au titulaire par tout moyen permettant de donner date certaine. La date de notification est la date de réception du marché par le titulaire.

Le marché prend effet à cette date.

TITRE V

EXECUTION DES MARCHES PUBLICS

Section I

MISE EN ŒUVRE DU MARCHÉ

Article 29 : Pièces constitutives

Les marchés publics sont des contrats écrits.

L'acte d'engagement et les cahiers des charges en sont les pièces constitutives. A ces pièces constitutives peuvent s'ajouter toutes autres pièces auxquelles les parties choisissent de donner valeur contractuelle.

Article 30: Acte d'engagement

Les marchés passés après mise en concurrence comprennent un acte d'engagement signé par le candidat qui présente son offre et adhère aux clauses que la personne publique a rédigées. Cet acte d'engagement est ensuite signé par la Personne Responsable des Marchés Publics.

Article 31: Cahiers des charges

Les cahiers des charges déterminent les conditions dans lesquelles ces marchés sont exécutés. Ils comprennent des documents généraux et des documents particuliers.

Les documents généraux comprennent les Cahiers des Clauses Administratives Générales et les Cahiers des Prescriptions Communes.

Les Cahiers des Clauses Administratives Générales (CCAG), établis et publiés par voie réglementaire par les ministres compétents, fixent les dispositions administratives applicables à tous les marchés de même nature

Les Cahiers des Prescriptions Communes (CPC), établis et publiés par voie réglementaire par les ministres compétents, fixent les dispositions techniques applicables à tous les marchés de même nature.

Le Cahier des Prescriptions Spéciales (CPS), qui constitue les documents particuliers, fixe les clauses propres à chaque marché et comporte obligatoirement l'indication des articles des Cahiers des Clauses Administratives Générales et des Prescriptions Communes auxquels il est éventuellement dérogé.

Article 32: Mentions obligatoires

Les marchés passés après mise en concurrence doivent comporter les mentions suivantes :

- l'identification des parties contractantes ;
- la justification de la qualité de la personne signant le marché ;
- la définition de l'objet du marché ;
- la référence aux articles du présent texte en vertu desquels le marché est passé ;
- l'énumération par ordre de priorité des pièces du marché ;
- le prix ou les modalités de sa détermination ;
- le délai d'exécution du marché et le cas échéant, les modalités de sanction de tout dépassement de ce délai ;
- les conditions de réception et, le cas échéant, de réception partielle, des prestations ;
- les conditions de règlement et les modalités de réception ;
- les conditions de résiliation ;
- la date de notification du marché ;
- le comptable public assignataire chargé du paiement et l'imputation budgétaire du marché ;
- la domiciliation bancaire ou les paiements seront effectués ;
- dans les cas où il est fait appel à la concurrence internationale, le droit applicable.

Section II

OBJET ET CONTENU DES MARCHES PUBLICS

Article 33: Détermination des besoins à satisfaire

La Personne Responsable des Marchés Publics est tenue de déterminer aussi exactement que possible la nature et l'étendue des besoins à satisfaire avant tout appel à la concurrence, consultation ou négociation.

Les prestations qui font l'objet des marchés doivent avoir pour objet de répondre exclusivement à ces besoins.

Article 34 : Allotissements des marchés

Les prestations objet du marché peuvent être réparties en lots donnant lieu chacun à un marché distinct ou peuvent faire l'objet d'un marché unique. La Personne Responsable des Marchés Publics choisit entre ces deux modalités en fonction des avantages économiques, financiers ou techniques qu'elles procurent.

Le règlement de l'Appel d'Offres fixe le nombre, la nature et l'importance des lots ainsi que les conditions imposées au candidat pour souscrire à un ou plusieurs lots et les modalités de leur attribution.

Les offres sont examinées lot par lot. La Personne Responsable des Marchés Publics attribue les marchés sur la combinaison évaluée la moins disante.

Pour un marché ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la construction fait obligatoirement l'objet d'un lot séparé.

Article 35: Définition des prestations par référence aux normes homologuées

Les prestations sont définies par référence aux normes nationales et internationales applicables, qui doivent être expressément mentionnées dans le Cahier des Prescriptions Spéciales (CPS).

La référence à des normes ne doit pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés ou des discriminations dans l'accès à la commande publique.

Section III

PRIX DES MARCHÉS PUBLICS

Article 36: Définition

Les prix des marchés sont réputés, d'une part, couvrir toutes les dépenses qui sont la conséquence nécessaire et directe des travaux, fournitures ou services, et notamment les impôts, droits et taxes applicables sauf lorsqu'ils sont exclus du prix du marché en vertu du terme de commerce retenu et, d'autre part, assurer au titulaire un bénéfice raisonnable.

Article 37 : Prix unitaires ou forfaitaires

Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires, soit une combinaison des deux.

Article 38 : Marchés à commandes

Lorsque l'Autorité Contractante ne peut déterminer à l'avance le volume des commandes de fournitures ou de services nécessaires au fonctionnement de ses services, elle peut avoir recours à des marchés à commandes qui comportent des quantités maximales et minimales exigibles du titulaire retenu ainsi que les prix correspondants. Ces marchés ne peuvent en aucun cas excéder une durée de trois ans. Leur attribution s'effectue sur la base des quantités nécessaires à l'année initiale de fonctionnement.

Article 39 : Prix définitif et limitation du recours à des prix provisoires

I. Les marchés sont conclus à prix initial définitif. Toutefois, lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse, soit des aléas techniques importants, l'exécution du marché doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible, ils peuvent exceptionnellement être conclus à prix provisoire. Un avenant fixant le prix définitif du marché doit intervenir au plus tard avant l'expiration des deux tiers de la durée d'exécution du marché.

II. Les marchés conclus à prix provisoires précisent :

- le prix plafond ;
- les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif dans la limite du prix plafond ;
- les obligations comptables imposées au titulaire ;
- les modalités du contrôle des éléments techniques et comptables du coût de revient, notamment les vérifications sur pièces et sur place, auquel le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de procéder.

Article 40 : Prix ferme ou révisable

I. Les marchés sont conclus à prix ferme ou à prix révisable. Le prix est ferme lorsqu'il ne peut pas être modifié en cours d'exécution du marché à raison des variations des conditions économiques ; il est révisable lorsqu'il peut être modifié durant l'exécution des prestations aux conditions de révision expressément prévues par le marché en vertu d'une clause de révision du prix stipulée au marché par application des indices de prix officiels nationaux et, le cas échéant, étrangers.

II. Les marchés conclus à prix révisable précisent la formule de révision du prix, ainsi que la périodicité et les modalités de son application. La formule de révision du prix comporte obligatoirement une partie fixe et une partie fonction de paramètres correspondant aux éléments les plus représentatifs des prix de revient sans qu'il ne puisse être fait état de paramètres n'ayant pas de rapport direct et immédiat avec l'objet du marché.

III. Sans préjudice de l'application des dispositions qui précèdent, le prix est toujours actualisable entre la date limite de remise des offres et la date de notification du marché.

Article 41 : Prix sur la base des dépenses contrôlées

Les marchés peuvent comporter des prestations rémunérées sur la base des dépenses contrôlées de l'entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services, majorées d'un honoraire ou affectées de coefficients destinés à couvrir les frais généraux, impôts, taxes et bénéfices. Ils doivent indiquer la valeur des différents éléments qui concourent à la détermination du prix de règlement. Les cahiers des charges fixent les montants maximums des prestations rémunérées sur dépenses contrôlées.

Section IV

LES GARANTIES

Article 42: Garantie de soumission

Pour être admis à présenter une offre, les candidats aux marchés passés par appel d'offres peuvent être tenus de fournir une garantie de soumission. Il n'est pas demandé de garantie de soumission pour les marchés de fournitures simples ni pour les marchés de prestations intellectuelles.

Le montant de la garantie de soumission est indiqué dans le Dossier d'Appel d'Offres. Il est fixé en fonction de l'importance du marché par l'Autorité Contractante. Il est compris entre un et deux pour cent (1 et 2 p 100) de l'offre ou du montant prévisionnel du marché. La garantie de soumission est libérée au plus tard à son expiration.

Article 43 - Garantie de bonne exécution

I. Le titulaire d'un marché est tenu de fournir une garantie de bonne exécution lorsque la période d'exécution du marché dépasse six mois. Toutefois, les titulaires des marchés de prestations intellectuelles ne sont pas soumis à cette obligation et les titulaires des marchés inférieurs à un montant fixé par voie réglementaire peuvent en être dispensés.

II. Le montant de la garantie est fixé par la Personne Responsable des Marchés Publics. Les cahiers des charges fixent son montant maximum qui ne peut dépasser cinq pour cent (5 p 100) du montant initial du marché et les conditions de sa restitution.

III. Il peut être en outre exigé du titulaire du marché une garantie en remboursement d'avance, ou une garantie de parfait achèvement.

IV. Les garanties sont soumises sous la forme de garanties bancaires à première demande ou de cautionnement. Les cautionnements sont établis dans les conditions définies par voie réglementaire.

Section V

LES CHANGEMENTS EN COURS D'EXECUTION DES MARCHES PUBLICS

Article 44: Les avenants

Un avenant est un écrit constatant un accord de volonté des parties au marché et ayant pour objet de modifier une ou plusieurs des dispositions dudit marché.

I. Modification d'une des clauses du marché public.

Les modifications à apporter aux dispositions du marché doivent répondre à certains critères pour nécessiter l'établissement d'un avenant. Elles doivent en particulier concerner un élément déterminant de l'accord antérieur et ne pas pouvoir être réglées par les dispositions contractuelles.

Aucun avenant ne peut être conclu postérieurement à la signature du procès-verbal prononçant la réception définitive des travaux et le règlement du solde du marché.

Sous réserve du respect des principes énoncés ci-après, les conditions et les modalités d'application du présent article sont précisées par les Cahiers de Clauses Administratives Générales (CCAG) propres à chaque marché.

II. Changement dans le volume des prestations

La passation d'un avenant est obligatoire dès qu'il y a un changement dans la masse des travaux, fournitures, ou prestations excédant les variations maximales prévues par les cahiers des charges.

Lorsque l'augmentation de la masse des travaux dépasse d'un certain montant le montant du marché calculé sur la base des prix initiaux, il est passé un nouveau marché. Ce montant est fixé par voie réglementaire pour les marchés sur bordereaux de prix, les marchés sur prix unitaires et les marchés sur prix forfaitaires. La passation du nouveau marché est soumise aux dispositions du Titre IV du présent Code.

Le jeu normal des révisions de prix en application des clauses contractuelles ne donne pas lieu à passation d'avenant. Toutefois, lorsque l'application de la formule de variation des prix conduit à une variation supérieure à vingt pour cent (20 p. 100) du montant initial du marché ou du montant de la partie du marché restant à exécuter, l'Autorité Contractante ou le titulaire peut résilier le marché.

III. Changement dans les délais contractuels

En cas de dépassement des délais contractuels fixés par le marché, le titulaire du marché est passible de pénalités après mise en demeure préalable, sous réserve que les pénalités soient prévues dans le marché. Ces pénalités ne peuvent excéder un certain montant fixé dans les Cahiers des Clauses Administratives Générales (CCAG) pour chaque type de marché.

Lorsque le montant visé au paragraphe précédent est atteint, la Personne Responsable des Marchés Publics peut résilier le marché. La remise totale ou partielle des pénalités peut être prononcée par l'autorité hiérarchique de la Personne Responsable des Marchés Publics. Les empêchements résultant de la force majeure exonèrent le titulaire des pénalités de retard qui pourraient en résulter.

IV. Changement dans les prix

La passation d'un avenant est obligatoire dès qu'il y a un changement dans la nature des prix pratiqués par le marché.

Section VI

REGLEMENT DES MARCHES PUBLICS

Article 45: Dispositions générales

Les marchés donnent lieu à des versements soit à titre d'avances ou d'acomptes, soit à titre de règlement partiel définitif ou pour solde, dans les conditions fixées par la présente section.

Les règlements d'avances et d'acomptes n'ont pas le caractère de paiements définitifs; leur bénéficiaire en est débiteur jusqu'au règlement final du marché ou, lorsque le marché le prévoit, jusqu'au règlement partiel définitif.

Les opérations effectuées par le titulaire d'un marché qui donnent lieu à versement d'avance ou d'acompte ou à paiement pour solde doivent être constatées et acceptées par un écrit dressé par la Personne Responsable des Marchés Publics.

Les clauses de paiement différé sont interdites.

Article 46 : Les avances

I. Des avances peuvent être accordées en raison des opérations préparatoires à l'exécution des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché.

II. Les conditions de versement de l'avance sont fixées par le marché. Elles ne peuvent être modifiées par avenant.

Lorsqu'elles dépassent cinq pour cent du montant du marché, elles doivent être garanties à concurrence de leur montant et doivent être comptabilisées par la Personne Responsable des Marchés Publics, afin que soit suivi leur apurement.

III. Les avances sont remboursées à un rythme fixé par le marché, par retenue sur les sommes dues au titulaire à titre d'acomptes, de règlement partiel ou de solde.

Article 47 : Les acomptes

I. Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit à des acomptes, à l'exception des marchés prévoyant un délai d'exécution inférieur à trois mois pour lesquels le versement d'acomptes est facultatif.

II. Le montant d'un acompte ne doit en aucun cas excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte une fois déduites les sommes nécessaires au remboursement des avances, le cas échéant.

III. Les Cahiers des Clauses Administratives Générales (CCAG) fixent pour chaque catégorie de marché les termes périodiques ou les phases techniques d'exécution en fonction desquelles les acomptes doivent être versés. La périodicité du versement des acomptes est dans tous les cas fixée au maximum à trois mois. Ce maximum est ramené à deux semaines lorsqu'il s'agit d'un marché communautaire.

Article 48: Délai de paiement

I. Le délai global de paiement d'un marché public ne peut excéder 75 jours à compter de la réception de la facture

II. Le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité, pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, au bénéfice d'intérêts moratoires, à compter du jour suivant l'expiration du délai.

Dans le cas où les documents du marché prévoient l'échelonnement dans le temps des phases successives d'exécution et des versements auxquels elles doivent donner lieu, aucune créance ne peut devenir exigible, aucun intérêt moratoire ne peut commencer à courir avant les dates prévues par le marché.

III. Les modalités d'application du présent article seront précisées par voie réglementaire.

Article 49: Paiement direct des sous-traitants

I. Les dispositions des articles ci-dessus s'appliquent aux sous-traitants bénéficiant d'un paiement direct. Dans le cas où le titulaire sous-traite une part du marché postérieurement à la conclusion de celui-ci, le paiement d'une avance forfaitaire au sous-traitant est subordonné, s'il y a lieu, au remboursement de la partie de l'avance forfaitaire versée au titulaire au titre des prestations sous-traitées.

II. Les mandatements à faire au sous-traitant sont effectués sur la base des pièces justificatives revêtues de l'acceptation du titulaire du marché. Dès réception de ces pièces, l'Autorité Contractante avise le sous-traitant et lui indique les sommes dont le paiement à son profit a été accepté par le titulaire du marché. Dans le cas où le titulaire d'un marché n'a pas donné suite à la demande de paiement du sous-traitant, ce

dernier saisit la Personne Responsable des Marchés Publics qui met aussitôt en demeure le titulaire d'apporter la preuve qu'il a opposé un refus motivé à son sous-traitant, faute de quoi la Personne Responsable des Marchés Publics mandate les sommes restant dues au sous-traitant.

Article 50: Nantissement des marchés publics

I. La Personne Responsable des Marchés Publics qui a traité avec l'entrepreneur ou le fournisseur remet à celui-ci une copie certifiée conforme de l'original du marché revêtue d'une mention dûment signée, indiquant que cette pièce est délivrée en exemplaire unique en vue de la notification éventuelle d'un nantissement de créance.

II. Le montant que le titulaire du marché envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct est déduit du montant du marché pour déterminer le montant maximum de la créance que le titulaire est autorisé à donner en nantissement.

III. Si, postérieurement à la notification du marché, ce montant est modifié à la hausse, le titulaire du marché doit préalablement obtenir la modification de la formule d'exemplaire unique, figurant sur la copie certifiée conforme.

TITRE VI

RESILIATION ET AJOURNEMENT DES MARCHES PUBLICS

Article 51: Résiliation

I. Les marchés publics peuvent faire l'objet d'une résiliation dans les conditions stipulées par les cahiers des charges :

- à l'initiative de la Personne Responsable des Marchés Publics (i) en raison d'une faute grave du titulaire du marché ou d'une carence du titulaire à exécuter son marché après mise en demeure ou de la liquidation de l'entreprise titulaire ; (ii) pour un motif d'intérêt général ;
- à l'initiative du titulaire du marché (i) pour défaut de paiement pendant un délai supérieur à six mois à compter de la demande de paiement des factures émises; ou (ii) par suite d'un ajournement du marché d'une durée consécutive supérieure à trois mois ;
- à l'initiative de l'une ou l'autre des parties en cas de force majeure rendant impossible l'exécution des prestations.

II. Aucune résiliation ne peut intervenir sans mise en demeure motivée .

III. En cas de résiliation aux torts de l'Autorité Contractante, le titulaire a droit à une indemnité forfaitaire calculée sur la base des prestations qui restent à exécuter. Ce pourcentage est fixé dans les Cahiers des Clauses Administratives Générales (CCAG) pour chaque type de marché. L'Autorité Contractante dispose alors d'un délai de trois mois pour verser le montant de l'indemnité de résiliation.

Article 52: Ajournement

L'Autorité Contractante peut ordonner l'ajournement des prestations du marché avant leur achèvement.

Lorsque l'Autorité Contractante ordonne l'ajournement du marché pour une durée supérieure à trois mois consécutifs, le titulaire a droit à la résiliation de son marché.

Dans tous les cas, l'ajournement ouvre droit au paiement au titulaire du marché d'une indemnité couvrant les frais résultant de l'ajournement définie dans les Cahiers des Clauses Administratives Générales (CCAG).

TITRE VII

L'AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

Article 53: Organisation et fonctionnement :

Il est institué une Autorité de Régulation des Marchés Publics constituée de deux entités distinctes indépendantes : le Comité de Réglementation et des Recours en matière d'attribution des marchés publics (CRR) et la Commission Nationale des Marchés Publics (CNM).

A titre transitoire, la Commission Centrale des Marchés (CCM) continuera à assurer le rôle et les attributions de la Commission Nationale des Marchés (CNM) jusqu'à sa mise en place.

Le Comité de la Réglementation et de Recours en matière d'attribution des marchés publics (CRR) jouit de l'autonomie administrative et financière.

Le Comité de la Réglementation et de Recours en matière d'attribution des marchés publics (CRR) comprend des représentants de l'administration, du secteur privé et de la société civile.

Les missions et les attributions ainsi que la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement de cette Autorité sont fixés par voie réglementaire.

Article 54 : Missions et attributions

L' Autorité de Régulation des Marchés Publics a pour missions et attributions de :

- rassembler et analyser les données relatives aux aspects économiques de la commande publique et de rendre annuellement au Président de la République et au Parlement un rapport relatif aux conditions d'application du présent Code, au respect de ses principes directeurs ainsi que de ses recommandations pour améliorer la commande publique ;
- procéder à l'examen a priori et a posteriori des propositions et décisions en attribution des marchés qui sont prises par la Personne Responsable des Marchés Publics ;
- conduire toute mission d'information qu'elle estime utile sur une procédure d'attribution de marché public en disposant à ce titre du droit d'assister, sans voix délibérative ni consultative, aux réunions et délibérations des Commissions d'Appel d'Offres et de se faire communiquer l'ensemble des actes préparatoires et décisions prises dans le cadre de la procédure d'attribution ;
- saisir l'Autorité Contractante et la Personne Responsable des Marchés Publics des irrégularités constatées et en cas de persistance de ces dernières en informer toute institution administrative ou judiciaire compétente pour en connaître ;
- rendre un avis sur les projets de Cahiers des Clauses Administratives Générales (CCAG) fixant les dispositions administratives et les Cahiers des Prescriptions Communes (CPC) fixant les dispositions techniques applicables aux marchés publics ainsi que sur tout projet de texte législatif ou réglementaire relatif à la commande publique ainsi que sur toute question tenant à la commande publique dont elle aura été saisie par un Ministre ;
- prononcer pour atteinte à la réglementation des Marchés Publics l'exclusion temporaire ou définitive des personnes physiques ou morales qui ont commises une infraction au Code Pénal ;
- dans l'attente de la prise en charge effective de leurs compétences par les Tribunaux Administratifs, statuer sur les recours définis à l'article 59 du présent Code ; une section contentieuse de l'Autorité est créée à cette fin.

TITRE VIII

REGLEMENT DES LITIGES ET RECOURS

SECTION I

LES RECOURS EN MATIÈRE D'ATTRIBUTION DES MARCHES PUBLICS

Article 55: Publicité de l'attribution du marché

La Personne Responsable des Marchés Publics envoie, pour publication dans un délai de trente jours à compter de la notification du marché, un avis d'attribution. Les mentions figurant dans cet avis sont précisées par un arrêté des Ministres chargés des Finances et du Budget. Les avis d'attribution sont publiés dans les mêmes conditions que les avis de publicité.

Article 56: Recours gracieux

Tout candidat à une procédure d'attribution d'un marché est habilité à saisir la personne responsable dudit marché d'un recours gracieux exposant ses griefs sur la procédure suivie. La Personne Responsable des Marchés Publics est tenue d'y répondre dans un délai de dix (10) jours au-delà duquel le défaut de réponse sera constitutif d'un rejet implicite du recours gracieux. Le recours gracieux n'est pas suspensif des délais particuliers de recours définis au présent Code.

Article 57: Recours en attribution

I. Le référé pré-contractuel :

Le Président du Tribunal Administratif territorialement compétent, et dans l'attente de la prise en charge de leurs compétences par les Tribunaux Administratifs, l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics.

Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement.

La saisine doit intervenir avant la conclusion du contrat qui ne peut elle-même intervenir avant l'expiration d'un délai de dix jours francs décompté à partir de la plus tardive des deux dates suivantes :

- information donnée aux candidats à la consultation du rejet de leur offre conformément à l'article 27 du présent Code ;
- affichage du résultat de la consultation au siège du pouvoir adjudicateur ;

Le Président du Tribunal Administratif peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte.

Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.

Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt (20) jours.

La décision est prise en premier et dernier ressort en la forme des référés.

II. Le recours aux fins d'indemnisation :

Sans préjudice des actions pénales que l'irrégularité des conditions d'attribution d'un marché public peut justifier, le candidat irrégulièrement évincé peut, postérieurement à la signature du marché, saisir le Tribunal Administratif territorialement compétent et, dans l'attente de la prise en charge de leurs compétences par les tribunaux administratifs, l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, d'une demande d'indemnité au titre du préjudice direct et certain que lui aura fait subir l'attribution irrégulière du marché à l'exclusion de perte de profits futurs.

SECTION II

LES LITIGES RELATIFS A L'EXECUTION DES MARCHES PUBLICS

Article 58: Règlement à l'amiable

I. Des Comités de Règlement Amiable des Litiges sont constitués par voie réglementaire. Ils sont composés d'un représentant du secteur économique national, d'un magistrat et d'une personne reconnue pour son expérience en matière de marchés publics.

II. La Personne Responsable des Marchés Publics et les titulaires de marchés publics peuvent saisir ces Comités aux fins de règlement amiable des différends ou litiges relatifs à l'exécution des marchés dans des conditions fixées par voie réglementaire .

III. Cette saisine en vue d'une solution amiable et équitable du litige interrompt le cours des différentes prescriptions et suspend, le cas échéant, les délais de recours contentieux jusqu'à la décision prise par la Personne Responsable des Marchés Publics après avis du Comité compétent qui devra être rendu dans les meilleurs délais et au plus tard dans les quatre mois de sa saisine.

Article 59: Recours contentieux liés à l'exécution du contrat

Ils sont soumis aux Tribunaux Administratifs territorialement compétents et dans l'attente de la prise en charge de leurs compétences par les Tribunaux Administratifs, de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.

Les conditions particulières de formulation des réclamations et de saisine de la juridiction sont définies dans les Cahiers des Clauses Administratives Générales (CCAG) propres à chaque type de marché.

TITRE IX

DE L'ÉTHIQUE DES MARCHES PUBLICS

Article 60: Respect des dispositions du code d'éthique des Marchés Publics

Toutes les parties impliquées dans la passation et l'exécution des marchés publics sont tenues au respect des dispositions du Code d'éthique des Marchés Publics qui sera élaboré par voie réglementaire.

TITRE X

DISPOSITIONS DIVERSES ET FINALES

A

Article 61: Entrée en vigueur

Les dispositions de la présente Loi entrent en vigueur dès sa promulgation.

En tant que de besoin, des dispositions réglementaires sont prises en application de la présente Loi.

La présente Loi sera publiée au Journal Officiel de la République. Elle sera exécutée comme Loi de l'Etat.

Antananarivo, le 24 juin 2004