

Journal Officiel de la République de Djibouti

Loi n°53/AN/09/6ème L Portant nouveau Code des Marchés Publics.

L'ASSEMBLEE NATIONALE A ADOPTE
LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE PROMULGUE
LA LOI DONT LA TENEUR SUIT :

VU La Constitution du 15 septembre 1992 ;
VU La Loi n°158/AN/85/1ère L portant réorganisation du secrétariat Général du Gouvernement ;
VU La Loi n°75/AN/95/3ème L portant approbation du Code des Marchés Publics ;
VU Le Décret n°2008-0083/PRE du 26 mars 2008 portant nomination du Premier Ministre ;
VU Le Décret n°2008-0084/PRE du 27 mars 2008 portant nomination des membres du Gouvernement ;
Le conseil des Ministres entendu en sa séance du 17 mars 2009.

NOUVEAU CODE DES MARCHÉS PUBLICS CHAPITRE I DISPOSITIONS GÉNÉRALES, CHAMP D'APPLICATION ET ÉVALUATION DES MARCHÉS

Article 1 : Objet et champ d'application

1.1. Le présent Code des marchés publics a comme objet d'établir un cadre uniforme qui assurera un accès égal des fournisseurs aux marchés publics, de manière à réduire les coûts achats et à favoriser l'établissement d'une économie vigoureuse, dans un contexte de transparence, d'équité et d'efficience.

1.2. Les contrats passés par l'État en vue de la réalisation de travaux, ou de l'approvisionnement en biens ou la prestation de services doivent faire l'objet de marchés publics dans les conditions prévues au présent Code. Sauf dans la mesure permise dans le présent Code, les marchés publics sont conclus sur une base de concurrence. Pour les fins du présent Code, l'État comprend les ministères et autres établissements publics administratifs contractants, les établissements publics à caractère industriel et commercial, les sociétés d'État et les sociétés d'économie mixte dont le capital est détenu majoritairement, directement ou indirectement par l'État et les collectivités territoriales.

1.3. Il est interdit aux représentants et employés de l'État ou des entités auxquelles réfère l'alinéa précédant de préparer, d'élaborer, ou autrement structurer un marché public dans l'intention de le soustraire aux dispositions du présent Code.

1.4. Le présent Code ne s'applique pas aux ententes non contractuelles ou toute forme d'aide gouvernementale, notamment les accords de coopération, les subventions, les participations au capital, les garanties ou les incitations fiscales.

Article 2 : Définitions

Dans ce Code :

2.1. " Administration contractante " ou " service " signifie la personne morale de droit public qui conclut le marché avec son titulaire.

2.2. " Avenant " signifie un acte écrit, signé par le titulaire et l'Administration contractante, qui modifie un marché public en cours.

2.3. " Commission Nationale des Marchés Publics " ou " Commission nationale des marchés " ou " Commission " signifie la Commission créée en vertu du Chapitre VI du présent Code.

2.4. " Dossier d'Appels d'Offres " ou " Document d'Appels d'Offres " signifie tout document émis par une entité adjudicatrice publique sur la base duquel les soumissionnaires préparent leurs offres, propositions ou devis et qui comprend les instructions aux soumissionnaires, les spécifications, plans, conceptions, termes de références, calendriers du travail, critères d'évaluation, conditions du contrat ou autres éléments similaires.

2.5. " Fournisseurs de travaux, biens ou service " ou " Fournisseurs " signifie toute personne morale ou physique qui propose ou qui peut proposer une offre dans le cadre d'un marché de fournitures et services, d'un marché de prestations intellectuelles, d'un marché de services ou d'un marché de travaux.

2.6. " Maître d'Ouvrage " signifie la personne morale chargée, pour un projet ou une partie d'un projet, de la gestion des contrats de marché de fournitures et services, de prestations intellectuelles, de services ou de travaux.

- 2.7. " Maître d'œuvre " signifie la personne morale ou physique chargée des études et/ou de la supervision des travaux et/ou fournitures reliés à un projet ou une partie d'un projet.
- 2.8. " Marché de fournitures et services " signifie un marché ayant pour objet l'acquisition d'un bien, équipement, machine et/ou matériaux que le fournisseur est tenu de livrer. Dans ce contexte, le terme " services " désigne les services connexes à l'approvisionnement des fournitures, tels que le transport, les assurances, l'installation, la mise en service, les prestations d'assistance technique et la formation, ainsi que toute autre obligation analogue assumée par le fournisseur dans l'exécution du marché. Pour les fins du présent Code, les logiciels sont des biens, qu'ils soient achetés sur disque, disquette ou autre support physique ou par téléchargement.
- 2.9. " Marché de prestations intellectuelles " signifie un marché ayant pour objet des prestations à caractère principalement intellectuel dont l'élément prédominant n'est pas physiquement quantifiable.
- 2.10. " Marché de services " signifie un marché conclu avec un ou des prestataires de services qui a pour objet principal la prestation de services.
- 2.11. " Marché de travaux " signifie un marché ayant pour objet l'exécution par un ou plusieurs entrepreneurs de travaux de bâtiment ou de génie civil.
- 2.12. " Marché public " signifie un accord portant sur la fourniture de marchandises, de valeur, de travaux ou de services à une entité décrite au deuxième alinéa du présent article.

Article 3 : Évaluation des marchés

Avant la publication d'un avis d'invitation à participer dans un marché en conformité avec le Chapitre III, de l'émission d'une commande en conformité avec l'Article 4 ou de la conclusion d'un marché par quelque autre procédure permise par le présent Code, l'Administration contractante doit calculer la valeur du marché et déterminer l'application du seuil prévu à l'Article 4.

Le calcul de la valeur d'un marché tiendra compte de toutes les formes de rémunération, y compris toute prime, rétribution ou commission et tous les intérêts à recevoir.

La méthode d'évaluation d'un marché public ne sera pas choisie, et les quantités à acquérir ne seront en aucun cas scindées ou fractionnées, dans l'intention d'éviter que quelque disposition du présent Code ne s'applique.

En ce qui concerne les marchés de produits ou de services passés sous forme de crédit-bail, location ou location-vente, ou les marchés qui ne prévoient pas expressément de prix total, la base de l'évaluation sera la suivante:

- i) dans le cas de marchés de durée déterminée, la valeur totale des marchés pour toute leur durée si celle-ci est inférieure ou égale à 12 mois, ou leur valeur totale, y compris la valeur résiduelle estimée, si leur durée dépasse 12 mois;
- ii) dans le cas de marchés de durée indéterminée, l'acompte mensuel moyen anticipé multiplié par 48.

En cas de doute quant à l'application de la méthode dans le sous alinéa i) ou ii), le sous alinéa ii) sera utilisé.

Lorsqu'un marché envisagé prévoit expressément des options, la base de l'évaluation sera la valeur totale du marché maximal autorisé, y compris les options.

Sur demande, l'Administration contractante devra fournir à la Commission prévue au Chapitre VI une explication de son calcul de la valeur d'un marché, ainsi que toute pièce justificative.

Article 4 : Marché dont la valeur est inférieure à 5 000 000 Francs Djibouti

À l'exception de ce qui est stipulé dans l'alinéa suivant, les dispositions des Chapitres II et III ne s'appliquent pas aux marchés dont la valeur, calculée en conformité avec le présent Code, est inférieure à 5 000 000 F Djibouti.

Les marchés d'une valeur inférieure à 5 000 000 Francs Djibouti doivent être passés par commandes et doivent faire l'objet de contrats écrits dans les conditions prévues à l'Article 6. Des conditions supplémentaires pour les marchés publics sur commande d'une valeur inférieure à 5 000 000 F Djibouti peuvent être fixées par décret du conseil des ministres. Sur avis de la Commission prévue au Chapitre VI et par décret du conseil des ministres, des dérogations aux exigences de l'Article 6 peuvent être permises pour les marchés d'une valeur inférieure à 5 000 000 F Djibouti là où ces exigences, selon le jugement du conseil des ministres, poseraient des difficultés pratiques excessives.

CHAPITRE II FORME ET CONTENU DES MARCHÉS

Article 5 : Cahier des charges

Les marchés doivent faire l'objet de contrats écrits dont les cahiers des charges sont des éléments constitutifs.

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

Les documents généraux sont :

- i) les cahiers des clauses administratives générales qui fixent les dispositions administratives applicables à toute une catégorie de marchés ; et
- ii) les cahiers des clauses techniques générales qui fixent les dispositions techniques applicables à toutes les prestations d'une même nature.

Les documents particuliers sont :

- i) les cahiers des clauses administratives particulières qui fixent les dispositions administratives propres à chaque marché ; et
- ii) les cahiers des clauses techniques particulières qui fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations prévues au marché.

Le contenu des cahiers des clauses administratives générales et des cahiers des clauses techniques générales, après avis de la Commission nationale des marchés, est fixé par Décret du Président de la République. L'Administration contractante détermine les dispositions particulières des cahiers des clauses administratives générales et des cahiers des clauses techniques générales qui s'appliquent à un marché particulier. Toute dérogation aux dispositions desdits cahiers doit être justifiée par l'Administration contractante et approuvée par la Commission.

Les appels d'offres doivent confirmer les dispositions des cahiers des clauses administratives générales et des cahiers des clauses techniques générales qui s'appliquent à un marché particulier. Toute dérogation aux dispositions desdits cahiers doit être aussi confirmée par les appels d'offres.

Des Dossiers d'Appels d'Offres types destinés à être utilisés par les autorités contractantes dans le cadre de la passation des marchés peuvent être fixés par arrêté du Président de la République.

Article 6 : Mentions d'un marché public et modifications

6.1. Mentions obligatoires :

Tout marché public sujet au présent Code doit mentionner au moins :

- i) les parties contractantes :
- ii) l'objet du marché dans les conditions prévues à l'Article 7 :
- iii) la référence aux articles, paragraphes et alinéas du présent Code en vertu desquels le marché est passé :
- iv) l'énumération par ordre de priorité des pièces du marché :
- v) le prix ou les modalités de sa détermination :
- vi) le délai d'exécution du marché ou la date de son achèvement
- vii) les conditions de réception et, le cas échéant, de livraison des prestations :
- viii) les conditions de règlement :
- ix) les conditions de résiliation :
- x) la date de notification du marché : et
- xi) le comptable public assignataire chargé du paiement.

6.2. Modification d'un marché public en cours :

Les modifications d'un marché public en cours doivent faire l'objet d'un avenant sous la forme d'un acte écrit, signé par le titulaire et l'Administration contractante.

Il peut y avoir plusieurs avenants pour un même marché public.

Lorsque l'avenant porte sur une modification à la hausse du montant d'un marché public, cette hausse ne doit pas excéder 20% du montant initial dudit marché public. En cas de plusieurs avenants qui portent sur des augmentations du montant d'un marché public, c'est la somme des augmentations respectives qui ne doit pas excéder 20% du montant initial de ce marché public.

Pour tout autre modification du montant du marché public établissant à plus de 20% l'augmentation du montant initial dudit marché public, il faudra prévoir une nouvelle procédure de passation ainsi qu'un nouveau contrat de marché.

Article 7 : Objet des marchés

7.1. Dispositions générales

Les prestations qui font l'objet des marchés doivent répondre exclusivement à la nature et à l'étendue des besoins à satisfaire. L'Administration contractante est tenue de déterminer aussi exactement que possible les spécifications et la consistance de ces prestations avant tout appel à la concurrence ou toute négociation.

Le marché précise les normes applicables.

7.2. Marchés à bons de commandes

Dans le cadre de dépenses de fonctionnement, lorsque l'étendue ou le rythme des besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement définis lors de la passation du marché, il peut être passé des marchés à bons de commandes. Sauf dans les cas d'exception explicitement permis par le présent Code, les marchés par bons de commandes ne seront octroyés qu'à des fournisseurs sélectionnés sur une base compétitive en conformité avec le Chapitre III.

Dans ce cas, le marché fixe le maximum de prestations, arrêté en valeur ou en quantité, susceptible d'être commandé au cours de la durée prévue par le marché. Il peut prévoir une clause de reconduction tacite ou expresse sans que la durée totale puisse excéder trois ans. Il peut prévoir que plus d'un candidat sera sélectionné pour remplir les commandes qui seront émises au cours de la durée du marché.

L'Administration contractante fixe, dans la mesure du possible et en conformité avec l'Article 3, le minimum des

prestations, arrêté en valeur ou en quantité, susceptible d'être commandé au cours de la durée prévue à l'alinéa précédent.

Le marché à bons de commandes s'exécute par émission par l'Administration contractante de bons de commandes en fonction des besoins à satisfaire. Le bon de commande précise, dans les limites prévues par le marché, les dispositions contractuelles applicables à la commande. La forme et les renseignements additionnels que doivent contenir les bons de commandes peuvent être fixés par Arrêté du conseil des ministres. Au moment de son émission, une copie de tout bon de commande doit être remise à la Commission prévue au Chapitre VI.

7.3. Allotissement

Sous réserve de ce qui est prévu à l'Article 3, lorsque de l'avis de l'Administration contractante et de la Commission prévue au Chapitre VI, le fractionnement est susceptible de présenter des avantages techniques ou financiers, les travaux, fournitures ou services peuvent être répartis en lots pouvant donner lieu chacun à un marché distinct. L'Administration contractante fixe alors 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. L'avis d'appel à la concurrence doit comporter à cet égard toutes précisions utiles.

Si les marchés concernant un ou plusieurs lots n'ont pu être attribués, l'Administration contractante du marché a la faculté d'engager une nouvelle procédure en modifiant, le cas échéant, la consistance de ces lots.

Article 8 : Prix des marchés

8.1. Nature du prix

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. Les marchés peuvent également comporter exceptionnellement des prestations exécutées en régie ou rémunérées sur la base des dépenses contrôlées. Dans ces derniers cas, le marché doit indiquer la nature, le mode de décompte et, éventuellement, la valeur des divers éléments qui concourent à la détermination du prix de règlement. Sur avis de la Commission, des conditions supplémentaires applicables aux prestations exécutées en régie ou rémunérées sur la base de dépenses contrôlées peuvent être fixées par décret du conseil des ministres.

8.2. Prise en compte des variations des conditions économiques

8.2.1. Le prix est ferme lorsqu'il ne peut pas être modifié, en cours d'exécution du marché, à raison des variations des conditions économiques ; dans le cas contraire, les conditions de détermination du prix de règlement sont expressément prévues par le marché.

Le prix est ferme actualisable lorsque le marché prévoit l'actualisation si la notification du marché intervient plus de trois mois après la date d'établissement des prix.

Le prix est révisable ou ajustable lorsque le marché prévoit la révision ou l'ajustement par fractions successives liées au versement d'acomptes et au paiement pour solde.

8.2.2. Lorsque le marché comporte une clause de révision de prix, le prix initial doit être révisé par fractions successives liées au versement d'acomptes et au paiement pour solde. La valeur finale des paramètres utilisés pour la révision doit être appréciée au plus tard à la date de réalisation soit contractuelle, soit réelle des opérations donnant lieu à ces versements.

Lorsque la valeur finale des paramètres n'est pas connue au moment de l'établissement du décompte, l'Administration contractante doit procéder à un règlement provisoire soit sur la base de la valeur initiale prévue au contrat, soit sur la base de la valeur révisée en fonction de la dernière situation économique connue. Dès que les éléments nécessaires sont déterminés, il est procédé intégralement à la révision.

Cette opération peut toutefois, si le contrat le prévoit, être effectuée en fin de marché ou à la fin de chaque année pour les marchés dont l'exécution s'échelonne sur plusieurs années.

Lorsqu'une avance prévue aux paragraphes 12.2.1 ou 12.2.2 est, par application de l'article 12.2.3 remboursée par précompte sur les sommes soumises à la clause de révision dues à titre d'acompte ou de solde, la clause de révision de prix ne s'applique que sur la différence entre le montant initial de l'acompte ou du solde et le montant de l'avance à déduire.

Article 9 : Cautionnement

9.1. Principe

Tout titulaire d'un marché peut être tenu de fournir un cautionnement en garantie de la bonne exécution du marché et du recouvrement des sommes dont il serait reconnu débiteur au titre du marché.

Le montant du cautionnement ne peut être supérieur à 5% du montant initial du marché augmenté, le cas échéant, du montant des avenants lorsque le marché ne prévoit pas de délai de garantie et à 10% lorsque le marché est assorti d'un délai de garantie.

Les modalités et les époques de constitution et de restitution du cautionnement sont fixées par le marché.

9.2. Forme

9.2.1. Les oppositions sur le cautionnement doivent être faites entre les mains du comptable qui a reçu ce cautionnement ; toutes autres oppositions sont nulles et non avenues.

9.2.2. Le cautionnement est constitué par une caution personnelle et solidaire dans les conditions fixées à l'Article 11. Les dispositions du dernier alinéa du paragraphe 11.3 sont applicables dans les délais fixés par le paragraphe 9.3.

9.3. Restitution

Le cautionnement est libéré pour autant que le titulaire du marché a rempli ses obligations, à la suite d'une mainlevée délivrée comme celle qui peut remplacer la retenue de garantie par l'Administration contractante dans le délai d'un mois suivant l'expiration du délai de garantie ou, si le marché ne comporte pas un tel délai, suivant la réception des travaux, fournitures ou services.

À la demande du titulaire du marché, la mainlevée doit être établie un mois après la réception provisoire comprenant la levée des réserves.

À l'expiration du délai du mois susvisé, la caution cesse d'avoir effet, même en l'absence de mainlevée, sauf si l'Administration contractante a signalé par lettre recommandée adressée à l'établissement bancaire agréé que le titulaire du marché n'a pas rempli toutes ses obligations. Dans ce cas, il ne peut être mis fin à l'engagement de la caution que par mainlevée délivrée par l'Administration contractante.

Article 10 : Garanties autres que le cautionnement

10.1. Garanties sur le versement d'avances

Le titulaire d'un marché ne peut recevoir d'avance qu'après avoir constitué, dans les conditions fixées à l'Article 11, une caution personnelle s'engageant solidairement avec lui à rembourser, s'il y a lieu, 100% des avances consenties.

L'Administration contractante libère les cautions fournies en garantie du remboursement des avances à mesure que les avances sont effectivement remboursées dans les conditions fixées au paragraphe 12.2.3.

10.2. Garanties sur le matériel mis à disposition

10.2.1. Lorsque, en vue de l'exécution des travaux ou des fournitures ou services, des matériels, machines, outillages ou approvisionnements sont remis par l'Administration contractante au titulaire du marché sans transfert de propriété à son profit, celui-ci assume à leur égard la responsabilité légale du dépositaire.

Dans ce cas, l'Administration contractante peut exiger :

- i) un cautionnement ou une caution personnelle et solidaire, garantissant la représentation des matériels, machines, outillages ou approvisionnements remis ; ou
- ii) une assurance contre les dommages subis même en cas de force majeure ; ou
- iii) le cautionnement prévu au sous alinéa i) et l'assurance prévue au sous alinéa ii) ci-dessus.

L'Administration contractante peut également prévoir dans le marché des pénalités pour retard imputables au titulaire dans la restitution ou la représentation des matériels, machines, outillages ou approvisionnements remis.

10.2.2. Lorsque, en vue de l'exécution des travaux ou des fournitures ou services, des approvisionnements sont remis au titulaire du marché avec transfert de propriété à son profit, celui-ci est responsable de la représentation, soit de ces approvisionnements eux-mêmes, soit d'approvisionnements de substitution ayant une valeur correspondante, jusqu'à exécution de ses obligations contractuelles. Les approvisionnements de substitution prévus au présent alinéa peuvent comprendre, sans en limiter la portée, les matériaux, matières premières et objets fabriqués.

Le contrat détermine les conditions dans lesquelles, en cas d'utilisation partielle ou de résiliation du marché, le titulaire doit restituer à l'Administration contractante les approvisionnements remis ou les approvisionnements de substitution de valeur correspondante restant en excédent.

Les garanties exigées et les pénalités prévues au paragraphe 10.2.1 peuvent être exigées ou prévues dans le cas du présent paragraphe.

10.3. Garanties sur le versement d'acomptes

Les marchés peuvent spécifier qu'en contrepartie du paiement d'acomptes, la propriété des approvisionnements, des travaux et fournitures élémentaires et des produits intermédiaires correspondant à ces acomptes et énumérés sur un inventaire, est transférée à l'Administration contractante. Dans ce cas, le bénéficiaire des acomptes assume néanmoins à l'égard des approvisionnements et produits intermédiaires dont la propriété a été transférée mais qui sont restés en dépôt sur le chantier, en usine ou en atelier, la responsabilité légale du dépositaire.

Outre l'application des dispositions du premier alinéa du paragraphe 12.3.1, les marchés peuvent spécifier que les marques apparentes attestant la propriété de l'Administration contractante doivent être apposées par le bénéficiaire des acomptes sur les approvisionnements et sur les produits intermédiaires transférés.

Le transfert de propriété des approvisionnements, travaux élémentaires et produits intermédiaires est annulé en cas de

non réception par l'Administration contractante des travaux ou des fournitures ou services qui font l'objet du marché. En cas de perte d'approvisionnements ou de produits intermédiaires transférés ou de rebut des travaux ou des fournitures ou services, l'Administration contractante doit exiger du bénéficiaire d'acomptes, soit :

i) le remplacement à l'identique :

ii) la restitution immédiate des acomptes sauf possibilité d'imputation sur les versements à intervenir ; ou

iii) la constitution d'une caution garantissant la restitution des acomptes.

10.4. Garanties en cas de résiliation

Lorsque, en application du deuxième alinéa du paragraphe 12.1.4, un délai est accordé au titulaire d'un marché pour reverser le solde prévu dans cet alinéa, le titulaire doit, si le marché n'a pas prévu de cautionnement, fournir la garantie d'une caution personnelle s'engageant solidairement avec lui à rembourser ledit solde.

10.5. Autres garanties

Les cahiers des charges déterminent, s'il y a lieu, les garanties autres que les cautionnements, cautions personnelles et solidaires ou transferts de propriété, telles que les affectations hypothécaires, dépôts de matières dans les magasins de l'État, ou autres transactions similaires, qui peuvent être demandées, à titre exceptionnel, aux titulaires de marchés pour assurer l'exécution de leurs engagements. Ils précisent les droits que l'Administration contractante peut exercer sur ces garanties.

10.6. Dérogations

Lorsque le titulaire du marché est un établissement public ou une société dont l'État détient 50% ou plus du capital social, les garanties prévues au présent Article ne peuvent être exigées. La présente dérogation concernant le cautionnement n'affecte en rien l'obligation d'une telle société de se conformer aux autres dispositions du présent Code.

Article 11 : Régime des cautions personnelles et solidaires

11.1. Engagement de la caution

L'engagement de la caution personnelle et solidaire doit être établi selon un modèle fixé par arrêté. Ce modèle doit comporter l'engagement de verser, jusqu'à concurrence de la somme garantie, les sommes dont le titulaire viendrait à se trouver débiteur au titre du marché. Ce versement est fait sur l'ordre de l'Administration contractante, et cela sans que la caution puisse différer le paiement ou soulever de contestation pour quelque motif que ce soit.

11.2. Conditions à remplir par les cautions

La caution personnelle et solidaire doit être choisie parmi les établissements bancaires ou financiers figurant sur la liste dressée par la Banque Centrale de Djibouti en vertu de l'Article 1 de la Loi n°92/AN/05/5ème L relative à l'Ouverture, à l'Activité et au Contrôle des Établissements de Crédit.

Nonobstant l'alinéa précédant, un candidat étranger à un marché public peut délivrer une caution provenant d'une banque étrangère légalement autorisée à offrir des services bancaires dans le pays d'origine de la banque. Sans limiter la portée de ce qui précède, une garantie bancaire à première demande émise en conformité avec les lois du pays d'origine de la banque constitue une caution valable pour les fins du présent alinéa. Lorsqu'un candidat étranger compte délivrer une caution provenant d'une banque étrangère, le candidat doit délivrer avec ladite caution un document officiel des autorités compétentes du pays d'origine de la caution confirmant que la banque qui l'a émise est légalement autorisée à émettre une telle caution. À défaut d'être accompagnée d'un tel document, la caution étrangère sera considérée nulle et non avenue.

11.3. Révocation des cautions

La révocation de l'inscription sur la liste mentionnée au paragraphe 11.2 interdit à la caution de souscrire, à compter de la notification de la décision de révocation, de nouveaux engagements. Elle peut, en outre, avoir effet sur les engagements contractés antérieurement à la notification de cette décision.

L'Administration contractante conserve en outre la faculté de révoquer la caution acceptée dans les conditions prévues au paragraphe 11.4. La révocation intervient après avis de la Commission prévue au Chapitre VI.

La décision de révocation est notifiée à l'intéressé.

Lorsque la révocation a effet sur les engagements contractés antérieurement à la notification de la décision de révocation, elle est, en outre, portée à la connaissance des administrations contractantes. Celles-ci doivent aussitôt en aviser les titulaires des marchés intéressés et les inviter, soit à présenter dans un délai de 10 jours à compter de la date de cette notification une nouvelle caution, soit à constituer, dans le même délai, un cautionnement d'un montant égal à la sûreté couverte par la caution.

Nonobstant la révocation de l'agrément, les engagements pris par la caution subsistent avec tous leurs effets soit jusqu'à mainlevée délivrée par l'Administration contractante, soit, lorsqu'il s'agit d'une caution produite en remplacement du cautionnement, jusqu'aux termes fixés par le paragraphe 9.3.

11.4. Choix de la caution

L'Administration contractante conserve sa liberté d'acceptation ou de non-acceptation des cautions proposées par les titulaires de marchés remplissant les conditions prévues au paragraphe 11.2. Toutefois, un tel refus éventuel par l'Administration contractante doit être justifié au regard de conditions claires et précises portées à la connaissance préalable des soumissionnaires.

Dans le délai fixé par le marché ou par le quatrième alinéa du paragraphe 11.3 pour la réalisation de sûretés imposées au titulaire du marché, la caution qui accorde sa garantie doit faire parvenir à l'Administration contractante l'engagement prévu au paragraphe 11.1.

Article 12 : Règlement

12.1. Dispositions générales

12.1.1. 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 le présent Article. Chaque marché doit déterminer les conditions administratives ou techniques auxquelles sont subordonnés les versements d'avances et d'acomptes conformément aux règles d'attribution prévues au présent Article.

Les opérations effectuées par le titulaire d'un marché, qui donnent lieu à versement d'avances ou d'acomptes ou à paiement pour solde, doivent être constatées par un écrit dressé par l'Administration contractante, ou vérifié et accepté par elle.

12.1.2. Sauf accord de l'Administration contractante constaté par avenant, le titulaire ne peut disposer des approvisionnements ayant fait l'objet d'avances ou d'acomptes pour d'autres travaux ou fournitures ou services que ceux prévus au contrat.

Lorsque le titulaire du marché est autorisé à disposer des approvisionnements, l'avenant établi à cet effet doit préciser les conditions dans lesquelles les versements d'avances ou d'acomptes correspondants doivent être restitués ou retenus sur les versements à intervenir.

12.1.3. 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 en cas de réception ou d'admission partielle.

12.1.4. En cas de résiliation totale ou partielle du marché, l'Administration contractante peut, sans attendre la liquidation définitive et si la demande lui en est faite, mandater au profit du titulaire 80% au maximum du solde créditeur que fait apparaître une liquidation provisoire.

Réciproquement, si la liquidation provisoire fait apparaître un solde créditeur au profit de l'Administration contractante, celle-ci peut exiger du titulaire du marché le reversement immédiat de 80% du montant de ce solde. Toutefois, un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette si le titulaire fournit la garantie prévue au paragraphe 10.4.

12.1.5. Est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé ou de paiement par annuités.

12.2. Avances

12.2.1. Avance forfaitaire

Une avance dite "avance forfaitaire" peut être accordée par l'Administration contractante au titulaire du marché. Son montant ne peut excéder 20% du montant initial du marché.

À la demande du titulaire du marché, elle doit être mandatée sans formalité dans le délai d'un mois compté à partir de la date d'effet de l'acte qui emporte commencement d'exécution du marché, à condition toutefois que le titulaire ait justifié de l'engagement d'une caution personnelle et solidaire dans les conditions prévues au paragraphe 10.1.

Le montant de l'avance n'est ni révisable, ni actualisable.

12.2.2. Autres avances

Des avances peuvent également être accordées au titulaire d'un marché à raison des opérations préparatoires à l'exécution des travaux, des fournitures ou des services qui font l'objet du marché dans les cas énumérés ci-après :

i) si le titulaire d'un marché justifie se trouver dans l'obligation de faire des dépenses préalables importantes, telles que achats de brevets, frais d'études nécessités par l'exécution du marché, réalisation d'installation, investissement en matériels, machines ou outillage ; et

ii) si le titulaire d'un marché justifie de la conclusion d'un contrat d'achat ou d'une commande d'approvisionnements destinés à entrer dans la composition des travaux ou des fournitures ou services qui font l'objet du marché.

Le montant des avances visées au présent paragraphe ne peut excéder ni le montant estimé des débours qui seront supportés par le titulaire du marché au titre des dépenses concernées, ni 30% du montant initial du marché.

12.2.3. Remboursement des avances

Le remboursement de l'avance forfaitaire visée au paragraphe 12.2.1 et de l'avance visée au premier alinéa du paragraphe 12.2.2 s'effectue par précompte sur les sommes dues ultérieurement au titulaire à titre d'acomptes visés au deuxième alinéa du paragraphe 12.3.1 à un rythme fixé par le marché. En tout état de cause, le remboursement de l'ensemble des avances doit être terminé lorsque le montant des prestations exécutées estimé en prix initial atteint 80% du montant initial du marché.

12.3. Acomptes

12.3.1. Principe

Les prestations définies à l'alinéa suivant, impliquant un commencement d'exécution du marché, ouvrent droit à des acomptes même lorsqu'elles ne sont accompagnées d'aucun transfert de propriété au profit de l'Administration contractante.

L'Administration contractante doit verser des acomptes, suivant les modalités fixées par le marché, à tout titulaire d'un marché prévoyant un délai d'exécution supérieur à trois mois s'il justifie avoir accompli pour l'exécution dudit marché l'une des prestations suivantes, soit par lui-même, soit par l'intermédiaire de sous-traitants, lorsque ceux-ci ne sont pas bénéficiaires d'un paiement direct en application des dispositions du paragraphe 12.5 :

- i) Dépôt sur le chantier, en usine ou en atelier des approvisionnements, matériaux, matières premières, objets fabriqués, etc. destinés à entrer dans la composition des travaux ou des fournitures ou services qui font l'objet du marché, sous réserve qu'ils aient été acquis par le titulaire du marché en toute propriété et effectivement payés par lui et qu'ils soient lotis d'une manière telle que leur destination ne fasse aucun doute et qu'ils puissent être facilement contrôlés par l'Administration contractante ; ou
- ii) Accomplissement d'opérations intrinsèques d'exécution des travaux ou fournitures ou services constatées dans les attachements ou procès-verbaux administratifs, sous réserve de la preuve de leur paiement par le titulaire du marché lorsque ces opérations ont été exécutées par des sous-traitants.

12.3.2. Montant

Le montant d'aucun acompte ne doit excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte ; cette valeur est appréciée selon les termes du contrat.

Il y a lieu d'en déduire la part des avances, fixées par le contrat, qui doit être retenue en application des dispositions du paragraphe 12.2.3. Dans le cas d'acomptes versés en fonction de phases techniques d'exécution, le marché peut fixer, sous réserve de l'application des dispositions des paragraphes 12.2.3, 12.3.1 et 12.3.3, le montant de chaque acompte forfaitairement sous forme de pourcentage du montant initial du marché.

12.3.3. Périodicité

Les versements d'acomptes doivent intervenir au moins tous les trois mois, lorsque se trouvent réalisées les conditions indiquées au paragraphe 12.3.1.

Les acomptes peuvent s'échelonner pendant la durée d'exécution du marché suivant les termes périodiques ou en fonction des phases techniques d'exécution, définis par le marché.

12.4. Délais de règlement

12.4.1. Le marché précise le délai dans lequel intervient le paiement des acomptes et du solde. Ce délai ne peut excéder 75 jours. L'Administration contractante est tenue de transmettre le dossier de mandatement à l'ordonnateur dans un délai de 45 jours.

Toutefois, le marché peut prévoir un délai plus long pour le paiement du solde ; ce délai ne peut excéder 105 jours.

Dans ce cas, l'Administration contractante est tenue de transmettre le dossier de mandatement à l'ordonnateur dans un délai de 75 jours.

Le délai court à partir des termes périodiques ou du terme final fixés par le marché ou, lorsque le marché n'a pas fixé de tels termes, à partir de la réception de la demande du titulaire appuyée des justifications nécessaires. Cette demande doit être adressée à l'Administration contractante par lettre recommandée avec avis de réception postal ou lui être remise contre récépissé dûment daté. Dès le retour de l'avis de réception postal ou dès la remise du récépissé, le titulaire adresse au comptable assignataire une note comportant les renseignements indispensables à l'identification de la créance et précisant la date de réception de la demande de paiement portée sur l'avis ou sur le récépissé. Sous réserve des dispositions du paragraphe 12.4.2, le défaut de paiement dans le délai prévu aux alinéas précédents fait courir de plein droit et sans autre formalité, au bénéfice du titulaire, des intérêts moratoires qui sont calculés conformément aux dispositions du paragraphe 12.4.5 à partir du jour suivant l'expiration dudit délai jusqu'à la date de paiement du principal.

12.4.2. Le délai prévu à l'Article précédent ne peut être suspendu qu'une seule fois et par l'envoi au titulaire, huit jours au moins avant l'expiration du délai, d'une lettre recommandée avec avis de réception postal, lui faisant connaître les raisons qui, imputables au titulaire, s'opposent au paiement, et précisant notamment les pièces à fournir ou à compléter. Cette lettre doit indiquer qu'elle a pour effet de suspendre le délai de paiement jusqu'à la remise par le titulaire, au moyen d'une lettre recommandée avec avis de réception postal ou contre récépissé, portant bordereau des pièces

transmises, de la totalité des justifications qui lui ont été réclamées.

Le délai de paiement, à compter de la fin de la suspension, ne peut, en aucun cas, être inférieur à 45 jours.

12.4.3. En cas de désaccord sur le montant d'un acompte ou du solde, le paiement est effectué sur la base provisoire des sommes admises par l'Administration contractante. Lorsque les sommes ainsi payées sont inférieures à celles qui sont finalement dues au titulaire, celui-ci a droit à des intérêts moratoires calculés sur la différence.

12.4.4. Si l'Administration contractante fait appel à une tierce personne, telle que le bureau de contrôle, un architecte ou autre prestataire de service, dont l'intervention conditionne le paiement des sommes dues au titre d'un marché, elle n'est pas dégagée de l'obligation de respecter les délais prévus au paragraphe 12.4. Le contrat conclu avec cette tierce personne doit indiquer les délais dans lesquels celle-ci doit effectuer ses interventions ainsi que les pénalités encourues. L'Administration contractante se réserve la faculté d'effectuer ou de faire effectuer, après mise en demeure, les prestations aux frais du défaillant.

12.4.5. Le taux des intérêts moratoires prévus au paragraphe 12.4.1 est le taux des obligations cautionnées en vigueur à la date d'expiration du délai contractuel de paiement.

12.4.6. Dans le cas où le marché prévoit 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 ainsi prévues dans le contrat.

12.4.7. En cas de résiliation du marché, à défaut d'accord entre les parties intervenu dans les six mois, le versement éventuel d'une indemnité et son montant sont décidés par le Président de la République sur proposition de l'Administration contractante après avis de la Commission des marchés.

À défaut de décision ou d'accord contractuel dans le délai de six mois prévu à l'alinéa précédent, des intérêts moratoires sont acquis de plein droit au titulaire du marché à partir de l'expiration de ce délai jusqu'à la date de la notification de la décision ou de la conclusion d'un accord contractuel enfin intervenu. Ils sont calculés sur l'indemnité de résiliation au taux visé au paragraphe 12.4.5.

12.5. Paiement direct des sous-traitants

12.5.1. Le titulaire d'un marché ayant le caractère d'un contrat d'entreprise peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu de l'Administration contractante l'agrément de chaque sous-traitant. Le recours à des tiers laisse le titulaire du marché personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du marché tant envers l'Administration contractante qu'envers les ouvriers.

12.5.2. Le marché peut prévoir le paiement direct des sous-traitants régulièrement agréés dans les conditions prévues au paragraphe 12.5.1 et dont le montant du contrat de sous-traitance est supérieur ou égal au seuil prévu à l'Article 4. Le titulaire doit à cet effet établir que le nantissement du marché ne fait pas obstacle au paiement direct du sous-traitant, en produisant soit l'exemplaire unique qui lui a été délivré, soit une attestation du comptable assignataire de la dépense.

12.5.3. En cas de paiement direct d'un sous-traitant dans les conditions prévues au paragraphe 12.5.2, le montant des sommes à payer directement au sous-traitant est établi sur la base du montant indiqué par le titulaire dans la limite des sommes restant dues au titulaire au titre du marché. Le paiement direct du sous-traitant s'effectue par précompte sur les sommes dues au titulaire à titre d'acompte ou de solde.

12.5.4. En cas de cessation de paiement du titulaire du marché, les sous-traitants, régulièrement agréés dans les conditions prévues au paragraphe 12.5.1 qui ne bénéficient pas déjà du paiement direct, peuvent obtenir le paiement direct des sommes dont ils justifient être crédateurs au titre du contrat de sous-traitance, dans la limite des sommes restant dues au titulaire au titre du marché et sous réserve du nantissement du marché.

12.6. Pénalités pour retard d'exécution

Lorsque le marché prévoit l'application de pénalités au titulaire, le montant de celles-ci, lorsqu'il peut être retenu par précompte sur les sommes dues au titulaire, vient en atténuation de la dépense. S'il ne peut être précompté, il donne lieu à l'émission d'un ordre de recette.

Une remise de pénalité ne peut être accordée que sur proposition de l'Administration contractante après avis de la Commission nationale des marchés visée au Chapitre VI du présent code.

12.7 Ajournement et résiliation des marchés

À l'initiative de l'Administration contractante, tout marché public peut faire l'objet d'ajournement ou de résiliation :

- a) en cas de manquement grave du titulaire à ses obligations ;
 - b) lorsque la réalisation du marché est devenue inutile ou inadaptée compte tenu des nécessités du service public
 - c) lorsque le titulaire cesse de rencontrer les conditions exigées par l'Article 13 du présent Code; ou
 - d) en tout autre cas prévu aux clauses administratives générales ou particulières qui s'appliquent au marché.
- Un marché public peut faire l'objet d'une résiliation à la demande du titulaire:

- a) en cas de carence de l'Administration contractante rendant l'exécution du marché impossible;
- b) en tout autre cas prévus aux clauses administratives générales ou particulières qui s'appliquent au marché.

CHAPITRE III PASSATION DES MARCHÉS SECTION I - DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 13 : Conditions exigées

13.1. Obligations fiscales et sociales

13.1.1. Ne peuvent conclure des marchés ou obtenir des commandes de la part des personnes visées à l'Article 1 les personnes physiques ou morales qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière de fiscalité directe et indirecte et de cotisations patronales ou n'ont pas effectué le paiement aux services de recouvrement compétents. Toutefois, sont admises à conclure des marchés les personnes qui, à défaut de paiement, ont constitué des garanties jugées suffisantes par l'organisme ou le comptable responsable du recouvrement ainsi que les personnes qui, à la date de l'exécution d'un marché public ont régularisé leur situation. Les personnes physiques qui sont dirigeantes de droit ou de fait d'une personne morale qui ne satisfait pas aux conditions prévues aux alinéas précédents ne peuvent obtenir personnellement de marchés.

13.1.2. Sont pris en considération pour l'application du paragraphe 13.1.1, les impôts directs, les cotisations de prestations sociales pour lesquels les délais sont échus au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu l'exécution du marché ainsi que tous impôts et cotisations visés ci-dessus, qui sont devenus exigibles à cette date, avec les majorations et pénalités y afférentes.

13.1.3. En vue de justifier la régularité de sa situation conformément aux dispositions du paragraphe 13.1.1 le soumissionnaire pour un marché doit produire une attestation dite "attestation générale", établie selon un modèle fixé par arrêté, et visée par les services de recouvrement compétents. Au lieu de produire une attestation générale, un soumissionnaire étranger doit produire une déclaration sur l'honneur confirmant qu'il remplit bien ses obligations sociales et fiscales. La Commission nationale des marchés visés au Chapitre VI du présent code peut fixer la forme que doit prendre une telle déclaration sur l'honneur.

13.1.4. Dès notification du marché au titulaire, l'Administration contractante adresse une copie du marché aux services de recouvrement des impôts et cotisations patronales.

13.2. Exclusion pour infraction au code général des impôts

13.2.1. Ne peuvent conclure des marchés ou obtenir des commandes de la part des personnes visées à l'Article 1 :

- i) toute personne condamnée pour infraction à une disposition du code général des impôts prévoyant des sanctions pénales et à l'encontre de laquelle le tribunal a prononcé l'interdiction d'obtenir de tels marchés ou commandes ;
- ii) toute personne morale sous le couvert de laquelle le condamné agirait pour se soustraire à cette interdiction ; et
- iii) toute entreprise redevable de l'impôt fraudé lorsque la personne condamnée qui a fait l'objet de l'interdiction est un dirigeant de droit ou de fait de l'entreprise ; cette exclusion s'applique pendant toute la durée de l'interdiction et cesse si ce dirigeant en est relevé par décision judiciaire.

L'exclusion prononcée en application de l'alinéa précédent cesse de plein droit lorsque l'entreprise n'emploie plus la personne condamnée.

Les dispositions du premier alinéa sont applicables aux entreprises qui exécutent en qualité de sous-traitant une partie d'un marché.

En cas d'inobservation des dispositions prévues par le présent Article, le marché, peut, aux torts exclusifs du titulaire, être résilié ou mis en régie selon la procédure prévue au paragraphe 14.1.2.

13.2.2. Les cahiers des charges doivent rappeler l'interdiction visée au paragraphe 13.2.1.

Le défaut de déclaration que l'entreprise n'est pas visée par une des interdictions de l'Article 13 n'est pas de nature à faire écarter l'offre ou la proposition, mais le marché ne pourra être conclu qu'à la condition formelle que cette déclaration soit produite par le candidat sélectionné.

En vue d'obtenir l'agrément d'un sous-traitant, le titulaire remet à l'Administration contractante une déclaration de même nature établie par le sous-traitant proposé.

L'Administration contractante est fondée à demander les explications et à exiger les justifications qu'elle peut estimer utiles quant à la conformité d'un candidat sélectionné aux exigences du présent Article.

13.3. Personnes en faillite ou en règlement judiciaire

Les personnes physiques ou morales en état de faillite ne sont pas admises à soumissionner. Aucun marché ne peut leur être attribué.

Les personnes physiques ou morales admises au règlement judiciaire doivent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leur activité et qu'elles ont reçu une autorisation spéciale de soumissionner émanant de l'autorité compétente pour passer le marché.

13.4. Cautionnement de l'offre

L'Administration contractante peut stipuler que les candidats au marché sont tenus de fournir un cautionnement ou l'engagement d'une caution en garantie de l'engagement du candidat durant le délai de validité des offres ou des propositions. Le dossier d'appel d'offres fixe le montant du cautionnement, qui ne peut être supérieur à 5% du montant de l'offre ou de la proposition.

Article 14 : Forme des offres ou des propositions

14.1. Formalités pour participer à une consultation

14.1.1. À l'appui des candidatures, des offres ou des propositions déposées par les candidats aux marchés, seuls les renseignements suivants peuvent être exigés :

- i) tous documents ou formalités prévus par des textes législatifs ou réglementaires ;
- ii) des pièces ou renseignements relatifs à la nature et aux conditions générales d'exploitation de l'entreprise, à ses moyens techniques, à ses références, aux pouvoirs de la personne habilitée pour l'engager et à sa nationalité ; et
- iii) les renseignements additionnels qui peuvent être exigés et énumérés dans un modèle de déclaration du candidat établi par arrêté.

14.1.2. L'inexactitude de la déclaration établie en application du sous alinéa iii) du paragraphe 14.1.1 peut entraîner les sanctions suivantes ou l'une d'entre elles seulement :

- i) par décision du Comité de Règlement des différends prévu au Chapitre V, l'exclusion temporaire ou définitive du déclarant des marchés publics ; ou
- ii) par décision de la Commission nationale des marchés, sans mise en demeure préalable et aux frais et risques du déclarant :
 - a) soit l'établissement d'une régie,
 - b) soit la résiliation du marché, suivie ou non de la passation d'un autre marché.

Avant toute décision sur une sanction prévue au présent article, le déclarant est invité, au préalable, à présenter ses observations. La décision d'exclusion prévue au sous alinéa i) du présent article doit être motivée et notifiée au titulaire. Le Président de la Commission nationale des marchés assure la publication de toute décision prise en vertu du sous alinéa i) ou ii) du présent article.

Les excédents de dépenses résultant de la régie ou de la passation d'un autre marché, après résiliation, sont prélevés sur les sommes qui peuvent être dues au déclarant, sans préjudice des droits à exercer contre lui en cas d'insuffisance. Les diminutions éventuelles de dépenses restent acquises à l'Administration contractante.

14.1.3. La déclaration visée au sous alinéa iii) du paragraphe

14.1.1 doit comporter engagement du déclarant de se soumettre le cas échéant, aux sanctions visées au paragraphe 14.1.2.

14.2. Engagement du candidat

14.2.1. L'offre dans les marchés sur appel d'offres ou la proposition dans les marchés négociés sont établies en un seul original sous forme d'un acte d'engagement souscrit par les candidats au marché.

14.2.2. Les offres ou propositions doivent être signées par les candidats qui les présentent ou par leurs mandataires dûment habilités, sans qu'un même mandataire puisse représenter plus d'un candidat pour un même marché.

Article 15 : Établissement du marché

Sur avis de la Commission, l'acte d'engagement confirmant la conclusion du marché est signé par le titulaire et par l'Administration contractante qui passe le marché et, dans les vingt jours qui suivent la dernière de ces signatures, approuvé, sur avis de la Commission nationale des marchés, par le Président de la République, le Premier ministre et le Ministre des Finances.

Après approbation, le marché est notifié au titulaire. La notification consiste en une remise au destinataire contre

récépissé ou un envoi par lettre recommandée avec avis de réception. La date de notification est la date du récépissé ou celle de réception de l'avis. Le marché prend effet à cette date.

SECTION II PROCÉDURES DE PASSATION

Article 16 : Dispositions communes

16.1. Sous réserve des dispositions prévues à l'Article 18, les marchés sont passés après mise en concurrence. Ils doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution.

Ils peuvent être passés soit sur appel d'offres en conformité avec l'Article 17, soit sous forme de marché négocié dans les cas visés à l'Article 18.

Dans tout processus d'évaluation des offres ou des fournisseurs de travaux, biens ou service, l'Administration contractante peut tenir compte non seulement du prix indiqué, mais également de la qualité, de la quantité, des modalités de livraison, du service offert, de la capacité du fournisseur de satisfaire aux conditions du marché public et de tout autre critère se rapportant directement au marché public et compatible avec les Articles 16 à 19 du présent Code. Les documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public, les critères d'évaluation qui seront appliqués et les méthodes de pondération et d'évaluation des critères.

16.2. Les avis d'appel d'offres ouvert ou d'appel public de candidatures font l'objet d'une publicité par insertion obligatoire dans le journal "La Nation" et, le cas échéant, par tous autres moyens de publicité.

Lorsqu'un marché public est au-delà d'un seuil précisé par voie de décret ou arrêté, ou lorsque la Commission prévue au Chapitre VI considère à sa discrétion qu'il est utile de le faire, elle verra à publier le marché public au niveau international. La méthode de publication internationale est laissée à l'appréciation de la Commission des marchés prévue au Chapitre VI.

Article 17 : Marchés sur appel d'offres

17.1. Définition

L'appel d'offres ouvert est la méthode privilégiée de passation des marchés, sauf exception.

L'appel d'offre peut être restreint dans les conditions prévues au présent code.

L'appel d'offres est dit "ouvert" lorsque tout candidat peut remettre une offre.

L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les candidats que l'Administration contractante a décidé de consulter dans les conditions prévues au paragraphe 17.4.

17.2. Appel d'offres ouvert

17.2.1. Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à trente jours à compter de la date de publication de l'avis d'appel d'offres. Ce délai peut être réduit, en cas d'urgence, par décision de l'Administration contractante après information de la Commission des marchés prévue au Chapitre VI.

L'avis d'appel d'offres, dont le modèle peut être fixé par arrêté, fait connaître au moins:

- i) l'objet du marché ;
- ii) le lieu où l'on peut prendre connaissance des cahiers des charges, du règlement de l'appel d'offres et, éventuellement, du règlement de l'appel d'offres ouvert en deux étapes dans les conditions prévues au paragraphe 17.5 ou bien les modalités d'obtention de ces documents
- iii) la date limite de réception des offres ;
- iv) le délai pendant lequel les concurrents restent engagés par leurs offres ;
- v) les justifications à produire touchant les qualités et les capacités exigées des concurrents ;
- vi) la source de financement du marché ;
- vii) une énumération complète et précise des autres considérations et critères de sélection du candidat gagnant qui peuvent entrer en ligne de compte en conformité avec le paragraphe 17.2.4 ; et
- viii) le lieu de remise des offres.

17.2.2. Les offres doivent être remises sous enveloppes cachetées. Elles doivent être déposées contre récépissé ou livrées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Dans le cas de marchés de prestation de services de consultant, l'enveloppe extérieure, qui porte l'indication de l'appel d'offres auquel l'offre se rapporte, contient deux enveloppes cachetées. Une des enveloppes intérieures contient les éléments techniques de l'offre ainsi que l'attestation générale prévue au paragraphe 13.1.3 et les justifications visées au sous alinéa v) du deuxième alinéa du paragraphe 17.2.1. L'autre enveloppe intérieure contient les éléments financiers de l'offre. L'appel d'offres peut contenir des conditions supplémentaires quant à la forme et au contenu de l'offre.

À leur réception, les plis sont enregistrés dans leur ordre d'arrivée sur un registre spécial. Ils doivent rester cachetés jusqu'au moment de leur ouverture dans les conditions fixées au paragraphe 17.2.3. Ces prescriptions sont appliquées sous la responsabilité d'un fonctionnaire désigné par l'Administration contractante.

17.2.3. A la date et jour d'expiration du délai de réception des offres, les plis contenant les offres sont ouverts par la Commission des marchés.

La séance d'ouverture des plis contenant les offres est publique, les candidats y sont admis.

Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus dans les conditions fixées au paragraphe 17.2.2 au plus tard à l'heure et à la date limite qui ont été fixées pour la réception des offres et qui rencontrent toute autres conditions à cet effet prévues dans l'appel d'offre. Les offres contenues dans les enveloppes intérieures, qui sont alors ouvertes, sont enregistrées dans toutes leurs parties essentielles y compris les pièces jointes. La Commission des marchés dresse un procès-verbal public des opérations d'ouverture. Lors de l'ouverture des offres et la rédaction du procès-verbal de la séance d'ouverture, la Commission des marchés est tenue de prendre toutes les précautions nécessaires afin d'éviter la divulgation d'information confidentielle d'un candidat. L'information confidentielle au sens de l'alinéa précédant comprend toute information technique, financière ou commerciale ou la propriété intellectuelle d'un candidat et dont la divulgation serait susceptible de causer un préjudice commercial au candidat ou de fournir un avantage concurrentiel à une tierce partie et que le candidat aura identifiée comme étant d'une telle nature. Les appels d'offres doivent contenir un rappel aux candidats quant à leur obligation d'identifier les parties de leurs offres qu'ils considèrent confidentielles au sens du présent Article.

17.2.4. La Commission des marchés élimine les candidats qui n'ont pas qualité pour remettre une offre ou dont les capacités sont jugées insuffisantes ou dont l'offre ne serait pas conforme à l'objet du marché. La Commission des marchés choisit l'offre qu'elle juge la mieux disante eu égard aux critères de sélection énumérés dans l'appel d'offre et à tout autre critère qui peut être fixé par la loi. Il est tenu compte, pour le choix de l'offre, des marges de préférence dans les cas prévus au paragraphe 17.2.5, si les documents d'appel d'offre prévoyaient de telles marges.

L'Administration contractante ou la Commission nationale des marchés peuvent communiquer avec les candidats que pour leur faire préciser ou clarifier la teneur de leurs offres. Lorsque de telles précisions ou clarifications seront sollicitées, aucune modification ou ajout à une offre n'est permise.

Nonobstant l'alinéa précédant, dans le cas où des offres sont tenues pour équivalentes, tous éléments considérés, l'Administration contractante pourra demander des renseignements supplémentaires aux candidats et pourra, en fonction de ces renseignements et sur avis de la Commission nationale des marchés, départager les candidats selon les critères qui lui semblent justes.

Une offre comportant une variante par rapport à l'objet du marché tel qu'il a été défini par l'Administration contractante peut être prise en considération si une telle possibilité est expressément prévue dans l'appel d'offres.

Dans un délai de sept (7) jours calendaires ouvrables après l'attribution définitive d'un marché au candidat sélectionné, la Commission nationale des marchés enverra à la publication un avis d'attribution. Cet avis comprendra au moins les informations suivantes :

- i) l'objet du marché ;
- ii) la date de la publication de l'invitation à participer ;
- iii) le mode de sélection des candidats ;
- iv) l'identité du candidat sélectionné ; et
- v) le montant total du marché.

Lorsque le choix final de l'offre retenue a été effectué, après avis de la Commission, l'Administration contractante avise tous les autres concurrents du rejet de leurs offres et leur restitue immédiatement leurs garanties de soumission ou cautions d'offre. Sur demande, l'Administration contractante leur communique aussi les motifs du rejet de leur offre. En accord avec le fournisseur sélectionné, l'Administration contractante procède à la conclusion du marché sans que les modifications entraînées ne remettent en cause les conditions de l'appel ayant pu avoir un effet sur les offres.

En tout temps avant la conclusion d'un marché avec un candidat, et à son entière discrétion, l'Administration contractante se réserve la faculté de ne pas donner suite à un appel d'offres. Dans ce cas, l'appel d'offres est déclaré infructueux et l'Administration contractante en avise tous les candidats et leur restitue immédiatement leur garantie de soumission ou caution d'offre.

17.2.5. Une marge de préférence d'au plus 7,5% peut être accordée aux offres émanant de personnes physiques de nationalité djiboutienne ou de personnes morales de droit djiboutien et dont le capital est détenu majoritairement par l'État ou par des personnes physiques de nationalité djiboutienne. Pour justifier sa nationalité au sens du présent article, le candidat peut être tenu de fournir une attestation délivrée par le Greffe du Tribunal du Commerce ou par le Service des Contributions Directes.

Une marge de préférence d'au plus 4% peut être accordée aux offres des personnes autres que celles visées à l'alinéa précédent qui s'engagent dans l'offre à sous-traiter au moins 20 % du montant des prestations objet du marché à des personnes telles que celles visées à l'alinéa précédent.

Aux fins de l'évaluation des offres reçues, une marge de préférence d'au plus 15% peut être accordée aux offres proposant des fournitures fabriquées dans la République de Djibouti.

Les documents d'appel d'offres fixent les modalités d'application des marges de préférence.

17.3. Appel d'offres ouvert précédé de pré qualification

17.3.1. Un marché peut être conclu par appel d'offres ouvert précédé de pré qualification lorsque le montant total de l'opération est supérieur à trois fois le seuil prévu à l'Article 4 et lorsque la Commission prévue au Chapitre VI et l'Administration contractante déterminent qu'il est dans l'intérêt de l'État de procéder ainsi. L'appel d'offres ouvert précédé de pré qualification est précédé d'un appel public de candidatures. Cet appel est fait par l'Administration contractante, soit à l'occasion de l'appel d'offres, soit pour un ensemble d'appels d'offres qu'elle prévoit de lancer au cours d'une période maximum de douze mois pour des prestations de même nature.

L'avis d'appel de candidatures prévu à l'alinéa précédent est porté à la connaissance du public par une insertion dans les conditions prévues au paragraphe 16.2.

Le délai de réception des candidatures ne peut être inférieur à 21 jours à compter de la date de publication de l'avis d'appel de candidatures. Ce délai peut être réduit, en cas d'urgence, par décision de l'Administration contractante après information de la Commission des marchés prévue au Chapitre VI.

L'avis d'appel de candidatures, dont le modèle peut être fixé par arrêté, indique au moins :

i) la nature particulière et l'importance des prestations ;

ii) les justifications à produire touchant les qualités et capacités des candidats, dans les conditions fixées au paragraphe 14.1.1 ; et

iii) la date limite de réception des candidatures et

iv) le lieu de remise des offres.

Les plis contenant les candidatures sont ouverts par la Commission des marchés prévue au Chapitre VI, dans les conditions prévues au paragraphe 17.2.3.

17.3.2. Sur avis de la Commission prévue au Chapitre VI et en conformité avec les dispositions de l'appel de candidatures, l'Administration contractante arrête la liste des candidats admis à présenter une offre.

L'avis adressé aux entrepreneurs ou fournisseurs retenus contient les indications énumérées aux sous alinéas i), ii), iii), iv), vi) et vii) du dernier alinéa du paragraphe 17.2.1.

Le délai accordé pour remettre les offres ne peut être inférieur à 21 jours à compter de l'envoi de l'avis. En cas d'urgence, ce délai peut être raccourci par décision de l'Administration contractante.

17.3.3. Les paragraphes 17.2.2 à 17.2.5 du présent Article sont applicables aux marchés passés par appels d'offres ouverts précédés de pré qualification.

17.4 Appel d'offres restreint

Un marché peut être conclu par appel d'offres restreint lorsque les candidats y ont été invités par l'Administration contractante. Le nombre de candidats admis à soumissionner doit assurer une concurrence réelle. À tout autre égard, la procédure d'appel d'offres restreint suit la procédure d'appel d'offres ouvert.

Il ne peut être recouru à la procédure de l'appel d'offres restreint que lorsque la Commission prévue au Chapitre VI et l'Administration contractante concluent que les biens, les travaux ou les services, de par leur nature complexe ou spécialisée, ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité d'entrepreneurs, de fournisseurs ou de prestataires de services.

17.5. Appel d'offres ouvert en deux étapes

17.5.1. L'Administration contractante peut faire un appel d'offres ouvert en deux étapes seulement lorsque le marché est de nature esthétique. Le concours a lieu sur la base d'un programme établi par l'Administration contractante sur avis de la Commission des marchés, qui indique les besoins auxquels doit répondre la prestation et fixe, le cas échéant, le maximum de la dépense prévue pour l'exécution du projet.

17.5.2. Dans le cas d'un appel d'offres ouvert en deux étapes, les fournisseurs potentiels sont invités à soumettre, durant la première étape de la procédure, des offres initiales contenant leurs propositions, sans prix soumissionné. L'invitation peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres des biens, travaux ou services que les conditions contractuelles de leur fourniture et, le cas échéant, les compétences et qualifications professionnelles et techniques des fournisseurs. L'Administration contractante peut, durant la première étape, demander à tout fournisseur potentiel dont l'offre n'a pas été rejetée, des éclaircissements au sujet de tout aspect de son offre.

17.5.3. Durant la deuxième étape de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, l'Administration contractante invite les fournisseurs dont l'offre n'a pas été rejetée à soumettre des offres finales correspondant aux spécifications d'un cahier des charges et comprenant le prix offert. Lorsqu'elle définit ses exigences, l'Administration contractante peut supprimer ou modifier tout aspect ou critère d'évaluation initialement prévu dans le dossier d'appel d'offres y compris les caractéristiques techniques ou qualitatives des biens, travaux ou services requis et elle peut ajouter de nouvelles caractéristiques ou de nouveaux critères conformes au présent Code. Ces suppressions, modifications ou ajouts sont

portés à la connaissance des fournisseurs dans l'invitation à soumettre une offre définitive. Le fournisseur qui ne souhaite pas soumettre une offre définitive peut se retirer de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, sans perdre la caution de soumission qu'il aura pu être tenu de fournir.

Les offres définitives sont évaluées et comparées en vue de déterminer l'offre à retenir, en application des critères d'évaluation prévus.

17.5.4. Le classement des propositions tient compte des marges de préférence prévues par le paragraphe 17.2.5.

17.5.5. L'appel d'offres ouvert en deux étapes peut porter :

- i) sur l'établissement d'un projet ;
- ii) sur l'exécution d'un projet préalablement établi ; ou
- iii) à la fois sur l'établissement d'un projet et son exécution.

17.5.6. L'attribution du marché est prononcée par l'Administration contractante après avis du jury qui exerce en la matière la compétence de la Commission des marchés dans les conditions prévues aux Articles 26 et 27.

Article 18 : Marchés négociés

Un candidat peut être choisi par l'Administration contractante sans compétition, après avis de la Commission des marchés prévue au Chapitre VI :

- i) pour tous travaux, fournitures ou services portant sur des secrets de l'État, sur des services juridiques rendus à l'État ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité lorsque la protection de l'intérêt supérieur de l'État l'exige
- ii) pour tous les travaux où les besoins ne pouvant être satisfaits que par une prestation nécessitant l'emploi d'un brevet d'invention, d'une licence ou de droits exclusifs détenus par un seul fournisseur ;
- iii) lorsqu'il existe une situation d'urgence imprévisible et que des fournitures, des services ou des travaux ne peuvent être obtenus en temps utile par voie de marchés publics concurrentiels ;
- iv) lorsqu'il s'agira de livraisons additionnelles à assurer par le fournisseur initial et portant sur le remplacement de pièces ou la prestation de services continus à l'égard de fournitures, de services ou d'installations déjà livrés, ou visant à compléter ces fournitures, services ou installations, et qu'un changement de fournisseur obligerait l'Administration contractante à acheter des équipements ou des services ne répondant pas à des conditions d'interchangeabilité avec des équipements ou des services déjà existants, y compris les logiciels, dans la mesure où l'achat initial s'inscrit dans le cadre d'un marché public complété en conformité avec le présent Code ;
- v) lorsque l'Administration contractante achètera un prototype ou un produit ou un service nouveau mis au point à sa demande au cours de l'exécution d'un marché particulier de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original, et pour les besoins de ce marché. Une fois que de tels marchés auront été exécutés, les achats ultérieurs de produits ou de services seront assujettis à l'Article 17. Le développement original d'un produit nouveau pourra englober une production limitée ayant pour but d'incorporer les résultats d'essais sur le terrain et de démontrer que le produit se prête à une production en quantités conformément à des normes de qualité acceptables. Il ne comprendra pas la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à recouvrer les frais de recherche et développement ;
- vi) lorsqu'il s'agira de produits achetés sur un marché de produits de base;
- vii) lorsqu'il s'agira d'un marché devant être attribué au lauréat d'un concours de conception architecturale, à condition :
 - a) que le concours soit organisé d'une manière compatible avec les principes énoncés dans le présent Code, notamment en ce qui concerne la publication, à l'intention de fournisseurs dûment qualifiés, d'une invitation à y participer,
 - b) qu'il soit organisé en vue de l'attribution du marché de conception au lauréat, et
 - c) qu'il soit jugé par un jury impartial et indépendant.

Le marché négocié est passé après avis de la Commission des marchés dans les conditions prévues à l'Article 27.

Article 19 : Dispositions particulières aux marchés de prestations intellectuelles

19.1. Lorsque l'Administration contractante n'est pas en mesure d'exécuter par ses propres moyens les études qui lui sont nécessaires, notamment (mais sans limiter la portée de ce qui précède) en matière d'ingénierie et d'architecture, d'assistance technique, de recherche ou d'étude de faisabilité, elle a recours à des marchés de prestations intellectuelles. Ces marchés doivent être nettement définis quant à leur objet, leur durée, leur montant et leurs modalités de règlement.

19.2. Les marchés de prestations intellectuelles sont dits " de définition " lorsqu'ils ont pour objet d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché de prestations intellectuelles ultérieures ; ces marchés doivent permettre de préciser les buts et performances à atteindre, les techniques de base à utiliser, les moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre. Ils doivent également permettre d'estimer le niveau du prix des études, les modalités de sa détermination et de prévoir les différentes phases des études. Il peut être passé plusieurs marchés de définition pour un même objet. Les marchés de prestations intellectuelles sont dits " de maîtrise d'œuvre " lorsqu'ils ont pour objet d'apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme défini par le maître de l'ouvrage.

19.3. Les concours d'architecture et d'ingénierie sont organisés dans les conditions suivantes :

La liste des candidats admis à concourir est arrêtée par l'Administration contractante après avis de la Commission des marchés dans les conditions prévues à l'Article 27. Le dossier de consultation comporte notamment le programme de l'opération et le règlement du concours. Ce dernier comporte au moins les critères de jugement des offres et les modalités d'indemnisation des concurrents ayant participé au concours.

CHAPITRE IV FINANCEMENT BANCAIRE DES MARCHÉS

Article 20 : Titre en vue du nantissement des marchés

L'Administration contractante qui a traité avec l'entrepreneur ou fournisseur remet à celui-ci une copie certifiée conforme de l'original revêtue d'une mention dûment signée, comme l'original, par l'Administration contractante et indiquant que cette pièce formera titre, en cas de nantissement et qu'elle est délivrée en unique exemplaire. S'il est procédé à une modification dans la désignation du comptable ou dans les conditions du règlement, l'Administration contractante annoté la copie certifiée conforme, d'une mention constatant la modification.

Article 21 : Procédures de nantissement

21.1. Les nantissements de marchés doivent être établis dans les conditions de forme et de fonds prévus par le Code de commerce et le Code civil, sous réserve des modifications apportées par le présent Chapitre.

Ils doivent être signifiés par le cessionnaire au comptable désigné conformément à l'Article 6, sous alinéa xi), soit sous forme de notification par lettre recommandée avec demande d'avis de réception soit par acte extrajudiciaire de signification. Lorsque les nantissements sont notifiés par le cessionnaire au comptable intéressé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, les parties établissent, en vue de cette notification, un double de l'acte de nantissement. Ce double doit être revêtu des mêmes signatures que l'acte lui-même. La notification prend date le troisième jour ouvrable suivant celui de la réception du pli recommandé. Le comptable destinataire doit, le cas échéant, formuler ses réserves ou indiquer ses motifs de rejet par lettre recommandée qui doit parvenir au cessionnaire avant l'expiration du troisième jour ouvrable prévu à l'alinéa précédent. Aucune modification dans la désignation du comptable ni dans les modalités de règlement ne peut intervenir après signification du nantissement. L'obligation de dépossession du gage est réalisée par le fait que l'exemplaire prévu à l'Article 20 est remis au comptable désigné qui, à l'égard des bénéficiaires des nantissements et des bénéficiaires des subrogations prévues au paragraphe 21.3, est considéré comme le tiers détenteur. Aucun délai n'est imposé pour cette remise, mais le bénéficiaire du nantissement ne peut exiger le paiement dans les conditions indiquées au paragraphe 21.2 que lorsque cette remise a eu lieu. La mainlevée des significations de nantissement est donnée par le cessionnaire au comptable détenteur de l'exemplaire spécial, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Elle prend date le deuxième jour ouvrable suivant celui de la réception du pli par le comptable.

21.2. Sauf dispositions contraires dans l'acte, le bénéficiaire d'un nantissement encaisse seul le montant de la créance, ou de la part de la créance affectée en garantie, sauf à rendre compte à celui qui a constitué le gage suivant les règles du mandat. Cet encaissement est effectué nonobstant les oppositions, transports et nantissements dont les significations n'ont pas été faites au plus tard le dernier jour ouvrable précédant le jour de la signification du nantissement en cause, à la condition toutefois que pour ces oppositions, transports et nantissements les requérants ne revendiquent pas expressément l'un des privilèges énumérés au paragraphe 21.5.

Au cas où le nantissement a été constitué au profit de plusieurs bénéficiaires, chacun d'eux encaisse seul la part de la créance qui lui a été affectée dans l'acte signifié au comptable; si ledit acte n'a pas déterminé cette part, le paiement a lieu sur la décharge collective des bénéficiaires du gage ou de leur représentant muni d'un pouvoir régulier.

Les paiements sont valablement effectués conformément aux dispositions du présent Article, même dans le cas où, entre la date de la signification du nantissement et la date de la remise de l'exemplaire spécial au comptable assignataire, ce dernier a la notification d'autres charges.

21.3. La cession par le bénéficiaire d'un nantissement, de tout ou partie de sa créance sur l'entrepreneur ou le fournisseur ne prive pas par elle-même le cédant des droits résultant du nantissement. Le bénéficiaire d'un nantissement peut par une convention distincte subroger le cessionnaire dans l'effet de ce nantissement à concurrence soit de la totalité, soit d'une partie de la créance affectée en garantie. Cette subrogation doit être signifiée au comptable assignataire dans les mêmes conditions que celles fixées pour le nantissement au deuxième alinéa du paragraphe 21.1. Son bénéficiaire encaisse seul le montant de la part de la créance qui lui a été affectée en garantie, sauf à rendre compte suivant les règles du mandat à celui qui a consenti la subrogation.

21.4. Le titulaire du marché ainsi que les bénéficiaires des nantissements ou des subrogations prévus au paragraphe 21.3 peuvent, au cours de l'exécution du marché, requérir de l'administration compétente soit un état sommaire des travaux et fournitures ou services effectués appuyé d'une évaluation qui n'engage pas l'administration, soit le décompte des droits

constatés au profit de l'entrepreneur ou du fournisseur ; ils peuvent requérir en outre un état des avances ou des acomptes mis en paiement.

Ils peuvent requérir du comptable un état détaillé des significations reçues par lui en ce qui concerne le marché.

Si le créancier en fait la demande par lettre recommandée avec avis de réception en justifiant de sa qualité, l'administration est tenue de l'aviser, en même temps que le titulaire du marché, de toutes les modifications apportées au contrat qui affectent la garantie résultant du nantissement. Les bénéficiaires des nantissements ou des subrogations ne peuvent exiger d'autres renseignements que ceux prévus ci-dessus ni intervenir en aucune manière dans l'exécution du marché.

21.5. Les droits des bénéficiaires des nantissements ou des subrogations prévues au paragraphe 21.3 ne sont primés que par les privilèges suivants :

i) le privilège des frais de justice ;

ii) le privilège relatif au paiement des salaires et de l'indemnité de congés payés en cas de faillite ou de règlement judiciaire institué par l'article 102 du code du travail iii) le privilège résultant, au profit des ouvriers et fournisseurs des entrepreneurs de travaux publics, de l'article 103 du code du travail ;

iv) les privilèges conférés au Trésor.

21.6. Le sous-traitant, bénéficiaire des dispositions du paragraphe 12.5.2, peut donner en nantissement à concurrence de la valeur des travaux et fournitures ou services qu'il exécute, telle qu'elle est définie dans les documents contractuels, tout ou partie de sa créance, dans les conditions prévues au présent Chapitre.

À cet effet, la copie certifiée conforme de l'original du marché, et le cas échéant de l'avenant prévoyant le bénéfice du paiement direct, doit être remise au titulaire du marché et à chaque sous-traitant bénéficiaire du paiement direct.

21.7. Les actes de nantissement ou de subrogation ne sont pas soumis à la formalité de l'enregistrement.

CHAPITRE V RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Article 22 : Comité de Règlement des différends

Est créé un comité de la Commission prévue au Chapitre VI, dit Comité de Règlement des différends. Les attributions, le fonctionnement et les membres du Comité de Règlement des différends sont fixés par décret présidentiel. Tout candidat à une procédure d'attribution d'un marché est habilité à saisir la personne responsable dudit marché au sein de l'Administration contractante d'un recours administratif par un avis écrit indiquant les références de la procédure de passation du marché et exposant les motifs de sa réclamation. Cet avis doit être, au plus tard 5 jours calendaires ouvrables après la date de notification des résultats de la procédure de passation du marché, livré par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou déposé contre récépissé. La personne responsable du marché est tenue de répondre à cette réclamation dans un délai de cinq (5) jours au-delà duquel le défaut de réponse sera constitutif d'un rejet du recours administratif. En l'absence de suite favorable de son recours administratif, le requérant dispose de cinq (5) jours ouvrables à compter de la réception de la réponse de l'Administration contractante ou de l'expiration du délai de cinq (5) jours mentionné à l'alinéa précédent pour présenter un recours au Comité de Règlement des différends. Dès réception du recours, le Comité de Règlement des différends examine si celui-ci est recevable et, dans l'affirmative, ordonne à l'Administration contractante de suspendre la procédure de passation du marché. Toutefois, cette ordonnance de suspension est sans effet si l'Administration contractante certifie par avis écrit au Comité de Règlement des différends que l'attribution du marché doit être poursuivie immédiatement pour des raisons tenant à la protection des intérêts essentiels de l'État.

La décision du Comité de Règlement des différends en matière de passation des marchés doit être rendue dans les cinq (5) jours ouvrables à compter de la réception du recours. Elle est finale et immédiatement exécutoire par l'Administration contractante. La partie qui s'estimerait déboutée à tort par le Comité de Règlement des différends conserve ses droits à réclamer réparation du préjudice subi par l'entremise de l'arbitrage prévu à l'Article 23 ou devant le Tribunal administratif tel que prévu à l'Article 24.

Article 23 : Arbitrage

En vue du règlement d'un différend, l'Administration contractante ou le candidat à un marché ou un fournisseur ou titulaire de marché peut recourir à l'arbitrage dans les conditions prévues par les articles 1003 à 1028 du Code de procédure civile. Un différend soumis à l'arbitrage en application du présent article ne pourra faire aussi l'objet d'une procédure devant le Tribunal administratif selon l'Article 24. Le recours à l'arbitrage doit être autorisé par la Commission des marchés prévue au Chapitre VI et le candidat à un marché ou le fournisseur ou titulaire de marché doit y consentir. La sentence arbitrale est finale et exécutoire et elle ne peut être contestée devant le Tribunal administratif.

Article 24 : Tribunal administratif

Toute décision prise et tout acte commis par une Administration contractante en vertu du présent Code, y compris toute démarche précontractuelle reliée à un marché public anticipé, sont sujets à la compétence du Tribunal administratif. Tout candidat ou candidat potentiel à un marché et tout fournisseur a le droit de porter plainte devant le Tribunal administratif quant à toute violation du présent Code qui n'a pas au préalable fait l'objet d'un arbitrage en vertu de l'Article 23. Une plainte devant le Tribunal administratif n'affecte en rien les droits de quiconque d'intenter toute autre procédure permise par le droit contre l'Administration contractante ou contre une tierce partie, sauf pour la procédure d'arbitrage prévue à l'Article 23.

CHAPITRE VI COMMISSION DES MARCHÉS

Article 25 : Mise en place et composition

Est instituée la Commission Nationale des Marchés Publics ou Commission nationale des marchés ou Commission dont la composition, les attributions et les modalités d'organisation et de fonctionnement sont précisées par décret du Président de la République. Seules les dépenses militaires ne sont pas sujettes à la supervision de la Commission nationale des marchés.

Le décret fixant la composition de la Commission, nomme le président de la Commission et au moins deux vice-présidents. Le président est le premier dirigeant de la Commission; à ce titre, il en assure la direction et en contrôle les activités, notamment en ce qui a trait à la répartition des tâches entre les membres, à la formation et composition de sous-comités, à la conduite des travaux de la Commission, à la gestion de ses affaires internes et à l'exécution des fonctions de son personnel. En cas d'absence ou d'empêchement du Président ou de vacance de son poste, la Commission autorisera l'un des vice-présidents à assurer l'intérim avec pleins pouvoirs. Les membres de la Commission sont tenus de se comporter en conformité avec " la Charte d'éthique et de transparence applicable dans le domaine des marchés publics " dont les termes sont fixés par décret présidentiel. Tout membre qui violera sciemment cette Charte sera destitué de ses compétences en tant que membre de la Commission.

Un membre qui se trouvera en position de conflit d'intérêts, ou d'apparence de conflit d'intérêts, par rapport à un marché devra se récuser quant à toute délibération ou décision concernant ce marché. En cas de doute, le Président sera seul juge quant à l'existence d'un conflit d'intérêts ou d'apparence de conflit d'intérêts.

Article 26 : Compétence

26.1 La Commission est un organisme de services communs pour l'État, du ressort du Secrétariat Général du Gouvernement, sa mission consistant, entre autres, à fournir aux ministères et autres organismes publics des services destinés à les aider à réaliser leurs programmes. Les pouvoirs, compétences et fonctions de la Commission s'étendent d'une façon générale à tous les domaines de compétence non attribués de droit à d'autres ministères ou organismes et liés à :

- i) l'acquisition et la fourniture de travaux, d'articles, d'ap provisionnements, d'outillage, d'équipements et autre matériel pour l'État;
- ii) l'acquisition et la fourniture de services pour l'État;
- iii) la rédaction et la diffusion de documents standards concernant les marchés publics ;
- iv) la gestion de banques de données en matière de marchés publics ;
- v) la vérification et l'attestation de la réception des travaux, fournitures ou services et autres livrables
- vi) la réalisation de vérifications ou audits techniques ou financiers indépendants visant à évaluer la mise en œuvre du présent Code ainsi que des réglementations, politiques, décrets et arrêtés y afférant;
- vii) la réception et l'archivage des documents relatifs à l'attribution et l'exécution des marchés ; et
- viii) la gestion des besoins en formation en matière de marchés publics.

Pour les fins du présent Article, l'État comprend toutes les entités identifiées à l'Article 1.

26.2. Réglementation des marchés

La Commission est consultée sur tous les projets tendant à modifier le présent Code. Elle est chargée d'étudier et de proposer toute mesure de nature à améliorer le régime des marchés. Elle est consultée pour l'établissement de cahiers des clauses administratives générales. Elle est chargée de voir à ce que les marchés publics soient passés en conformité avec les dispositions du présent Code.

26.3. Passation et exécution des marchés et des avenants

La Commission formule un avis sur les projets de marchés qui lui sont soumis en application des Articles 17 à 19. Les projets d'avenants aux marchés sont examinés dans les mêmes conditions. Aucun marché sujet à la compétence de la Commission et aux règles de passation des marchés du Chapitre III ou avenant à un tel marché ne peut être conclu par l'Administration contractante sans l'accord de la Commission.

Dans le cadre de toute décision qu'elle aura à prendre sur une proposition d'avenant, la Commission sera guidée par le

principe que l'avenant est une procédure d'exception qui ne doit être utilisée que dans le cadre de situations qui ne pouvaient être anticipées au moment de la passation du marché. La Commission intervient en outre dans le cadre de l'exécution du marché dans les conditions prévues aux paragraphes 11.3, en matière de révocation de la caution, 12.4.7, en matière d'indemnité de résiliation, 12.6, en matière de remise de pénalités, à l'Article 23, pour le recours à l'arbitrage en vue du règlement d'un litige et au paragraphe 26.1 sous alinéa v), en matière de vérification et d'attestation de la réception des travaux, fournitures ou services et autres livrables.

Article 27 : Fonctionnement

27.1. La Commission des marchés peut faire appel à tout technicien ou expert dont elle juge utile de recueillir l'avis. La Commission veillera à mettre en place tout engagement, entente ou autre dispositif qu'elle jugera nécessaire pour assurer la confidentialité des informations fournies à un tel technicien ou expert.

27.2. Toute entité de l'État identifiée à l'Article 1 qui a l'intention de procéder à un marché public sujet aux règles de passation des marchés du Chapitre III doit présenter à la Commission un projet de marché qui comprend au moins les éléments suivants :

- i) une définition précise des besoins à satisfaire ;
- ii) l'économie générale du marché et son déroulement prévu ; et
- iii) la motivation du choix de la procédure de passation par concurrence ou la justification du marché négocié tel que permis par le Code.

Aucun appel d'offres ou autre processus visant la conclusion d'un marché ne peut être initié par l'Administration contractante sans l'approbation préalable d'un tel projet de marché.

27.3. La Commission peut demander à un expert extérieur au service de faire l'analyse de la proposition du service et de présenter cette analyse à la Commission. À cet effet, l'expert désigné se fait communiquer tout document utile par l'Administration contractante.

27.4. Seuls peuvent assister aux délibérations de la Commission pour l'examen d'un dossier déterminé les membres de la commission, le représentant de l'Administration contractante et les experts et techniciens désignés pour l'affaire examinée.

27.5. Les membres de la Commission des marchés ont voix délibérative ; les techniciens ou experts dont l'avis est recueilli ont voix consultative. Sauf circonstances particulières dont le résident de la Commission est seul juge, la Commission ne peut valablement délibérer que si les deux tiers au moins de ses membres sont présents. En cas de partage égal des voix, la voix du Président est prépondérante.

27.6. La Commission des marchés se réunit à la diligence de son Président, sur avis écrit d'au moins un jours ouvrables. L'avis peut être abrégé dans des circonstances d'urgence dont le Président de la Commission est seul juge. Tout membre, sauf le Président, peut être représenté aux réunions de la Commission par un représentant du même ministère ou de la même entité agissant par procuration, à la condition qu'une telle procuration soit faite par écrit. Une procuration doit préciser la personne qui la donne, la personne qui en est le titulaire et la raison pour laquelle elle est donnée. Elle doit être remise au Président avant le début de la réunion pour laquelle elle est donnée et n'est valable uniquement que pour cette réunion.

27.7. En matière d'appel d'offres, la Commission ouvre les plis dans les conditions prévues au paragraphe 17.2.3. Elle doit faire connaître son avis sur le choix du titulaire, les projets de marchés ou d'avenants et, d'une manière générale, sur tout document ou problème qui lui est soumis, dans un délai maximum d'un mois à compter du jour où elle a été saisie. Son avis est consigné dans un procès-verbal et doit être motivé. Le procès-verbal, signé de tous les membres présents, est joint au projet de marché lors de sa transmission au Président de la République pour approbation.

27.8. La Commission des marchés doit signaler au Président de la République par rapport publié dans le Journal Officiel de la République toute irrégularité ou faute grave relevée lors de l'examen d'un projet de marché ou d'avenant parvenue à sa connaissance. Un tel rapport doit être publié dans les trente jours de la date où la Commission des marchés constate l'irrégularité ou la faute grave.

La Commission des marchés détermine selon son jugement ce qui constitue une irrégularité ou faute grave eu égard à tous les faits pertinents. Dans l'exercice de son jugement à cet égard, la Commission des marchés prendra en considération les facteurs suivants :

- a) s'il y a eu fraude ou fausse représentation ;
- b) le caractère intentionnel ou accidentel des événements ;
- c) si un ou des candidats ont été lésés ;
- d) s'il y a eu détournement ou abus de fonds publics ;
- e) si un individu a tiré de façon déloyale un avantage financier d'un marché

public ; et

f) tout autre facteur que la Commission des marchés jugera pertinent.

27.9. Rapport annuel

Dans les 60 jours suivants la fin de chaque année, la Commission remettra au Président de la République et au conseil des ministres, un rapport annuel de ses activités, comprenant au moins l'information suivante :

i) Les états financiers de la Commission indiquant son budget et ses dépenses au cours de l'année;

ii) Les détails sur tous les marchés dont a été saisi la Commission, y compris les marchés qui sont en procédure de passation, comprenant au moins l'information suivante :

a) l'Administration contractante pour chaque marché,

b) l'objet de chaque marché,

c) la ou les sources de financement de chaque marché,

d) la méthode de passation de chaque marché,

e) le prix de chaque marché,

f) pour chaque marché, l'identité et la nationalité du ou des fournisseurs, là où un ou des candidats ont été sélectionnés,

g) les précisions quant à tout avenant, le cas échéant,

h) la date à laquelle l'Administration contractante s'attend à ce que le marché soit terminé,

i) les annulations de marché et les résiliations de contrats, le cas échéant, avec motifs justifiant chaque annulation ou résiliation,

j) la valeur totale des marchés et avenants autorisés, ainsi que la valeur totale des marchés pour chaque Administration contractante,

k) les litiges, arbitrages ou autres différends dont a été saisi la Commission, le cas échéant, et

l) tout autre renseignement ou statistique dont la divulgation est, de l'avis de la Commission, dans l'intérêt public; et

iii) Le calendrier des réunions de la Commission au cours de l'année identifiant pour chaque réunion quels membres de la Commission étaient présents et les détails quant à toute représentation par procuration des membres.

Dans les 90 jours suivants la fin de chaque année, le rapport annuel de la Commission sera publié obligatoirement dans le Journal Officiel de la République.

CHAPITRE VII INFRACTIONS

28.1 Responsabilités des agents publics

Sans préjudice des sanctions pénales et disciplinaires prévues par les lois et règlements en vigueur, tout agent public qui commet une violation du présent Code ou des règlements, décrets ou arrêtés y afférant, peut :

a) dans le cadre de la passation d'un marché public, être tenu à la réparation des dommages résultant de ses actes ;

b) être déféré devant la Chambre des Comptes et de Discipline Budgétaire et passible des sanctions prévues par la loi n°122/AN/01/4ème du 1er avril 2001.

Les sanctions à l'alinéa précédent sont sans préjudice aux poursuites pénales qui pourront être intentées.

Sans limiter la portée de ce qui précède, tout agent public qui:

a) procure ou tente de procurer un avantage anormal à un candidat ;

b) intervient à un stade quelconque dans l'attribution d'un marché à une entreprise dans laquelle il a pris ou conservé un intérêt ;

c) fractionne des dépenses en vue d'échapper au mode de passation normalement applicable ou applique une procédure de passation sans l'accord requis ;

d) passe un marché avec un candidat exclu des commandes publiques ou exécute un marché ou contrat non approuvé par l'autorité compétente;

e) manque de manière répétée à l'obligation de planification et de publicité annuelle des marchés ; ou

f) autorise et ordonne des paiements après délivrance d'un titre de paiement ne correspondant pas aux prestations effectivement fournies ou à des prestations incomplètes ou non-conformes ;

commet une violation du présent Code.

28.2 Sanctions des fautes commises par les candidats ou titulaires de marchés publics.

Sans préjudices aux autres sanctions prévues par la loi, des sanctions peuvent être prononcées par le Comité de Règlement des différends à l'égard des candidats et titulaires de marchés qui ont violé des règles de passation des marchés publics. Est passible de telles sanctions le candidat ou titulaire qui :

a) a octroyé ou promis d'octroyer à toute personne intervenant à quelque titre que ce soit dans la procédure de passation du marché un avantage indu, pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, en vue d'obtenir le marché ;

b) a participé à des pratiques de collusion entre candidats afin d'établir les prix des offres à des niveaux artificiels et non concurrentiels, privant l'Administration contractante des avantages d'une concurrence libre et ouverte ;

c) a influencé ou tenté d'influencer sur le mode de passation du marché ou la définition des prestations de façon à bénéficier d'un avantage indu ;

d) a fourni délibérément dans son offre des informations ou des déclarations fausses ou mensongères, susceptibles d'influencer le résultat de la procédure de passation ;

e) a établi des demandes de paiement ne correspondant pas aux prestations effectivement fournies.

Les violations commises sont constatées par le Comité de Règlement des différends qui fait toute enquête nécessaire et saisit toutes autorités compétentes. Sans préjudice aux poursuites pénales et actions en réparation du préjudice subi par l'Administration contractante, les sanctions suivantes peuvent être prononcées par le Comité des Règlements des différends, et, selon le cas, de façon cumulative :

- confiscation des garanties constituées par le contrevenant dans le cadre des procédures de passation de marchés auxquelles il a participé ;

- exclusion du droit à concourir pour l'obtention de marchés publics pour une durée déterminée en fonction de la gravité de la faute commise.

Ces sanctions peuvent être étendues à toute personne morale ou physique qui possède la majorité du capital d'une entreprise contrevenante ou qui contrôle de fait une entreprise contrevenante et à toute entreprise dont le contrevenant possède la majorité du capital ou qui est contrôlée de fait par le contrevenant. Lorsque les violations commises sont établies après l'attribution d'un marché, la sanction prononcée peut être assortie de la résiliation du contrat en cours et de la substitution d'une autre entreprise aux risques et périls du contrevenant sanctionné.

Le contrevenant peut contester les sanctions du Comité de Règlement des différends devant le Tribunal administratif.

Ce recours n'a pas, en cours d'instance, pour effet de suspendre l'application des sanctions prononcées par le Comité de Règlement des différends.

Article 29 ; Le présent projet de loi abroge et remplace la Loi n°75/AN/95/3ème L portant approbation du Code des Marchés Publics

Article 30 : Promulgation

La présente Loi portant Nouveau Code des Marchés Publics, entrera en vigueur et sera publiée au Journal Officiel de la République de Djibouti dès sa promulgation.

Fait à Djibouti, le 01 juillet 2009

Le Président de la République,
Chef du Gouvernement
ISMAÏL OMAR GUELLEH