

DECRET N° 2022-080/PR  
portant code des marchés publics  
-----

**LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE,**

- Sur le rapport du ministre de l'économie et des finances ;
- Vu la Constitution du 14 octobre 1992 ;
- Vu le Traité du 17 octobre 1993 modifié par le Traité du 17 octobre 2008 relatif à l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) et ses différents Actes Uniformes ;
- Vu le Traité du 10 janvier 1994 modifié par le Traité du 29 janvier 2003 de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;
- Vu la directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine ;
- Vu la directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine ;
- Vu la directive n° 01/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;
- Vu la directive n° 04/2012/CM/UEMOA du 28 septembre 2012 relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public au sein de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;
- Vu la loi organique n° 2014-013 du 27 juin 2014 relative aux lois de finances ;
- Vu la loi organique n° 2021-025 du 1er décembre 2021 portant organisation, attributions et fonctionnement de la cour des comptes et des cours régionales ;
- Vu la loi n° 90-26 du 4 décembre 1990 portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques ;
- Vu la loi n° 2007-011 du 13 mars 2007 relative à la décentralisation et aux libertés locales, modifiée par la loi n° 2018-003 du 31 janvier 2018 et la loi n° 2019-006 du 26 juin 2019 ;
- Vu la loi n° 2014-009 du 11 juin 2014 portant code de transparence dans la gestion des finances publiques ;

Vu la loi n° 2017-006 du 22 juin 2017 portant loi d'orientation sur la société de l'information au Togo ;

Vu la loi n° 2017-007 du 22 juin 2017 relative aux transactions électroniques ;

Vu la loi n° 2021- 033 du 31 décembre 2021 relative aux marchés publics ;

Vu le décret n° 2017-112/PR du 29 septembre 2017 fixant les attributions du ministre et portant organisation et fonctionnement du ministère de l'économie et des finances ;

Vu le décret n° 2018-171/PR du 22 novembre 2018 portant adoption des seuils de passation, de publication, de contrôle et d'approbation des marchés publics et des **procédures de sollicitation de prix** ;

Vu le décret n° 2019-096/PR du 08 juillet 2019 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage public déléguée et de la maîtrise d'œuvre en République togolaise ;

Vu le décret n° 2019-097/PR du 08 juillet 2019 portant code d'éthique et de déontologie dans la commande publique ;

Vu le décret n° 2020- 076/PR du 28 septembre 2020 portant nomination du Premier ministre ;

Vu le décret n° 2020-080/PR du 1<sup>er</sup> octobre 2020 portant composition du gouvernement, complété par le décret n° 2020-090/PR du 2 novembre 2020 ;

Le conseil des ministres entendu ;

**DECRETE :**

## **TITRE I : DISPOSITIONS GENERALES**

### **CHAPITRE 1<sup>ER</sup> : DEFINITIONS**

#### **Article 1<sup>er</sup> : Définitions**

Aux termes du présent décret, on entend par :

- **achat public** : tout achat de biens, meubles ou immeubles, réalisé par bon de commande, lettre de commande ou marché ;
- **achat public durable** : tout achat public d'une autorité contractante qui (i) intègre des dispositions en faveur de la protection ou de la mise en valeur de l'environnement, du progrès social, et favorise le développement économique ; (ii) prend en compte l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes concernées par l'acte d'achat ; (iii) permet de réaliser des économies «intelligentes» au plus près du besoin et incitant à la sobriété en termes d'énergie et de ressources et (iv) intègre toutes les étapes du marché et de la vie du produit ou de la prestation.
- **achat groupé ou groupement de commandes** : groupement constitué entre plusieurs autorités contractantes afin de passer conjointement un ou plusieurs marchés publics. Il est formalisé à travers une convention constitutive signée par

ses membres et qui définit les règles de fonctionnement du groupement. La convention peut confier à un ou plusieurs membres du groupement la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation au nom et pour le compte des autres membres. Les membres du groupement sont **solidairement responsables** des seules opérations de passation de marchés qui sont menées en leur nom et **pour leur compte selon les stipulations de la convention constitutive** ;

- **acompte** : paiement partiel effectué en règlement de fractions exécutées d'une fourniture convenue de biens, de services ou de travaux ;
- **adresse électronique** : libellé permettant l'identification d'un utilisateur de messagerie électronique et l'acheminement des messages électroniques qui lui sont destinés tel que défini par la loi n° 2017-07 du 22 juin 2017 relative aux transactions électroniques ;
- **allotissement** : décomposition d'un marché en plusieurs lots pour des raisons économiques, financières ou techniques. Chaque lot est une unité autonome qui est attribuée séparément ;
- **approbation** : formalité administrative obligatoire matérialisée par la signature de l'autorité compétente qui a pour effet de valider le projet de contrat (ou le marché) ;
- **attributaire du marché** : soumissionnaire dont l'offre a été retenue avant l'approbation du marché ;
- **auditeur indépendant** : cabinet de réputation professionnelle reconnue, recruté pour effectuer l'audit des marchés publics ;
- **autorité contractante** : personne morale de droit public ou de droit privé qui bénéficie du concours financier ou de la garantie d'une personne morale de droit public qui conclut un marché public.

Au sens de la loi relative aux marchés publics, les autorités contractantes sont :

- l'Etat ;
  - les collectivités territoriales ;
  - les établissements publics à caractère administratif, créés par l'Etat ou les collectivités territoriales ;
  - les entreprises publiques dont le capital est totalement ou majoritairement détenu par l'Etat ou une autre personne morale de droit public ;
  - les associations formées par une ou plusieurs personnes morales de droit public précitées ;
  - les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat ou d'une des personnes morales de droit public susvisées ;
  - les personnes morales de droit privé, ou des sociétés d'économie mixte, dont les marchés à passer bénéficient du concours financier ou de la garantie de l'Etat ou d'une des personnes morales de droit public susmentionnées.
- **autorité de régulation de la commande publique** : organe de régulation indépendante du système de la commande publique, dotée de la personnalité juridique et jouissant de l'autonomie de gestion administrative et financière ;

- **avance** : paiement partiel effectué préalablement à l'exécution même fragmentaire d'une prestation convenue ;
- **avenant** : acte contractuel modifiant certaines clauses du marché de base pour l'adapter à des événements survenus après son approbation ;
- **avis à manifestation d'intérêt** : sollicitation technique émanant de l'autorité contractante qui décrit, de façon sommaire, les prestations à fournir et indique les qualifications et les expériences requises des candidats ou de leur personnel d'encadrement ;
- **bon de commande** : document écrit adressé au titulaire de l'accord-cadre qui précise les prestations décrites dans l'accord-cadre, dont l'exécution est demandée, et en détermine la quantité. L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités prévues par l'accord-cadre ;
- **cahier des charges** : ensemble de documents déterminant les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés. Ils comprennent des documents généraux et des documents particuliers ;
- **cahier des clauses administratives générales (CCAG)** : document qui décrit les conditions générales d'exécution des marchés portant sur un même type de prestations, à savoir les fournitures et prestations de service courants, les travaux ou prestations intellectuelles ;
- **cahier des clauses administratives particulières (CCAP)** : document qui contient les dispositions qui dérogent au CCAG et qui permet de préciser les obligations contractuelles reflétant les circonstances particulières de l'appel à la concurrence concerné ;
- **cahier des clauses techniques générales (CCTG)** : document réunissant l'ensemble des clauses techniques qui s'appliquent aux fournitures, services ou travaux de même nature ;
- **cahier des clauses techniques particulières (CCTP)** : document réunissant l'ensemble des clauses techniques particulières qui dérogent au CCTG ; il comprend notamment les spécifications techniques de l'appel à la concurrence concerné ;
- **candidat** : personne physique ou morale qui manifeste un intérêt à participer ou qui est retenue par une autorité contractante pour participer à une procédure de passation de marché public ;
- **candidature** : acte par lequel un candidat manifeste un intérêt à participer, sans que cet acte ne l'engage ni ne lui impose d'obligations vis-à-vis de l'autorité contractante ;
- **cellule de gestion des marchés publics** : toute structure constituée par une autorité contractante pour assister la personne responsable des marchés publics dans ses missions de gestion du processus de passation et d'exécution des marchés publics ;
- **cocontractant** : toute personne physique ou morale partie au contrat, en charge de l'exécution des prestations prévues dans le marché ;

- **commission ad hoc d'ouverture des plis** : toute commission mise en place par la personne responsable des marchés publics en vue de l'ouverture des plis ; sa mission prend fin par l'établissement du procès-verbal d'ouverture des plis ;
- **commission ad hoc d'évaluation des offres** : toute commission mise en place par la personne responsable des marchés publics en vue de l'évaluation des offres ou propositions des candidats ; sa mission prend fin par l'établissement du rapport d'évaluation et du procès-verbal d'attribution provisoire ;
- **commission de contrôle des marchés publics** : structure constituée auprès de l'autorité contractante chargée du contrôle de la régularité de la procédure de passation du marché public ;
- **comité de règlement des différends** : instance non juridictionnelle, établie au sein de l'autorité de régulation de la commande publique, qui se réunit en formation litiges ou en formation disciplinaire selon le cas, et chargée de statuer sur les recours relatifs à la passation et à l'exécution des contrats de la commande publique ;
- **commande publique** : ensemble des contrats conclus, à titre onéreux, dans le cadre des marchés publics et des partenariats public-privé permettant aux **autorités** contractantes de répondre à leurs besoins en fournitures, travaux et services ;
- **commission de réception** : commission établie au sein de l'autorité contractante chargée de la réception des prestations dans le cadre de l'exécution des marchés publics ;
- **contrat** : un accord passé entre deux ou plusieurs personnes, physiques ou morales, qui a pour effet de créer des droits et obligations entre elles ;
- **contre-garantie** : engagement par lequel le contre-garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instructions de ce donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au garant, soit sur première demande de la part de ce dernier, soit selon des modalités convenues ;
- **corruption et infractions connexes et assimilées** : infractions prévues et réprimées par les dispositions des articles 594 et suivants et 607 et suivants du nouveau code pénal en vigueur ;
- **demande de cotation** : procédure simplifiée restreinte de consultation d'entreprises, de fournisseurs ou de prestataires de services prévue pour la passation de certains marchés en dessous d'un seuil déterminé par voie réglementaire ;
- **demande de renseignement de prix** : procédure simplifiée ouverte de consultation d'entreprises, de fournisseurs ou de prestataires de services pour la passation des marchés publics en dessous des seuils nationaux de passation des marchés. Elle doit garantir le respect des principes posés par le présent décret et une mise en concurrence effective en vue de rechercher les économies d'échelles publiques ;
- **dématérialisation** : utilisation des moyens électroniques pour effectuer des opérations de traitements, d'échange et de stockage d'informations sans support papier à travers la messagerie électronique ou par l'emploi d'une plateforme en ligne, pour la passation, l'exécution, le règlement et la gestion du contentieux des marchés publics ;

- **direction nationale du contrôle de la commande publique** : entité administrative centrale chargée du contrôle a priori de la procédure de passation des marchés publics d'un montant supérieur à un seuil fixé par voie réglementaire, et a posteriori en dessous dudit seuil, et du suivi de l'exécution des marchés publics ;
- **distribution physique** : toute modalité d'échanges entre l'autorité contractante et les candidats incluant, le cas échéant, l'intervention d'un tiers et qui permet l'envoi et la réception de documents physiques afin d'avoir un système de traçabilité des échanges et une garantie de leur intégrité et confidentialité ;
- **dossier d'appel à la concurrence** : document comprenant les conditions de participation et les renseignements nécessaires pour l'élaboration de la soumission, l'attribution du marché et son exécution ;
- **entreprise communautaire** : entreprise dont le siège social est situé dans un Etat membre de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;
- **fraude** : tout manquement intentionnel à une obligation légale ou réglementaire en matière de marchés publics ;
- **garantie de bonne exécution** : garantie réelle ou personnelle, constituée pour assurer l'autorité contractante de la bonne exécution du marché, aussi bien du point de vue technique que du point de vue du délai d'exécution ;
- **garantie d'offre ou garantie de soumission** : garantie réelle ou personnelle fournie par le soumissionnaire pour assurer sa participation à la procédure de passation jusqu'à la signature du contrat ;
- **garantie de remboursement de l'avance de démarrage** : garantie réelle ou personnelle, constituée pour assurer la restitution de l'avance consentie par l'autorité contractante au titulaire du marché dans le cadre de l'exécution dudit marché ;
- **groupement** : groupe d'entreprises ayant souscrit un acte d'engagement unique, et représentées par l'une d'entre elles qui assure une fonction de mandataire commun. Le groupement d'entreprises est conjoint ou solidaire ;
- **groupement conjoint** : le groupement est conjoint lorsque, l'opération étant divisée en lots ou tranches, chacun de ses membres s'engage à exécuter le ou les lots ou tranches qui sont susceptibles de lui être attribués dans le marché ;
- **groupement solidaire** : le groupement est solidaire lorsque, chacun de ses membres est engagé pour la totalité du marché, que l'opération soit ou non divisée en lots ;
- **lettre de soumission** : acte écrit aux termes duquel un soumissionnaire fait connaître ses conditions et s'engage à respecter les cahiers des charges applicables ;
- **maître d'œuvre** : personne physique ou morale de droit public ou de droit privé chargée par l'autorité contractante, dans le cadre de la réalisation d'un ouvrage, de missions de conception et d'assistance à l'exécution et à la réception des prestations objet du marché aux termes d'une convention de maîtrise d'œuvre ;
- **maître d'ouvrage** : personne morale de droit public ou de droit privé, propriétaire final de l'ouvrage ou de l'équipement technique, objet du marché ;

- **maître d'ouvrage délégué** : personne morale de droit public ou de droit privé qui reçoit, du maître d'ouvrage, délégation de tout ou partie des attributions ; la délégation revêt la forme d'un mandat confié à un tiers ; elle fait l'objet d'une convention de maîtrise d'ouvrage déléguée ;
- **marché public** : contrat écrit, sur support papier ou électronique, conclu par une ou plusieurs autorités contractantes avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ;
- **mécanisme de qualification et de classification des entreprises** : mécanisme de qualification et de classification des bureaux d'études, de contrôle, de laboratoires et entreprises d'exécution opérant dans le secteur du bâtiment et des travaux publics, établi par un organisme officiel de l'Etat sur la base de leurs capacités à exercer cette activité. Sont prises en compte, la situation économique, les références des prestations directement exécutées par le prestataire avec ses propres personnel et matériel, ou par l'intermédiaire d'un sous-traitant.
- **montant du marché** : montant total des charges et rémunérations des prestations faisant l'objet du marché, sous réserve de toute addition ou déduction qui pourrait y être apportée en vertu des stipulations dudit marché ;
- **moyen électronique** : procédé qui permet l'utilisation, d'une part des équipements électroniques de traitement et de stockage de données, y compris la compression numérique, et d'autre part la diffusion, l'acheminement et la réception par fils, radio, moyens optiques et autres moyens électromagnétiques. Un moyen électronique utilisé par une autorité contractante doit répondre à des exigences de sécurité, d'interopérabilité et d'accessibilité minimales ;
- **nantissement** : affectation d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs, en garantie d'une ou plusieurs créances présentes ou futures à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables ;
- **offre** : ensemble des éléments techniques et financiers inclus dans le dossier de soumission ;
- **offre économiquement la plus avantageuse** : offre conforme aux spécifications techniques, évaluée économiquement la plus avantageuse, et dont le soumissionnaire satisfait aux critères objectifs de qualification et d'attribution financier et qualitatif préalablement portés à la connaissance des candidats dans le dossier d'appel à concurrence et exprimés sous forme de pondération en vue de retenir l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix, le prix comptant pour au moins la moitié du rapport.
- **offre spontanée** : offre relative à la fourniture de biens, à la prestation de services et à la réalisation de travaux, notamment dans le cadre de marché clé en main assorti d'un montage financier, qui n'est soumise en réponse ni à un appel à concurrence, ni à une sollicitation par entente directe.
- **ordre de service** : document établi par l'autorité contractante ou son représentant notifiant au titulaire du marché toute instruction en relation avec l'exécution du marché ;

- **organisme de droit public** : organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général doté de la personnalité juridique et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.
- **opération de travaux publics** : ensemble de travaux caractérisés par son unité fonctionnelle, technique, économique ou comptable que le maître de l'ouvrage prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limités ; la délimitation d'une catégorie homogène de travaux ne doit pas avoir pour effet de soustraire les marchés des règles qui leur sont applicables en vertu des dispositions du présent décret ;
- **ouvrage** : résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ; il peut comprendre, notamment des opérations de construction, de reconstruction, de démolition, de réparation ou rénovation, telle que la préparation du chantier, les travaux de terrassement, la construction, l'installation d'équipement ou de matériel, la décoration et la finition ainsi que les services accessoires aux travaux, si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des travaux eux-mêmes ;
- **personne responsable des marchés publics** : personne chargée au sein de l'autorité contractante de la conduite des procédures de passation et d'exécution des marchés publics ;
- **plateforme de dématérialisation** : infrastructure électronique répondant à des exigences de sécurité, d'interopérabilité et d'accessibilité mise à disposition par l'Etat et accessible librement par voie électronique qui permet, notamment de mettre à disposition des opérateurs économiques par voie électronique les documents du dossier d'appel à la concurrence et les avis d'appel à la concurrence et, le cas échéant, de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et de correspondre avec ces derniers.

Elle doit répondre à des exigences de sécurité, d'interopérabilité et d'accessibilité renforcées. Elle doit garantir l'intégrité, la confidentialité des actions menées et des documents accessibles et déposés. Elle recourt à des moyens de cryptologie mentionné dans les lois relatives aux transactions électroniques, à la protection des données à caractère personnel ainsi qu'à la cybersécurité et la lutte contre la cybercriminalité ;

- **prestations** : tous travaux, toutes fournitures, tous services ou toutes œuvres intellectuelles à exécuter ou à fournir conformément à l'objet d'un marché ;
- **prestation en régie** : prestation dont la réalisation est confiée par une autorité contractante, soit à l'un de ses services ou établissements publics, soit à toute autre entité qui peut être considérée comme un simple prolongement administratif de l'autorité contractante ; ces services, établissements et autres entités étant soumis au code des marchés publics pour répondre à leurs besoins propres ;

- **pré qualification** : phase de sélection à l'issue de laquelle sont retenues les personnes qui peuvent soumissionner à un appel d'offres sur la base de critères objectifs préétablis ;
- **procédures de sollicitation de prix** : La sollicitation de prix est une procédure simplifiée de sélection d'entreprises, de fournisseurs ou de prestataires de services applicable pour la passation des marchés publics dont le montant est inférieur aux seuils de passation des marchés publics définis par décret en conseil des ministres ;
- **seuil** : montant prévisionnel à partir duquel certaines formalités doivent être observées par les acteurs du système de passation des marchés publics. Il peut s'agir de :
  - **seuil de publication** : montant prévisionnel du marché à partir duquel l'autorité contractante est tenue de respecter les obligations de publicité ;
  - **seuil de passation** : montant prévisionnel à partir duquel l'autorité contractante est tenue de procéder à un appel d'offres ouvert ;
  - **seuil de contrôle a priori** : montant prévisionnel à partir duquel le contrôle a priori de l'organe national chargé du contrôle des marchés publics est requis ;
  - **seuil d'approbation des marchés publics** : montant du marché à partir duquel la compétence de l'approbation des marchés de l'administration publique est répartie entre les ministres sectoriels et le ministre chargé des finances.
- **société civile** : ensemble des organisations non gouvernementales (ONG), des associations socio-professionnelles, des communautés religieuses, de la chefferie traditionnelle, des associations syndicales, des fondations, des associations de développement.
- **soumissionnaire** : toute personne physique ou morale qui remet une soumission en vue de l'attribution d'un marché ;
- **sous-traitance** : l'opération par laquelle un titulaire d'un marché confie, sous sa responsabilité, à une autre personne morale ou physique appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'autorité contractante.
- **support physique électronique** : tout support physique, tel un CD-ROM, clé USB (Universal Serial Bus) ou tout autre support matériel sur lequel peut être enregistré un document électronique ; il n'est pas connecté à un réseau et il est indépendant de l'équipement informatique des utilisateurs qui l'échangent entre eux de manière manuelle ;
- **termes de référence** : document, qui fait partie du dossier de consultation et des pièces du marché, établi par l'autorité contractante dans le cadre de la passation d'un marché de prestations intellectuelles et qui définit les exigences qu'elle requiert y compris les méthodes à utiliser et moyens à mettre en œuvre, ainsi que les résultats qu'elle escompte ;

- **termes monétaires** : expression de l'ensemble des critères d'une offre soumise à évaluation et qui peut faire l'objet d'une conversion sous la forme d'un pourcentage de son prix ;
- **titulaire** : personne physique ou morale, attributaire, dont le marché conclu avec une autorité contractante, a été approuvé par l'autorité compétente.

## CHAPITRE 2 : OBJET, PRINCIPES ET SEUILS

### Article 2 : Objet

Le présent décret fixe et précise les règles qui régissent la préparation, la passation, le contrôle, l'exécution et la régulation des marchés publics conclus par les autorités contractantes pour répondre à leurs besoins en matière de réalisation de travaux, d'acquisition de fournitures ou de prestation de services.

### Article 3 : Principes

En application des principes relatifs aux marchés publics et sous réserve des dispositions visées aux articles 92 et suivants du présent décret et du principe de réciprocité, les autorités contractantes s'interdisent toute mesure ou disposition fondée sur la nationalité des candidats de nature à constituer une discrimination à l'encontre des ressortissants des Etats membres de toute organisation régionale à laquelle la République togolaise est partie ou d'un pays ayant ratifié une convention internationale que la République togolaise a également ratifié et affectant la réglementation des marchés publics.

Les entreprises publiques ne peuvent prendre part à une procédure de passation de marché public que si elles établissent qu'elles :

- sont juridiquement et financièrement autonomes ;
- opèrent selon les règles du droit commercial ;
- ne sont pas des entités sous tutelle de l'autorité contractante.

En tout état de cause, les autorités contractantes s'assurent que la participation d'un soumissionnaire qui est un organisme de droit public à une procédure de passation du marché public ne cause pas de distorsion de concurrence vis-à-vis des soumissionnaires privés.

Les associations à but non lucratif n'ont accès aux procédures concurrentielles des marchés publics que dans l'hypothèse où la compétition ne s'exerce qu'entre elles.

### Article 4 : Marchés sur financement extérieur

Les marchés passés en application d'accords de financement ou de traités internationaux sont soumis aux dispositions du présent décret, sous réserve de l'application de dispositions contraires résultant des procédures prévues par lesdits accords ou traités.

### Article 5 : Détermination des seuils d'application des procédures

Les dispositions du présent décret s'appliquent aux marchés publics quel que soit leur montant sous réserve des dispositions spécifiques relatives aux seuils de passation des marchés publics définis par décret en conseil des ministres.

Lors de l'estimation du montant du marché qu'elle s'apprête à passer, l'autorité contractante doit procéder, sur la base des éléments disponibles, à une évaluation sincère et rationnelle de celui-ci.

Le montant estimé du besoin, objet du contrat, ne peut être obtenu par l'autorité contractante au moyen d'une scission de ses achats ou d'une utilisation de modalités de calcul de la valeur estimée du marché autres que celles prévues par le présent décret.

Lorsque l'autorité contractante répartit le marché en lots pouvant donner lieu chacun à un contrat distinct, il est pris en compte la valeur globale estimée de la totalité de ces lots dans la détermination des seuils.

Lorsqu'un achat est réparti en phases étalées sur plusieurs années, ou en tranches fermes et en tranches conditionnelles, il est pris en compte par l'autorité contractante la valeur globale estimée de la réalisation du projet tel qu'il sera exécuté sur l'ensemble des exercices budgétaires.

Lorsqu'il est fonction d'un seuil, le choix de la procédure applicable est déterminé dans les conditions suivantes, quel que soit le nombre de prestataires auxquels il est fait appel :

- pour les marchés de travaux, est prise en compte la valeur globale des travaux qui se rapporte à une opération portant sur un ou plusieurs ouvrages ou certains travaux réalisés sur un même ouvrage de nature différente programmés au même moment ;
- pour les marchés de fournitures et de services, est prise en compte la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit, en raison de leurs caractéristiques propres, soit, parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.

En l'absence d'une nomenclature des fournitures et des services homogènes définie par arrêté du ministre chargé des finances, l'autorité contractante détermine par ses propres moyens l'homogénéité de ses besoins en se référant aux caractéristiques de son activité.

Si l'autorité contractante décide de regrouper plusieurs fournitures appartenant à des familles homogènes différentes au sein d'un seul marché, même présenté selon la procédure de l'allotissement, c'est le montant global du marché qui devra être comparé aux seuils et non le montant famille par famille ou lot par lot des produits qu'il regroupe.

Si les besoins de l'administration, du service ou de l'organisme concerné donnent lieu à un ensemble unique de livraisons de fournitures homogènes ou de prestations homogènes, l'autorité contractante tient compte, quel que soit le nombre de fournisseurs ou prestataires auxquels elle fait appel, de la valeur de l'ensemble de ces fournitures ou prestations.

Dans le cas où les fournitures ou les prestations traduisent un besoin courant et répété de l'administration, du service ou de l'organisme concerné, l'autorité contractante prend en compte la valeur de l'ensemble des fournitures ou de l'ensemble des prestations correspondant aux besoins de la période considérée.

- s'agissant des marchés mixtes, l'évaluation du seuil est fonction de la procédure d'acquisition retenue. A cet effet, lorsque la procédure comprend des travaux et des fournitures, son choix est fonction de la part relative à

la valeur des travaux ou de fournitures la plus importante. Lorsque la procédure comprend des catégories de travaux ou de fournitures et des catégories de prestations intellectuelles, son choix est fonction de l'impact financier prédominant d'une catégorie par rapport à l'autre sur le résultat final ;

- en ce qui concerne les marchés de prestations intellectuelles, l'autorité contractante procède comme il est indiqué pour les marchés de services.
- pour les marchés comportant des lots, est retenue la valeur estimée de la totalité des lots. La procédure de passation de chaque lot est celle qui s'applique au marché pris dans son ensemble.

Ces évaluations faites par les autorités contractantes du montant de leurs marchés et des lignes budgétaires qui leur sont affectées ne doivent pas avoir pour effet de les soustraire aux règles qui leur sont applicables en vertu du présent décret.

En vue d'une meilleure appréciation de la nature et des coûts prévisionnels des besoins ci-dessus exprimés, l'autorité contractante doit instituer en son sein, au moins une fois au cours du dernier trimestre précédent l'exercice budgétaire auquel les marchés se rapportent, des réunions tripartites de définition des acquisitions.

Ces réunions, organisées sous la responsabilité du premier responsable de l'autorité contractante ou son représentant, auxquelles prennent obligatoirement part l'ordonnateur, la personne responsable des marchés publics et les services bénéficiaires, permettent d'obtenir un consensus sur la bonne définition des acquisitions, notamment les spécifications techniques, les termes de référence, les incoterms.

## **TITRE II : ORGANES DE PASSATION, DE CONTROLE ET DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS**

### **CHAPITRE 1<sup>ER</sup> : ORGANES DE PASSATION**

#### **Section 1 : Personne responsable des marchés publics**

##### **Article 6 : Désignation et attributions de la personne responsable des marchés publics**

L'autorité contractante désigne une personne responsable des marchés publics sur la base de critères d'intégrité morale, de qualification et d'expérience dans le domaine juridique, technique, financier, économique et des marchés publics. La personne responsable des marchés publics est chargée de mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés.

La personne responsable des marchés publics est nommée par arrêté ou décision du représentant légal de l'autorité contractante pour un mandat de trois (3) ans renouvelable une fois. Sa mission prend fin, soit à l'expiration normale de son mandat, soit par décès ou par démission de sa fonction. Elle prend également fin par révocation, à la suite d'une faute grave ou d'agissements incompatibles avec sa fonction, après avis favorable de l'autorité de régulation de la commande publique.

Tout changement de la personne responsable des marchés publics en dehors des motifs sus-invoqués est soumis à l'autorisation préalable de l'autorité de régulation de la commande publique.

La personne responsable des marchés publics est la personne habilitée à signer le marché.

Pour les départements ministériels et institutions de la République, la personne responsable des marchés publics n'est habilitée à signer que les marchés publics dont le montant est inférieur au seuil d'approbation des marchés publics déterminé par voie réglementaire.

La personne responsable des marchés publics est chargée de conduire la procédure de passation depuis le choix de cette dernière jusqu'à l'approbation du marché et de suivre son exécution. A ce titre, elle est responsable au sein de l'autorité contractante de la coordination des activités des directions et services impliqués dans la chaîne de passation et d'exécution des marchés publics, notamment de :

- déterminer la procédure et du type de marché ;
- lancer les appels à la concurrence ;
- rédiger les contrats et avenants ;
- suivre l'exécution des marchés et la participation aux réceptions des ouvrages, fournitures et services, objet des marchés ;
- tenir les statistiques et les indicateurs de performance, la rédaction des rapports sur la passation et l'exécution des marchés publics pour l'autorité contractante et leur transmission à l'autorité chargée du contrôle et à l'autorité chargée de la régulation des marchés publics ;
- mettre en œuvre l'ensemble des procédures d'enregistrement des différentes phases, qu'elles soient administratives, techniques ou financières et en assurer l'archivage par les méthodes modernes efficaces.

La personne responsable des marchés publics est également responsable de la planification du marché, chargée de l'élaboration des plans prévisionnels annuels de passation sur le fondement de son programme d'activités et de son budget prévisionnel.

A la demande des organes chargés du contrôle et de la régulation des marchés publics, la personne responsable des marchés publics communique toute documentation relative aux marchés publics.

La personne responsable des marchés publics est désignée parmi les cadres supérieurs disposant de formation spécifique et/ou d'expériences avérées dans le domaine juridique, technique, financier, économique et des marchés publics. Elle doit justifier d'une expérience pratique d'au moins cinq (5) ans dans la gestion des marchés publics, sauf dérogation de l'autorité de régulation de la commande publique.

La personne responsable des marchés publics est nommée par l'autorité compétente. Il s'agit :

- pour une institution de la République, par le président de l'institution ;
- pour un département ministériel, par le ministre ;

- pour un établissement public ou une entreprise publique, par le directeur général ou son équivalent ;
- pour un conseil de région, par le président du conseil régional ;
- pour une commune, par le maire ;
- pour les autres autorités contractantes, notamment les personnes morales de droit privé en ce qui concerne les opérations d'achat ayant bénéficié du concours financier et/ou de la garantie d'une personne morale de droit public ou d'une personne morale de droit privé, par le directeur général ou son équivalent.

La personne responsable des marchés publics est assistée dans ses fonctions par les services techniques de l'autorité contractante bénéficiaire de l'acquisition et une cellule de gestion des marchés publics dans la mise en œuvre du processus de planification, de passation et de gestion des marchés publics.

Lesdits services techniques assurent, en collaboration avec la personne responsable des marchés publics, la mise en œuvre du processus de planification, de préparation des dossiers d'appel d'offres et de gestion des marchés publics.

La cellule de gestion des marchés publics assiste la personne responsable des marchés publics dans ses missions de gestion du processus de passation et d'exécution des marchés publics selon des modalités déterminées par le présent décret.

La personne responsable des marchés publics confie les phases d'ouverture des plis et d'évaluation des offres ou propositions à des commissions ad hoc mises en place par ses soins. Elle confie la phase d'exécution du marché aux services techniques et ou bénéficiaires de l'acquisition.

Les marchés publics conclus par toute personne non habilitée encourent la nullité sauf confirmation.

#### **Article 7 : Obligations et incompatibilités de la personne responsable des marchés publics**

La personne responsable des marchés publics est tenue d'établir, avant le 31 mars de chaque année, un rapport annuel d'exécution des marchés publics passés l'année précédente par son autorité contractante selon un modèle défini par l'autorité de régulation de la commande publique et d'en fournir une copie aux organes nationaux de contrôle et de régulation de la commande publique et à la cour des comptes.

Ce rapport fournit, entre autres informations, le taux d'exécution du plan de passation des marchés, la liste des marchés approuvés et en cours d'exécution, les procédures en cours de passation, les personnes morales ou physiques défailtantes et précise les difficultés rencontrées, la nature des manquements constatés ainsi qu'un compte rendu détaillé des marchés passés par entente directe. Ce rapport retrace également les activités de la cellule de gestion des marchés publics et de la commission de contrôle des marchés publics.

Le rapport de la personne responsable des marchés publics est assorti d'une liste de soumissionnaires qui se sont rendus coupables de manœuvres dolosives, collusoires, frauduleuses ou obstructives pouvant entacher la transparence et l'équité dans l'attribution des marchés publics. Pour l'élaboration dudit rapport, la personne responsable des marchés publics peut recourir à l'utilisation, le cas échéant d'un

système informatisé de suivi des marchés en temps réel mis en place par l'organe de régulation des marchés publics.

La personne responsable des marchés publics est tenue à l'obligation du secret professionnel des délibérations et des décisions de l'autorité contractante ou de ses structures internes impliquées dans la chaîne de passation des marchés publics, et des informations, faits, actes et renseignements dont elle a connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

La personne responsable des marchés publics est tenue à une obligation de performance. A ce titre, elle est évaluée à la fin de chaque année par rapport au respect des délais, à l'efficacité de l'exécution du plan de passation des marchés publics et du suivi régulier de l'exécution des marchés approuvés ainsi qu'à la qualité des rapports d'activités liées à la gestion des marchés publics. Les modalités d'appréciation de cette performance sont déterminées par l'autorité de régulation de la commande publique.

La personne responsable des marchés publics doit, lors de son entrée en fonction, faire sur l'honneur une déclaration de patrimoine conformément à la réglementation relative à la déclaration de biens et avoirs des hautes personnalités, hauts fonctionnaires et autres agents publics. Elle doit également signer un engagement à respecter les règles d'éthique et de déontologie en vigueur et une déclaration d'intérêt à l'entame de chaque procédure de passation.

Les fonctions de personne responsable des marchés publics ne sont pas cumulables avec l'exercice d'une autre fonction administrative dans le système des marchés publics, que ce soit au sein de son autorité contractante ou d'une autre autorité contractante, de l'organe chargé du contrôle ou de la régulation des marchés publics.

Les fonctions de personne responsable des marchés publics sont incompatibles avec toute détention directe ou indirecte d'intérêts dans les entreprises soumissionnaires des marchés publics, toute fonction salariée ou tout bénéfice, rémunération ou avantage sous quelque forme que ce soit accordé par ces entreprises. La personne responsable des marchés publics ne peut davantage exercer de fonction électorale ou d'activité commerciale ou de consultation en rapport avec ses missions.

La personne responsable des marchés publics ne peut soumissionner directement ou par l'entremise d'un prête-nom à un marché qu'elle a eu à connaître dans le cadre de ses fonctions.

La personne responsable des marchés publics ne peut participer à une délibération des organes de passation ou de contrôle de l'autorité contractante si, au cours des deux (2) années précédant sa nomination, elle a, directement ou indirectement, collaboré aux activités de l'entreprise ou du consultant concerné par la délibération qui lui est soumise.

De même, il est interdit à la personne responsable des marchés publics, deux (2) ans à compter de la date de cessation de ses fonctions, de prendre des participations ou de s'engager par contrat de travail ou de prestation de service, dans une entreprise attributaire d'un marché public qu'elle a eu à connaître dans le cadre de ses fonctions.

Les désaccords entre la personne responsable des marchés publics, la cellule de gestion des marchés publics, les commissions ad hoc d'ouverture des plis et d'évaluation des offres ou propositions et la commission de contrôle des marchés publics sont soumis à l'arbitrage de l'autorité de régulation de la commande publique.

La personne responsable des marchés publics bénéficie d'une indemnité de fonction dont le montant et les modalités sont déterminés par arrêté du ministre chargé des finances pour les départements ministériels ou par décision du représentant légal pour les autres autorités contractantes.

## **Section 2 : Cellule de gestion des marchés publics**

### **Article 8 : Création et organisation de la cellule de gestion des marchés publics**

Il est créé, au sein de chaque autorité contractante, une cellule de gestion des marchés publics chargée d'assister la personne responsable des marchés publics dans ses missions de gestion du processus de passation et d'exécution des marchés publics inscrits au plan prévisionnel de passation des marchés publics.

La cellule de gestion des marchés publics est placée sous l'autorité de la personne responsable des marchés publics.

La cellule de gestion des marchés publics est composée, sauf dérogation de l'autorité de régulation de la commande publique, suivant le volume et la taille des marchés à passer, de trois (3) à cinq (5) membres permanents désignés par l'autorité contractante sur la base de critères d'intégrité morale, de qualification et d'expérience dans les domaines juridique, technique, financier, économique ou des marchés publics. Ils doivent justifier d'une expérience pratique d'au moins trois (3) ans dans la gestion des marchés publics, sauf dérogation de l'autorité de régulation de la commande publique.

Les membres de la cellule de gestion des marchés publics doivent être dédiés à la gestion des marchés publics.

La cellule de gestion des marchés publics doit comporter en son sein au moins un spécialiste ou expert en passation des marchés publics de l'autorité contractante concernée disposant d'une qualification requise et d'une expérience avérée dans la pratique des marchés publics. Les critères de détermination du profil de spécialiste ou d'expert en passation des marchés publics sont fixés par décision de l'autorité de régulation des marchés publics. L'autorité contractante peut également recourir en tant que de besoin aux expertises externes.

En raison de leur implication permanente dans le processus de passation et d'exécution des marchés publics, les membres de la cellule de gestion des marchés publics doivent, lors de leur entrée en fonction, faire sur l'honneur une déclaration de patrimoine conformément à la réglementation relative à la déclaration de biens et avoirs des hautes personnalités, hauts fonctionnaires et autres agents publics. Ils doivent également signer un engagement à respecter les règles d'éthique et de déontologie en vigueur et une déclaration d'intérêt à l'entame de chaque procédure de passation, suivant un modèle établi par l'organe chargé de la régulation des marchés publics.

Les membres de la cellule de gestion des marchés publics et des commissions ad hoc chargées de l'ouverture des plis et de l'évaluation des offres ou propositions sont soumis aux mêmes règles d'incompatibilités et d'obligations que celles de la personne responsable des marchés publics.

Les membres de la cellule de gestion des marchés publics et des commissions ad hoc chargées de l'ouverture des plis et de l'évaluation des offres ou propositions bénéficient d'une indemnité dont le montant et les modalités sont déterminés par arrêté du ministre

chargé des finances pour les départements ministériels ou par décision du représentant légal pour les autres autorités contractantes.

La personne responsable des marchés publics peut, en cas de besoin, adjoindre à la cellule de gestion toute personne dont l'expertise s'avère nécessaire à l'accomplissement de la mission de celle-ci.

### **Article 9 : Missions et attributions de la cellule de gestion des marchés publics**

Sous la responsabilité de la personne responsable des marchés publics, la cellule de gestion des marchés publics veille à l'application des procédures de passation des marchés publics planifiés en début d'année dans les plans prévisionnels de passation des marchés publics validés.

A ce titre, elle est chargée plus particulièrement de :

- élaborer et publier, en début d'année, les avis généraux annuels de passation des marchés publics, conformément aux dispositions du présent décret ;
- élaborer, en collaboration avec les services techniques et financiers de l'autorité contractante, les plans prévisionnels annuels de passation des marchés publics, les faire publier et les réviser le cas échéant ;
- veiller à l'élaboration des spécifications techniques ou termes de référence par les services techniques concernés ;
- publier les avis d'appel à concurrence et, éventuellement, les modifications du dossier d'appel à la concurrence conformément aux dispositions du présent décret ainsi que les éventuels reports des dates d'ouverture des plis ;
- veiller à la réception et à la sécurisation des offres des soumissionnaires ;
- participer à l'ouverture et à l'évaluation des offres ou propositions ;
- procéder à l'examen préalable de tout document de marchés publics à soumettre à la personne responsable des marchés publics ;
- préparer tout document à transmettre aux organes chargés du contrôle a priori compétents et a posteriori des marchés publics en vue de l'obtention des avis nécessaires ;
- classer et archiver tout document relatif aux marchés publics passés par les différents services de l'autorité contractante y compris à travers l'archivage électronique ;
- assurer le bon déroulement de l'ensemble des opérations de traitement, d'échange et de stockage d'informations par voie électronique quand la procédure l'exige ou le permet ;
- contribuer à l'identification des besoins de formation du personnel en matière de marchés publics ;
- tenir les archives relatives aux marchés publics de l'autorité contractante, notamment la constitution d'une base de données sur tous les marchés publics passés quels que soient le montant et la source de financement ;
- assister la personne responsable des marchés publics dans la rédaction du rapport annuel d'exécution des marchés publics mis à sa charge par le présent décret.

La cellule de gestion des marchés publics propose également la nomination des membres de la commission ad hoc chargée de l'ouverture des plis et de la sous-commission d'analyse des offres ou propositions et veille à leur bon fonctionnement. A cet effet, elle est chargée d'organiser la tenue des séances d'ouverture des plis et d'évaluation des offres ou propositions, notamment la convocation des membres, la préparation de la salle de séance.

Elle assure le secrétariat de la commission ad hoc d'ouverture des plis mise en place à cet effet. Elle dresse, à ce titre, le procès-verbal de la séance d'ouverture des plis à laquelle est jointe la liste signée des personnes présentes et le fait publier par tout moyen approprié. Ce procès-verbal est remis à tous les soumissionnaires.

Elle assure également le secrétariat de la sous-commission d'analyse et dresse le procès-verbal d'attribution des marchés publics, qui fait l'objet d'une publication et notification à tous les soumissionnaires, après validation, par l'organe de contrôle a priori compétent des marchés publics.

La cellule de gestion des marchés publics prépare, pour le compte de la personne responsable des marchés publics, les lettres de notification des résultats aux soumissionnaires.

Elle rend compte à la personne responsable des marchés publics, des cas de violation ou de manquement aux dispositions du présent décret ou du code d'éthique commis par les acteurs de la commande publique.

La cellule de gestion des marchés publics reçoit les recours préalables adressés à la personne responsable des marchés publics et prépare, le cas échéant, la réponse au requérant en rapport avec le service technique ou bénéficiaire ayant rédigé les spécifications techniques ou les termes de référence.

Elle assure la gestion et le suivi du règlement des différends liés aux marchés publics devant l'autorité contractante et devant le comité de règlement des différends de l'autorité de régulation de la commande publique.

En sus des missions visées aux paragraphes précédents du présent article, la cellule de gestion des marchés publics est également chargée de :

- préparer le projet de contrat ;
- faire établir et joindre au projet de contrat, le document portant engagement provisionnel prouvant l'existence de crédits budgétaires suffisants pour assurer le paiement dudit marché ;
- veiller à l'accomplissement, dans les délais prévus par les textes en vigueur, des formalités de signature et d'approbation du marché par les autorités compétentes ;
- suivre, en relation avec les services techniques de l'autorité contractante, le respect des dispositions des cahiers des charges ;
- assurer le suivi régulier de la liquidation et du paiement des avances, décomptes des marchés, factures, mémoires et autres créances des titulaires de marchés publics en rapport avec les services techniques de l'autorité contractante ;
- veiller, pour le compte de la personne responsable, à la libération des garanties en temps opportun et à l'application des pénalités de retard en cas de défaillance

constatée dans l'exécution d'un marché public, en relation avec les services techniques concernés.

La cellule de gestion des marchés publics, sous la responsabilité de la personne responsable des marchés publics, établit mensuellement à l'attention de l'autorité contractante, de la direction nationale du contrôle de la commande publique et de l'autorité de régulation de la commande publique un rapport sur l'état de l'exécution du plan prévisionnel de passation des marchés et des marchés passés au cours de la période suivant un modèle élaboré et adopté par l'autorité de régulation de la commande publique.

Le rapport mensuel prévu au titre de l'alinéa précédent comporte également les informations relatives à la passation et à l'exécution des marchés passés par les projets sous tutelle ou rattachés à l'autorité contractante.

### **Section 3 : Les groupements de commandes**

#### **Article 10 : Mécanisme des groupements d'achats**

Les autorités contractantes peuvent mutualiser leurs procédures de marchés et contribuer à la réalisation d'économies sur leurs acquisitions de travaux, fournitures et services de même nature, dans le cadre d'un groupement de commandes.

Le groupement de commandes est constitué de deux ou de plusieurs autorités contractantes qui se regroupent pour lancer un seul appel à la concurrence donnant lieu à la conclusion d'autant de marchés que d'autorités contractantes membres du groupement.

Les marchés passés dans le cadre du groupement de commandes obéissent aux principes, règles et procédures prévus par le présent décret.

Une convention constitutive, qui définit les modalités de fonctionnement du groupement, est signée par tous les membres du groupement. Elle désigne un coordonnateur parmi les autorités contractantes membres du groupement. Une copie de la convention constitutive du groupement de commandes doit faire partie du dossier du marché.

Chaque membre du groupement s'engage, dans la convention, à signer avec l'attributaire retenu un marché à hauteur de ses besoins propres tels qu'il les a préalablement déterminés et assure le suivi de son exécution.

Le coordonnateur prépare, en concertation avec les membres du groupement, le dossier d'appel à la concurrence qui peut, en cas de besoin, comporter des lots divisibles. Il indique le lieu de livraison, les modalités de paiement, les quantités des besoins de chaque membre du groupement dans le cahier des charges et les bordereaux des prix et détails estimatifs.

Le coordonnateur procède, conformément aux dispositions du présent décret, au lancement de l'appel à la concurrence et au choix de l'attributaire par le biais de sa personne responsable des marchés publics appuyée par ses commissions de gestion des marchés publics. La convention peut inclure la participation de certains représentants des membres de groupement aux phases d'ouverture ou d'évaluation des offres.

La personne responsable des marchés publics de chaque autorité contractante membre du groupement signe le marché et s'assure de sa bonne exécution pour ce qui concerne l'entité qu'elle représente. Les autorités contractantes parties à ce groupement peuvent également convenir de désigner un coordonnateur qui sera chargé :

- soit de signer et de notifier le marché et la personne responsable des marchés publics de chaque membre du groupement, pour ce qui la concerne, s'assurant de sa bonne exécution ;
- soit de signer le marché, de le notifier et de suivre son exécution au nom de l'ensemble des membres du groupement.

Les soumissionnaires doivent présenter un acte d'engagement correspondant à la commande de chaque membre du groupement.

Lorsqu'un membre du groupement de commandes ne conclut pas le marché, issu de l'appel à la concurrence lancé par le coordonnateur au nom du groupement, ou lorsque ledit marché n'est pas approuvé par l'autorité compétente dont relève ledit membre, il en informe, par écrit, le coordonnateur. Le coordonnateur est tenu d'aviser le titulaire du marché, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par fax confirmé ou par tout autre moyen de communication donnant date certaine, du désistement dudit membre du groupement.

Dans ce cas, le titulaire peut soit :

- accepter de conclure le marché avec les autres membres du groupement d'achats dans les mêmes conditions ;
- refuser la conclusion du marché avec les autres membres du groupement de commande ; dans ce cas, l'appel à la concurrence est annulé par l'autorité compétente dont relève le coordonnateur, sans encourir de ce fait aucune responsabilité à l'égard du titulaire.

## **CHAPITRE 2 : ORGANES DE CONTROLE ET DE REGULATION**

### **Article 11 : Fonctions de contrôle et de régulation**

Sans préjudice des dispositions législatives et réglementaires relatives au contrôle des dépenses applicables aux autorités contractantes, le contrôle et la régulation de l'application de la réglementation des marchés publics sont assurés, conformément aux attributions qui leur sont dévolues aux termes des articles 12 et suivants du présent décret, par :

- la direction nationale du contrôle de la commande publique ;
- la commission de contrôle des marchés publics ;
- l'autorité de régulation de la commande publique.

### **Section 1<sup>ère</sup> : Organes chargés du contrôle des marchés publics**

#### **Article 12 : Direction nationale du contrôle de la commande publique**

La direction nationale du contrôle de la commande publique placée auprès du ministre chargé des finances a pour mission de contrôler a priori la procédure de passation des

marchés publics d'un montant supérieur ou égal aux seuils fixés par décret en conseil des ministres et peut procéder a posteriori au contrôle des procédures de passation des marchés d'un montant inférieur auxdits seuils.

Les délais impartis à la direction nationale du contrôle de la commande publique pour examiner les dossiers qui lui sont soumis, rendre ses avis de non objection et ses décisions d'autorisation, ainsi que les modalités d'organisation et de fonctionnement de cette direction sont déterminés par décret en conseil des ministres.

### **Article 13 : Commission de contrôle des marchés publics**

Une commission de contrôle des marchés publics, créée au sein de l'autorité contractante, est chargée du contrôle de la régularité de la procédure de passation des marchés publics en dessous des seuils de contrôle a priori définis par décret en conseil des ministres. Lorsque ces seuils sont atteints, l'autorité contractante requiert directement l'avis de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

La commission de contrôle des marchés publics a pour mission d'émettre des avis de non objection sur les procédures de passation des marchés publics en dessous des seuils de contrôle a priori, à l'exception des procédures d'entente directe. A cet effet, elle :

- procède à la validation des dossiers d'appel à la concurrence avant le lancement de l'appel à la concurrence et la publication correspondante sur les marchés en deçà des seuils de passation ;
- procède à la validation du rapport d'analyse comparative des offres ou propositions et du procès-verbal d'attribution provisoire du marché ;
- procède à un examen juridique et technique du dossier du marché et des projets d'avenants avant de le valider et, au besoin, proposer toute modification de nature à garantir la conformité du marché avec le dossier d'appel à la concurrence et la réglementation en vigueur ;
- appuie la personne responsable des marchés publics dans l'élaboration du rapport annuel d'exécution des marchés publics.

La commission de contrôle des marchés publics est composée de trois (3) membres désignés à cet effet par l'autorité contractante sur la base de critères d'intégrité morale, de qualification et d'expérience dans le domaine juridique ou technique ou économique et ayant reçu une formation spécifique dans les marchés publics.

Les membres de la commission de contrôle des marchés publics sont nommés par arrêté ou décision de l'autorité contractante pour un mandat de trois (3) ans renouvelable une fois. Leur mission prend fin, soit à l'expiration normale de sa durée, soit par décès ou par démission. Elle prend également fin par révocation, à la suite d'une faute grave ou d'agissements incompatibles avec leurs fonctions, après avis de l'autorité de régulation de la commande publique.

Les membres de la commission de contrôle des marchés publics désignent en leur sein un président et un rapporteur pour la durée de la mission de la commission.

La commission de contrôle des marchés publics peut faire appel à toute personne dont elle juge utile de recueillir l'avis.

La commission de contrôle des marchés publics ne peut délibérer que si 2/3 de ses membres sont présents. Elle délibère à huis clos et le débat est revêtu du secret.

La commission de contrôle des marchés publics dispose d'un délai de quatre (4) jours maximum calendaires à compter de la date de réception d'un dossier pour se prononcer, et transmettre sa décision à la personne responsable des marchés publics, sur la base du rapport de contrôle préparé par son rapporteur et signé par tous ses membres.

Les décisions de la commission de contrôle des marchés publics sont prises à la majorité des membres présents. Les décisions de la commission de contrôle des marchés publics doivent être motivées.

L'autorité contractante ne peut poursuivre la procédure de passation du marché que si l'avis de la commission de contrôle des marchés publics est favorable.

Les désaccords entre la personne responsable des marchés publics, les commissions ad hoc et/ou la commission de contrôle des marchés publics sont soumis à l'arbitrage de l'autorité de régulation de la commande publique selon les modalités définies par le présent décret.

En raison de leur implication permanente dans le processus de passation, de contrôle et d'exécution des marchés publics, les membres de la commission de contrôle des marchés publics doivent signer, avant leur entrée en fonction s'engager, par écrit, à respecter les règles d'éthique et de déontologie en vigueur et une déclaration d'intérêt suivant un modèle établi par l'autorité de régulation de la commande publique.

Les membres de la commission de contrôle des marchés sont soumis aux mêmes règles d'incompatibilités et d'obligations que celles de la personne responsable des marchés publics.

Les membres de commission de contrôle des marchés publics bénéficient d'une indemnité dont le montant et les modalités sont déterminés par arrêté du ministre chargé des finances pour les départements ministériels ou par décision du représentant légal pour les autres autorités contractantes.

## **Section 2 : Organe chargé de la régulation des marchés publics**

### **Article 14 : Autorité de régulation de la commande publique**

La régulation du système des marchés publics est assurée par l'autorité de régulation de la commande publique.

L'autorité de régulation de la commande publique est composée de trois (3) organes : le conseil de régulation, le comité de règlement des différends et la direction générale.

Les attributions et les modalités d'organisation et de fonctionnement de l'autorité de régulation de la commande publique sont fixées par décret en conseil des ministres.

## **CHAPITRE 3 : AUTORITES CHARGEES DE LA SIGNATURE ET DE L'APPROBATION DES MARCHES PUBLICS**

### **Article 15 : Autorité signataire**

Le pouvoir de signer un marché public appartient à l'autorité qui a la qualité requise pour représenter la personne morale pour le compte de laquelle le marché est conclu.

La signature et l'approbation des marchés publics ne peuvent en aucun cas être le fait de la même personne que soit l'autorité contractante.

Dans le cas où l'autorité signataire d'un marché public est également l'autorité d'approbation, la signature du marché est déléguée.

### **Article 16 : Autorités approbatrices**

Le ministre chargé des finances est compétent pour approuver tous les marchés de l'Etat ou des établissements publics passés par les administrations centrales et les institutions de la République dont le montant est supérieur ou égal à un seuil d'approbation défini par voie réglementaire. Leur transmission pour approbation incombe à l'organe national de contrôle a priori des marchés publics. En dessous de ce seuil, lesdits marchés sont approuvés par le ministre sectoriel ou le premier responsable de l'institution concernée après, le cas échéant, visa du contrôleur financier déconcentré. Leur transmission pour approbation incombe à l'organe interne de contrôle a priori des marchés publics.

Les marchés publics passés par les autorités contractantes autres que celles visées au paragraphe précédent sont approuvés par leurs représentants habilités désignés conformément aux dispositions légales et statutaires qui les régissent. Toutefois, lorsque ces marchés sont financés par le budget de l'Etat, leur approbation relève du ministre chargé des finances.

Les marchés publics passés par les collectivités territoriales sont approuvés par le maire pour la commune et le président du conseil régional pour la région.

Les autorités approbatrices définies au présent article, peuvent déléguer leur pouvoir en matière d'approbation des marchés dans des conditions qu'elles fixent par arrêté ou par décision.

## **TITRE III : PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS**

### **CHAPITRE 1<sup>ER</sup> : PREPARATION DE LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS**

#### **Section 1<sup>ère</sup> : Détermination des besoins, planification et définition des prestations**

##### **Sous-section 1 : Détermination des besoins et planification de la passation**

#### **Article 17 : Détermination des besoins à satisfaire**

La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision, par les autorités contractantes, préalablement à l'élaboration des plans de passation de marchés, en conformité avec les principes, spécifications et critères propres de l'achat durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, avant toute procédure de passation des marchés publics.

Ces besoins font l'objet d'études sommaires de la part des autorités contractantes de nature à en déterminer les caractéristiques techniques et le coût.

Ces études doivent permettre d'assurer une présentation générale du projet, notamment son objet, l'historique, le contexte, ses enjeux et les caractéristiques de son équilibre économique, et le cas échéant, une analyse comparative en valeur actualisée des différentes options de montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables pour mettre en œuvre le projet comprenant, un cadrage.

Ce cadrage inclut, entre autres, le périmètre, les procédures et le calendrier pour chacune des phases de réalisation du projet, ainsi que la durée totale du contrat, une estimation en coût complet des différentes options comprenant notamment les coûts de programmation, de conception, de réalisation, de financement et de fonctionnement pour l'autorité contractante et pour le cocontractant avec leur évolution dans le temps jusqu'à la fin de vie ainsi que, le cas échéant, des recettes résultant du projet et le traitement comptable et fiscal retenu, une présentation des principaux risques du projet.

Les documents constitutifs des projets d'acquisitions sont préparés par les services compétents de l'autorité contractante, sous la responsabilité de la personne responsable des marchés publics. Pour la réalisation des études préalables et l'établissement des projets, il peut être fait appel à la collaboration de services techniques dépendant d'autres administrations, d'assistants à maître d'ouvrages, ou de maître d'ouvrage délégué, de maître d'œuvre ou de spécialistes du domaine.

Le marché conclu par l'autorité contractante doit avoir pour objet exclusif de répondre à ses besoins. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent décret.

Le lancement d'une procédure de passation d'un marché public doit être subordonné à l'existence de crédits budgétaires suffisants et au respect des règles qui organisent les dépenses des organismes publics.

Chaque autorité contractante réserve annuellement une part minimale des marchés de travaux, de fourniture de biens ou de services non complexes aux entreprises appartenant aux personnes en situation de handicap, aux jeunes et femmes entrepreneurs togolais, aux entreprises régies par la charte des très petites, petites et moyennes entreprises, aux entrepreneurs agricoles et aux artisans ou entreprises organisées sous forme de coopératives, associations dont le fonctionnement et les activités sont fondés sur un principe de solidarité et d'utilité sociale pour accroître la production et la consommation des produits locaux. La liste de ces marchés réservés, dont le taux est fixé par un texte réglementaire, doit apparaître dans le plan prévisionnel dédié de chaque autorité contractante.

Ces marchés sont passés dans le respect des dispositions du présent décret. Le dossier d'appel à concurrence fixe le nombre, la nature et l'importance des lots réservés aux jeunes et femmes entrepreneurs ainsi qu'aux autres cibles.

L'autorité contractante établit à la fin de chaque année, un rapport sur les marchés attribués aux jeunes et femmes entrepreneurs ainsi qu'aux autres cibles, qu'elle transmet à la direction nationale du contrôle des marchés publics de la commande publique et à l'autorité de régulation de la commande publique.

La direction nationale du contrôle de la commande publique effectue un suivi de la mise en œuvre effective de cette mesure dont un rapport annuel sera adressé au ministre chargé des finances pour compte rendu au président de la République.

### **Article 18 : Planification de la passation des marchés publics**

Toutes les autorités contractantes soumises au présent décret sont tenues de préparer, avant la passation de tout marché, un plan prévisionnel et révisable de passation des marchés en conformité avec les crédits qui leur sont alloués et leur programme d'activités annuel.

Le plan de passation des marchés comprend les éléments suivants : (i) une description succincte des activités, (ii) les méthodes de sélection à appliquer, (iii) la dotation, (iv) les calendriers et toute autre information pertinente en rapport avec la passation des marchés.

Le plan prévisionnel de passation des marchés publics doit être communiqué pour validation à la direction nationale du contrôle de la commande publique qui en assure la publication sur le portail national des marchés publics, dans les trois (3) jours ouvrables à compter de la date de sa validation. Ce plan peut faire l'objet de publication sur tout autre support accessible à l'initiative de chaque autorité contractante.

L'autorité contractante communique à l'autorité de régulation de la commande publique le plan de passation des marchés publics dans le délai de quinze (15) jours à compter de la date de réception du plan validé.

Un modèle de plan prévisionnel est élaboré par l'autorité de régulation de la commande publique en collaboration avec la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Les marchés passés par les autorités contractantes doivent avoir été préalablement inscrits dans le plan prévisionnel ou révisé, sous peine de nullité, sauf appréciation pour motifs légitimes dûment justifiés de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Tout morcellement de commande, en violation du plan annuel de passation des marchés publics, caractérise un fractionnement interdit constitutif d'une pratique frauduleuse.

#### **Article 19 : Avis de pré-information /Avis général de passation des marchés publics**

Les marchés publics inscrits dans le plan de passation peuvent faire l'objet d'un avis de pré information dénommé avis général de passation des marchés publics. Cet avis, établi et publié selon le modèle fixé par décision de l'autorité de régulation de la commande publique, précise les caractéristiques essentielles des marchés de travaux, fournitures et services et accords-cadres que les autorités contractantes entendent passer dans l'année suivant une procédure d'appel public à la concurrence.

Cet avis est communiqué au public par voie électronique, via la publication sur le portail des marchés publics, ou cumulativement ou alternativement dans le journal des marchés publics. Il peut être publié dans un support d'informations de large diffusion à l'initiative des autorités contractantes.

Les autorités contractantes restent libres de ne pas donner suite aux projets d'acquisitions mentionnés dans ledit avis général.

### **Sous-section 2 : Définition des prestations**

#### **Article 20 : Allotissement**

Lorsque l'allotissement est susceptible de présenter des avantages financiers ou techniques, y compris en vue de faciliter la candidature des très petites, petites et moyennes entreprises, les travaux, fournitures ou services sont répartis en lots pouvant donner lieu chacun à un marché distinct.

Le dossier d'appel à la concurrence fixe le nombre, la nature et l'importance des lots, ainsi que les conditions requises pour soumissionner à un ou plusieurs lots et les

modalités de leur attribution et indique que les marchés seront attribués sur la base de la combinaison des lots évaluée la plus économiquement avantageuse par l'autorité contractante.

Si, dans le cadre d'un appel à la concurrence, un ou plusieurs lots ne sont pas attribués, l'autorité contractante a la faculté d'entamer de nouvelles procédures d'appel à la concurrence pour les lots non attribués en modifiant, s'il y a lieu, la consistance de ces lots.

Les procédures de passation dont l'objet porte sur des travaux, des fournitures ou des services issus d'activités artisanales ou ayant le caractère d'activités artisanales, doivent prévoir une répartition des acquisitions en lots. Ces lots peuvent donner lieu chacun à un contrat distinct, en vue de faciliter l'accès des artisans et des entreprises artisanales par l'accroissement de l'offre d'opportunités d'affaires, en adéquation avec leur capacité financière.

Toutefois, l'autorité contractante peut passer un marché global, avec ou sans identification des prestations distinctes, si elle estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'elle n'est pas en mesure d'assurer par elle-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

Le soumissionnaire peut présenter son offre en mentionnant le rabais global qu'il consent en cas de réunion de certains lots ou de tous les lots pour lesquels il a soumissionné. Ce rabais est exprimé en pourcentage.

#### **Article 21 : Normes, agréments et spécifications techniques**

Les normes, agréments et spécifications techniques mentionnés dans le dossier d'appel à la concurrence doivent susciter la concurrence la plus large possible et faire en sorte que les travaux, fournitures et services demandés satisfassent aux critères requis, y compris en termes de performance.

Les travaux, fournitures et prestations de services doivent être formulés en termes de performance ou d'exigences fonctionnelles. Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et à l'autorité contractante d'attribuer le marché. Elles peuvent inclure les niveaux de sécurité, de qualité ou de performance environnementale.

L'autorité contractante fixe les normes, agréments techniques ou spécifications homologuées par l'organisme national chargé de la qualité de l'environnement ou utilisées au Togo auxquelles devront répondre les matériels, matériaux et modes d'exécution par référence et qui seront expressément mentionnées dans les données particulières d'appel à la concurrence et dans les cahiers des charges. S'il n'existe pas de normes nationales ou communautaires, ou si les normes nationales ou communautaires ne conviennent pas, elles peuvent spécifier des normes internationales, comme celles de l'organisation internationale de normalisation.

La détermination de ces normes et agréments doit permettre aux autorités contractantes d'acquérir des biens et services durables et de qualité. Les normes et agréments doivent inclure dans toutes les procédures de marchés publics, la référence systématique aux normes et inviter le secteur privé à adopter les mêmes règles. Il en est de même pour la certification des produits et des services.

Il ne peut être dérogé à ces règles que :

- si les normes, les agréments techniques ou les spécifications techniques nationaux, communautaires ou à défaut internationaux, ne contiennent aucune disposition concernant l'établissement de la conformité ou s'il n'existe pas de moyens techniques permettant d'établir de façon satisfaisante la conformité d'un produit à ces normes, à ces agréments techniques ou à ces spécifications techniques ;
- si ces normes, ces agréments techniques ou ces spécifications techniques nationaux, communautaires ou à défaut internationaux, imposent l'utilisation de produits ou de matériaux incompatibles avec des installations déjà utilisées par l'autorité contractante ou entraînent des coûts disproportionnés ou des difficultés techniques disproportionnées, mais uniquement dans le cadre d'une stratégie clairement définie et consignée en vue d'un passage, dans un délai déterminé à des normes, à des agréments techniques ou à des spécifications techniques nationaux, communautaires ou internationaux ;
- si le projet concerné constitue une véritable innovation pour laquelle le recours à des normes, à des agréments techniques ou à des spécifications techniques nationaux, communautaires ou à défaut internationaux existants serait inapproprié.

A moins que de telles spécifications ne soient justifiées par l'objet du marché, les autorités contractantes ne peuvent introduire dans les clauses contractuelles propres à un marché déterminé, des spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des procédés particuliers et qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises.

Est notamment interdite l'indication de marques, de brevets ou de types, de numéro de catalogue ou celle d'une origine ou d'une production déterminée. Toutefois, une telle indication accompagnée de la mention « ou équivalent » est autorisée lorsque les autorités contractantes n'ont pas la possibilité de donner une description de l'objet du marché au moyen de spécifications suffisamment précises et intelligibles pour tous les intéressés.

Ces normes, agréments et spécifications, ainsi que le recours à la procédure dérogatoire ci-dessus visée, doivent être expressément mentionnés dans les cahiers des clauses techniques.

## **Section 2 : Constitution du dossier d'appel à la concurrence**

### **Article 22 : Contenu du dossier d'appel à la concurrence**

Le dossier d'appel à la concurrence est rédigé ou commandité par les services bénéficiaires de l'autorité contractante et contient l'ensemble des pièces et documents nécessaires à la consultation et à l'information des candidats selon la procédure choisie, à savoir :

- les pièces relatives aux conditions de l'appel à la concurrence : la référence à l'avis d'appel à la concurrence ou à l'avis d'appel à candidatures, ou la lettre d'invitation à la procédure, ainsi que le règlement de la procédure, sauf si les informations figurant dans l'avis d'appel à la concurrence sont suffisantes eu égard à la procédure et au marché concerné ;

- les pièces constitutives du futur marché, notamment les données particulières, les formulaires de garanties, le cahier des prescriptions techniques, le cahier des clauses administratives générales, le cahier des clauses techniques générales, les termes de référence, les caractéristiques techniques, et toutes autres pièces requises en fonction de l'objet du marché ;
- les informations communiquées par l'autorité contractante à titre indicatif en vue de faciliter l'établissement de leurs offres par les candidats, à savoir les instructions aux candidats, les formulaires de soumission, qui ne sont pas des pièces constitutives du marché, notamment la présentation et la constitution des offres, les critères d'évaluation, les conditions de rejet des offres, les procédures d'attribution ;
- les indications relatives au moyen de communication et d'échanges d'informations applicables à la procédure d'appel à la concurrence, notamment les échanges avec les candidats, le mode de transmission des candidatures, des offres ou propositions et qui est déterminé par l'autorité contractante en application des articles 79 et 80 du présent décret. Ces indications sont facultatives sauf si elles sont préalablement indiquées dans l'avis d'appel à la concurrence.

Quel que soit son contenu, le dossier d'appel à la concurrence est établi par l'autorité contractante en tenant compte de l'envergure du marché et des dossiers types de passation des marchés publics élaborés et mis en vigueur par l'autorité de régulation de la commande publique.

Les modalités de mise à disposition du dossier d'appel à la concurrence sont indiquées dans l'avis d'appel à la concurrence.

L'autorité contractante peut, après publication de l'avis d'appel à la concurrence, mettre à la disposition des candidats le dossier d'appel à la concurrence, cumulativement ou alternativement :

- par voie électronique, sur une plateforme de dématérialisation définie à l'article 1<sup>er</sup> du présent décret. Chaque candidat pourra consulter et télécharger en accès gratuit, libre, direct et complet les documents du dossier d'appel à la concurrence ;
- par support papier ou par supports physiques électroniques à chaque candidat qui en fait la demande contre paiement des frais afférents dont le barème est fixé par l'autorité de régulation de la commande publique qui peut, à la demande de l'autorité contractante, autoriser sa délivrance à titre gratuit. Sa consultation est libre.

Conformément aux dispositions de la loi relative aux marchés publics, les opérateurs économiques peuvent indiquer à l'autorité contractante une adresse électronique, afin que puissent leur être communiquées toutes informations ou notification en lien avec la procédure.

En cas de mise à disposition uniquement par voie électronique, l'autorité contractante doit, dans tous les cas, pouvoir adresser à chaque candidat qui en fait la demande le dossier d'appel à la concurrence par support papier ou par supports physiques électroniques dans les conditions énoncées à l'alinéa précédent. De plus, dans pareil cas, lorsque certains documents du dossier d'appel à la concurrence sont trop volumineux pour être téléchargés depuis la plateforme de dématérialisation, l'autorité contractante indique dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans tout autre document

de la consultation, les autres moyens par lesquels ces documents peuvent être obtenus ou consultés.

Les modalités de mise à disposition du dossier d'appel à la concurrence sont indiquées dans l'avis d'appel à la concurrence.

### **Article 23 : Modifications du dossier d'appel à la concurrence**

L'autorité contractante peut apporter des modifications au dossier d'appel à la concurrence déjà publié par une demande motivée soumise à l'appréciation de l'organe de contrôle a priori compétent.

Un additif comportant toutes les modifications approuvées par l'organe de contrôle a priori compétent, est joint au dossier d'appel à la concurrence. Les candidats ayant retiré le dossier d'appel à la concurrence sont informés de la survenance des modifications approuvées par recours à l'adresse électronique indiquée par le candidat. L'additif et les documents éventuels leurs sont transmis par tout moyen et notamment par recours à l'adresse électronique indiquée par le candidat.

Les modifications apportées au dossier d'appel à la concurrence sont transmises à tous les candidats et publiées dix (10) jours ouvrables au minimum pour les appels d'offres et sept (7) jours calendaires pour les demandes de renseignement de prix avant la date de remise des offres, qui peut, dans cette hypothèse, également être prorogée par l'autorité contractante.

## **Section 3 : Documents constitutifs du marché**

### **Article 24 : Forme et pièces constitutives du marché**

Les marchés sont conclus sous forme écrite ou électronique et font l'objet d'un document unique dont les pièces constitutives comprennent au minimum l'acte d'engagement, les cahiers des charges et la soumission.

Les pièces constitutives du marché définissent les engagements réciproques des parties contractantes.

Elles contiennent toutes les indications nécessaires à la compréhension de l'objet du marché par les parties contractantes.

Les pièces constitutives du projet de marché sont préparées par les services compétents de l'autorité contractante.

### **Article 25 : Cahiers des charges**

Les cahiers des charges déterminent les conditions contractuelles dans lesquelles le marché est exécuté.

Ils comprennent notamment :

- le Cahier des clauses administratives générales (CCAG) qui fixe les dispositions juridiques, administratives et financières applicables à chaque type de marché ;
- le Cahier des clauses administratives particulières (CCAP) qui fixe les clauses juridiques, administratives et financières propres à chaque marché et indique, le

cas échéant, les dispositions du cahier des clauses administratives générales auxquelles il déroge ;

- le Cahier des clauses techniques générales (CCTG) qui fixe les dispositions techniques applicables à chaque type de marché ;
- le Cahier des clauses techniques particulières (CCTP) qui fixe les spécifications techniques propres à chaque marché et indique, le cas échéant, les dispositions du cahier des clauses techniques générales auxquelles il déroge ;
- le cas échéant, le cahier des clauses environnementales et sociales et tout autre cahier élaboré en conformité avec les obligations de l'autorité contractante liées au respect des principes de l'achat durable.

Les cahiers des clauses administratives générales et les cahiers des clauses techniques générales sont élaborés par l'organe de régulation en concertation avec l'ensemble des acteurs de la commande publique.

### **Article 26 : Mentions essentielles du marché**

Le marché comporte les mentions obligatoires suivantes :

- l'indication précise des parties contractantes et leur nature juridique ;
- le domicile ou le siège social des parties et l'élection de domicile en République togolaise lorsque le titulaire est une personne morale étrangère ;
- la consistance et la description détaillée des travaux, fournitures ou services ;
- l'énumération par ordre de priorité des pièces contractuelles ;
- le mode de réalisation des travaux, de livraison des fournitures et de prestation des services ;
- le montant du marché hors taxes et le montant toutes taxes comprises ;
- le contenu principal du prix et notamment l'indication du caractère de prix unitaire, de prix global et forfaitaire, de prix mixte ou de prix rémunérant une dépense contrôlée ;
- la définition et les conditions particulières d'application des prix ;
- les conditions et modalités de règlement ;
- les formules de révision des prix pour les marchés qui prévoient de telles révisions ;
- les délais de réalisation des travaux, de livraison des fournitures ou de prestation des services ;
- les délais légaux et contractuels de garantie ;
- le transfert de connaissances ou de technologie, le cas échéant ;
- les conditions et modalités de résiliation ;
- les conditions de règlement des litiges ;
- le budget ou la source de financement de la dépense ;
- le comptable assignataire des paiements ;

- le numéro d'identification fiscale du titulaire délivré par l'administration fiscale ou la référence aux textes l'en dispensant ;
- la référence aux cahiers des clauses générales et techniques applicables au marché.

Le marché peut également comporter les mentions relatives :

- aux intérêts moratoires,
- au mode de passation ;
- les assurances civile et professionnelle du titulaire du marché, le cas échéant ;
- les considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi dans lesquelles le marché est exécuté ;
- la politique mise en place par le titulaire en matière de lutte contre les discriminations ;
- toutes autres stipulations spécifiques du marché.

#### **Article 27 : Usage de la langue française**

Dans le cadre des procédures de passation, d'exécution, de règlement, de contrôle et de régulation des marchés publics, toutes les pièces écrites, publiées, remises aux ou par les candidats, soumissionnaires, attributaires et titulaires, à quelque titre que ce soit, doivent être établies en langue française.

### **Section 4 : Prix des marchés**

#### **Article 28 : Contenu et caractère général des prix**

Les prix des marchés sont réputés couvrir tous les frais, charges et dépenses qui sont la conséquence nécessaire de l'exécution des travaux, fournitures ou services objet du marché, y compris les impôts, droits et taxes applicables sauf lorsqu'ils sont exclus du prix du marché ou font l'objet d'une exonération, et assurer au titulaire un bénéfice.

Les marchés comportant une clause d'exonération d'impôts, droits ou taxes doivent viser les textes législatifs ou réglementaires, ainsi que les conventions, décisions ou actes prévoyant ces exonérations.

#### **Article 29 : Nature des prix des marchés**

Les travaux, fournitures ou services faisant l'objet du marché sont réglés, soit par des prix unitaires appliqués aux quantités réellement exécutées dans les conditions du marché, soit par des forfaits, soit par une combinaison des deux, soit en rémunération d'une dépense contrôlée.

#### **Article 30 : Définition de la nature des prix**

Les prix unitaires sont fixés pour une nature ou un élément de travaux, fournitures ou services, objet du marché et sont appliqués aux quantités exécutées ou livrées pour déterminer le montant à régler.

Un prix est forfaitaire lorsqu'il rémunère l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services pour tout ou partie des travaux, fournitures ou services définis dans le marché.

Le prix sur dépenses contrôlées est celui dans lequel les dépenses réelles engagées par l'opérateur économique pour réaliser l'objet du marché lui sont intégralement remboursées, sur la base de justificatifs appropriés, par l'autorité contractante qui y ajoute un coefficient de majoration destiné à couvrir les frais généraux, les impôts et taxes, ainsi qu'une marge bénéficiaire.

Le marché doit indiquer la valeur des différents éléments qui concourent à la détermination du prix de règlement.

Les cahiers des charges fixent les montants maxima des prestations rémunérées sur dépenses contrôlées.

Les marchés qui comportent, tout ou partie des travaux, fournitures ou services rémunérés en dépenses contrôlées, donnent une estimation du volume des prestations et précisent la nature ainsi que les conditions de règlement de ces dépenses.

### **Article 31 : Caractère contractuel des composantes de l'offre financière**

Pour un marché à prix unitaires, le bordereau des prix unitaires présenté dans l'offre est contractuel et le marché contient le devis quantitatif estimatif présenté dans l'offre qui n'est pas contractuel.

Pour un marché à prix global et forfaitaire, le descriptif est contractuel et le marché contient la décomposition du prix global et forfaitaire qui n'est qu'indicative tant en prix qu'en quantités.

Pour chaque forfait partiel, le descriptif est contractuel. Le prix global forfaitaire ne peut faire l'objet de correction, sauf en cas d'erreurs arithmétique et de report manifestes.

### **Article 32 : Décomposition des prix**

En matière de travaux, même après l'approbation du marché, l'autorité contractante peut exiger, pour chaque prix unitaire, un sous-détail de ce prix et pour chaque prix forfaitaire une décomposition de ce prix.

### **Article 33 : Prix ferme et prix révisable**

Le prix du marché est ferme pour la durée du marché ou révisable.

Le prix est ferme lorsqu'il ne peut pas être modifié en cours d'exécution du marché en raison des variations des conditions économiques.

Le prix est révisable lorsqu'il peut varier durant l'exécution du marché en fonction des paramètres expressément prévus par la clause de révision du prix stipulée par le marché, par application des indices de prix officiels nationaux et, le cas échéant, étrangers, ou en cas de modification substantielle, de l'équilibre économique du marché en raison d'évènements imprévisibles liés aux fluctuations de cours mondiaux des matières premières ou de la valeur des monnaies de référence.

Un marché est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs le titulaire ou l'autorité contractante du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution du marché.

Dans tous les cas, les marchés publics sont à prix fermes pendant la première année de leur exécution.

Le marché peut prévoir une clause de révision de prix lorsque sa durée d'exécution dépasse douze mois, afin de prendre en compte la variation du coût des éléments de la prestation concernée. Dans ce cas, les cahiers des charges précisent la formule de révision du prix, ainsi que la périodicité et les modalités de son application.

La formule de révision du prix comporte obligatoirement une partie fixe au moins égale à 0,15% du montant du marché et une partie qui varie en fonction de paramètres correspondant aux éléments les plus représentatifs des prix de revient, sans qu'il puisse être fait état de paramètres n'ayant pas de rapport direct et immédiat avec l'objet du marché.

Toutefois, lorsque l'application de la formule de révision des prix conduit à une variation supérieure à 30 % du montant initial du marché ou du montant de la partie du marché restant à exécuter, l'autorité contractante peut demander la résiliation du marché.

A l'expiration du délai contractuel d'exécution du marché, les formules de révision de prix ne peuvent plus s'appliquer dans le sens de la hausse ; elles restent applicables dans le sens de la baisse.

#### **Article 34 : Actualisation des prix**

Tout marché peut comporter une clause d'actualisation permettant une réévaluation du prix initial avant le début de l'exécution des prestations lorsque la notification du marché approuvé n'intervient pas dans la période de validité de l'offre ou de la proposition.

### **Section 5 : Participation des candidats, des soumissionnaires et des titulaires**

#### **Article 35 : Conditions de participation aux marchés publics**

Sous réserve du respect de ses droits en matière de protection de la propriété intellectuelle et de la confidentialité des informations concernant ses activités, tout candidat à un marché public doit justifier qu'il dispose des capacités juridiques, techniques, financières et environnementales requises pour exécuter le marché, en présentant tous documents et attestations appropriés exigés dans le dossier d'appel à la concurrence.

#### **Article 36 : Interdictions de soumissionner**

Ne peuvent prendre part aux marchés publics, quel que soit le mode de passation du marché, les personnes physiques ou morales :

- a) qui ne se sont pas acquittées de leurs droits, taxes, impôts, cotisations, contributions, redevances ou prélèvements de quelque nature que ce soit, ou à défaut, ne peuvent justifier par un document de l'administration concernée du respect de leurs obligations en matière fiscale et sociale ;
- b) qui font l'objet de procédure de redressement judiciaire, sauf à avoir été dûment autorisées à poursuivre leurs activités par les organes de la procédure ;
- c) qui sont en état de liquidation des biens ;
- d) qui sont en situation de faillite personnelle ou condamnés pour banqueroute ;

- e) qui sont frappées de l'une des interdictions ou de déchéances prévues par les textes en vigueur, notamment, le code pénal ;
- f) qui sont liées aux consultants ayant contribué à préparer tout ou partie des dossiers d'appel à la concurrence ;
- g) dont les marchés antérieurs ont été résiliés au cours des deux (2) dernières années auprès de l'autorité contractante suite à des défaillances constatées ;
- h) dans lesquelles l'un des membres des organes de passation, de contrôle ou d'approbation, ayant eu à connaître de la procédure, possède des intérêts financiers ou personnels de nature à compromettre la transparence et l'intégrité des procédures de passation des marchés publics ;
- i) qui ont été reconnues coupables de violations ou d'infractions à la réglementation des marchés publics ou qui ont été exclues des procédures de passation des marchés publics par une décision de l'autorité de régulation de la commande publique, une décision de justice définitive ou une décision d'un bailleur pour les financements extérieurs ;
- j) qui sont ressortissantes d'un Etat faisant l'objet de mesures restrictives en matière de commerce international reconnues par la République togolaise.

S'agissant des personnes morales, les cas d'interdiction visés ci-dessus aux alinéas d), e) et h) s'appliquent dès lors qu'ils sont le fait de personnes physiques membres de leurs organes de direction ou de contrôle.

Les pièces fiscale et sociale ne sont exigibles que pour les formalités d'approbation du marché. Leur non-production dans un délai de quinze jours (15) à compter de la date de notification de l'attribution, entraîne le retrait du marché en vue d'une réattribution.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux sous-traitants de ces personnes morales, ainsi qu'aux membres d'un groupement si la soumission est le fait d'un groupement momentané d'entreprises.

### **Article 37 : Justification des capacités techniques**

Les autorités contractantes doivent inviter les candidats et soumissionnaires à justifier de leurs capacités techniques, notamment les marchés similaires antérieurs, les ressources en équipements, en personnel, le calendrier d'exécution, les méthodes d'exécution telles que définies par les données particulières de l'appel à la concurrence, et éventuellement de leur inscription à un registre professionnel dans les conditions prévues par la législation du pays où ils sont établis.

D'autres justifications des capacités techniques peuvent être exigées à condition qu'elles soient dûment motivées par les caractéristiques du marché public et validées par la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Cette obligation s'applique aux sous-traitants et aux membres d'un groupement, si la soumission est le fait d'un groupement, selon l'importance de leur intervention dans l'exécution du marché public.

Dans les procédures de passation des marchés publics de services, lorsque les candidats ou les soumissionnaires ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir le service concerné,

l'autorité contractante peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation.

Les entreprises nouvellement créées et ayant moins de trois (3) ans d'activités devront fournir les ressources en équipements, les curricula vitae du personnel d'encadrement et d'agents de maîtrise, le calendrier d'exécution, les méthodes d'exécution telles que définies par les données particulières de l'appel à la concurrence, et éventuellement leur inscription à un registre professionnel dans les conditions prévues par la législation du pays où ils sont établis.

### **Article 38 : Justification des capacités économiques et financières**

La justification des capacités économiques et financières des candidats et soumissionnaires est établie par une ou plusieurs des références suivantes :

- des déclarations appropriées de banques ou organismes financiers habilités et la preuve d'une assurance de responsabilité professionnelle ;
- la présentation des bilans, d'extraits de bilans ou de comptes d'exploitation dans les cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où le soumissionnaire est établi ;
- une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché pour, au maximum, les trois (3) derniers exercices en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité du soumissionnaire, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles.

Les autorités contractantes précisent, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à soumissionner, celles des références visées ci-dessus qu'elles ont choisies ainsi que les autres références probantes qui doivent être produites.

Les entreprises nouvellement créées et ayant moins de trois (3) ans doivent produire les éléments suivants :

- un plan d'affaires sur trois (3) ans ;
- un état prévisionnel de trésorerie sur vingt-quatre (24) mois ;
- tout document de nature bancaire et financière permettant à l'autorité contractante de s'assurer du financement des investissements nécessités par l'activité et du besoin en fonds de roulement.

Ces obligations s'appliquent également aux sous-traitants et aux membres d'un groupement, si la soumission est le fait d'un groupement, selon l'importance de leur intervention dans l'exécution du marché public.

### **Article 39 : Modalités de qualification et de classification des candidats**

L'autorité contractante peut demander aux entreprises candidates de produire un certificat de qualification. Ce certificat est délivré, selon des critères objectifs et transparents, par un organisme officiel responsable de la qualification et de la classification des entreprises dont les modalités d'organisation et de fonctionnement sont déterminées par voie réglementaire.

Cet organisme, qui comprend des représentants de l'Etat et des représentants des entreprises, en nombre égal, établit et publie une liste constamment mise à jour et sujette au contrôle régulier de l'autorité de régulation de la commande publique.

L'autorité contractante ne peut exiger la production d'un tel certificat pour justifier des capacités techniques des soumissionnaires à titre exclusif ou de manière discriminatoire.

#### **Article 40 : Groupements d'entreprises**

Les candidats aux marchés publics sont autorisés à concourir pour l'obtention des marchés publics sous forme de groupement d'entreprises solidaire ou de groupement d'entreprises conjoint, sous réserve de respecter les règles qui interdisent les entraves à la concurrence.

Le dossier d'appel à la concurrence peut imposer la forme que doit prendre le groupement en cas d'attribution du marché public à des entreprises groupées et interdire aux candidats de présenter pour le marché ou l'un de ses lots plusieurs offres, en agissant à la fois en qualité de candidats individuels ou de membres d'un ou de plusieurs groupements.

La composition du groupement ne peut pas être modifiée entre la remise des candidatures et la conclusion du marché public.

Quelle que soit la forme du groupement, les membres du groupement doivent désigner un mandataire qui les représente vis-à-vis de l'autorité contractante et coordonne l'exécution du marché public par les membres du groupement. Si le dossier d'appel à la concurrence le prévoit, le mandataire du groupement conjoint est solidaire de chacun des membres du groupement pour ses obligations contractuelles à l'égard de l'autorité contractante pour la bonne exécution du marché.

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

Les candidatures et les actes d'engagement sont signés soit par les représentants de chacun des membres du groupement, soit par le mandataire s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter les membres au stade de la passation du marché public.

Il est interdit aux candidats et soumissionnaires de présenter, pour le même marché public ou le même lot, plusieurs offres, notamment en agissant à la fois :

- en qualité de candidats individuels et de membre d'un ou de plusieurs groupements ;
- en qualité de membres de plusieurs groupements.

#### **Article 41 : Sous-traitance**

Le titulaire d'un marché public de travaux, fournitures ou services peut, sous sa pleine responsabilité, sous-traiter l'exécution de certaines parties du marché jusqu'à concurrence de quarante pour cent (40%) de son montant, en recourant en priorité à de très petites, petites et moyennes entreprises de droit togolais ou communautaire, à condition d'avoir obtenu l'accord préalable de l'autorité contractante.

Dans tous les cas, le titulaire du marché public est pleinement responsable des actes de défaillance et de négligence des sous-traitants.

Dans le cas d'un marché public d'une collectivité territoriale ou de l'un de ses établissements publics, le candidat au marché public qui a prévu de sous-traiter au moins quarante pour cent (40 %) de la valeur globale du marché public à une entreprise locale pourra bénéficier d'une marge de préférence qui ne peut être supérieure à cinq pour cent (5 %), cumulable avec la préférence prévue aux articles 92 et suivant du présent décret.

#### **Article 42 : Modalité d'agrément de la sous-traitance**

L'agrément de chaque sous-traitant et, le cas échéant, les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance doivent être demandés selon les modalités suivantes :

- a) Dans le cas où la demande de sous-traitance intervient au moment de l'offre ou de la soumission, le candidat doit, dans ladite offre ou soumission, fournir à l'autorité contractante une déclaration mentionnant :
  - la nature des prestations dont la sous-traitance est prévue ;
  - le nom, la raison ou la dénomination sociale, l'adresse et les références techniques du sous-traitant proposé ;
  - le montant prévisionnel des sommes à payer directement aux sous-traitants ;
  - les modalités de règlement de cette somme ;
  - les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, celle de révision des prix.
- b) Dans le cas où la demande est présentée après la conclusion du marché, le titulaire de celui-ci, soit remet contre récépissé à l'autorité contractante, soit lui adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout mode de transmission par voie électronique avec accusé de réception, une déclaration spéciale contenant les renseignements susmentionnés.

Le titulaire doit, en outre, établir que le nantissement de créance résultant du marché ne fait pas obstacle au paiement direct du sous-traitant, en produisant soit l'exemplaire unique du marché qui lui a été délivré, soit une attestation du comptable assignataire de la dépense.

## **CHAPITRE 2 : PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS**

### **Section 1<sup>ère</sup> : Typologie des marchés et accords-cadres**

#### **Sous-Section 1 : Marchés classiques**

#### **Article 43 : Marché de travaux**

Le marché de travaux a pour objet principal la construction, la reconstruction, la démolition, la réparation ou la rénovation d'un bâtiment ou d'un ouvrage, telles que la préparation du chantier, les travaux de terrassement, l'érection de tout ou partie d'un ouvrage, l'installation d'équipements ou de matériels, la décoration et la finition, ainsi que les services accessoires ou connexes.

#### **Article 44 : Marché de fournitures**

Le marché de fournitures a pour objet principal l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente avec ou sans option d'achat de biens de toute nature y compris des matières premières, produits, équipements et objets sous forme solide, liquide ou gazeuse, ainsi que les services accessoires à la fourniture de ces biens.

#### **Article 45 : Marché de services**

Le marché de services a pour objet la réalisation de prestations intellectuelles ou services consultants, c'est-à-dire le marché dont l'élément prédominant n'est pas physiquement quantifiable ou de prestations de services physiques ou services courants.

#### **Article 46 : Marché mixte**

Le marché mixte relève d'une des trois catégories mentionnées ci-dessus qui comporte, à titre accessoire, des éléments relevant d'une autre catégorie.

### **Sous-Section 2 : Marchés de type particulier**

#### **Article 47 : Marchés à commandes**

Les marchés à commandes sont des contrats qui permettent à l'autorité contractante de couvrir ses besoins courants annuels de fournitures dont il n'est pas possible, au début de l'année, de prévoir l'importance exacte, qui ont une durée de vie limitée, ou qui excèdent les possibilités de stockage.

L'autorité contractante a la faculté de prévoir dans le dossier d'appel à la concurrence le minimum et le maximum des fournitures ou des prestations, arrêtés en valeur ou en quantité, susceptibles d'être commandés au cours de la période déterminée n'excédant pas celle d'utilisation des crédits de paiement. Les quantités des prestations ou fournitures à exécuter sont précisées, pour chaque commande, par l'autorité contractante en fonction des besoins à satisfaire.

Les marchés à commandes sont conclus pour une durée égale à un an renouvelable sans pouvoir dépasser trois (3) ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés et autorisés par la direction nationale du contrôle de la commande publique, notamment par l'objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à trois (3) ans et significativement générateur d'emplois nouveaux.

L'attribution des marchés à commandes doit se faire sur la base des quantités nécessaires prévues à l'année initiale de la conclusion du marché.

#### **Article 48 : Marchés de clientèle**

Les marchés de clientèle sont ceux par lesquels l'autorité contractante s'engage à confier au prestataire retenu des commandes portant sur une catégorie déterminée de prestation de services sans indiquer la quantité ou la valeur globale des commandes.

Les marchés de clientèle sont conclus pour une durée égale à un an renouvelable sans pouvoir dépasser trois (3) ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés et validés par la direction nationale du contrôle de la commande publique, notamment par

l'objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements susceptibles d'être amortis sur une durée supérieure à trois (3) ans.

#### **Article 49 : Marchés à tranches**

Lorsque, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne peut être entièrement arrêté dans le marché conclu à l'issue d'un appel à la concurrence, l'autorité contractante peut passer un marché comportant une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles.

Le marché définit la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche, qui doivent constituer un ensemble cohérent. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision de la personne responsable des marchés publics, notifiée au titulaire dans les conditions fixées au marché. Le marché doit prévoir un délai raisonnable pour l'affermissement des tranches de manière à ne pas porter préjudice au titulaire du marché.

Lorsqu'une tranche conditionnelle est affermie avec retard ou n'est pas affermie, le titulaire peut bénéficier, si le marché le prévoit et dans les conditions qu'il définit, d'une indemnité d'attente ou d'une indemnité de dédit. Le versement de cette indemnité doit alors tenir compte de la probabilité d'affermir les tranches conditionnelles et de la nécessité pour le titulaire de procéder à des investissements pour réaliser le marché.

#### **Article 50 : Marché sur dépenses contrôlées**

Le marché sur dépenses contrôlées donne lieu au remboursement par l'autorité contractante des dépenses réelles autorisées et contrôlées du titulaire, majorées d'honoraires ou affectées de coefficients destinés à couvrir les frais généraux, les impôts, les droits, taxes, redevance de régulation et le bénéfice.

Le recours à ce type de marché est exceptionnel. Il est réservé aux marchés de travaux, uniquement lorsqu'il n'est pas possible à l'autorité contractante de traiter avec les prestataires dans les conditions normales, en raison des considérations techniques imprévisibles au moment de la passation du marché ou lorsque les coûts ne peuvent pas être déterminés à l'avance avec suffisamment de précision ou encore lorsque l'opération présente des risques importants.

Pour ce type de marché, le contrat est établi en prenant pour références, les prix horaires de main-d'œuvre et les prix des matériaux utilisés sur le chantier. Le coût de la construction est déterminé au fur et à mesure de sa réalisation par le titulaire.

Le marché doit indiquer la nature, le volume, le mode de décompte, la valeur des différents éléments qui concourent à la détermination du coût de réalisation ainsi que les contrôles auxquels est soumis le titulaire.

Les cahiers des charges fixent le montant maximum des prestations rémunérées sur dépenses contrôlées. Le montant des prestations rémunérées sur la base de dépenses contrôlées ne peut, en aucun cas, excéder deux pour cent (2 %) du montant initial du marché.

Les coûts unitaires pris en considération par l'autorité contractante font référence à une mercuriale des prix régulièrement mis à jour par un organisme officiel.

### **Article 51 : Contrat de gestion et d'entretien par niveaux de service (GENIS)**

Le contrat GENIS est un marché de gestion et d'entretien visant à assurer un niveau de services aux usagers, qui se fonde sur une obligation de résultat correspondant à la mise à niveau de l'infrastructure, conformément aux normes prescrites, et qui a une incidence sur la rémunération du titulaire en lieu et place de l'obligation de moyen des marchés classiques. Il est attribué à l'issue d'un appel à la concurrence et dont la finalité est d'assurer continuellement un service de qualité aux usagers.

Le titulaire du marché GENIS est en charge d'un ensemble d'activités ayant pour objet la gestion et le suivi systématique de l'infrastructure concernée.

Il couvre en outre, dans les conditions définies au marché, l'exécution de travaux initiaux de mise à niveau nécessaires pour remettre des infrastructures à niveau en fonction des normes prescrites, de travaux d'amélioration spécifiés par l'autorité contractante en vue de conférer à ces infrastructures des caractéristiques nouvelles pour répondre à l'évolution des trafics, à des impératifs de sécurité ou autres, ainsi que de travaux d'urgence destinés à remettre ces infrastructures en état à la suite de dégâts occasionnés par des phénomènes naturels aux conséquences exceptionnelles.

Ce marché fondé sur une obligation de résultats a des incidences sur la rémunération du titulaire. Les entreprises ne sont pas rémunérées en fonction des moyens mis en œuvre, c'est-à-dire du volume d'activités déployé en termes de travaux physiques, mais sur la base de leurs résultats correspondant à la mise à niveau initiale de l'infrastructure, conformément aux normes prescrites.

Cette rémunération tient compte également des prestations d'entretien nécessaires pour assurer les niveaux de qualité prescrits sur l'infrastructure objet du marché, ainsi qu'à certaines améliorations spécifiques à celle-ci, en fonction des cahiers des charges.

Les cahiers des charges applicables à ces marchés comportent des spécifications relatives aux critères de résultats. Les niveaux de service exigés du titulaire sont ainsi exprimés par une série de critères de résultats, c'est-à-dire, par une série de seuils à respecter.

Ces résultats doivent être dûment constatés et rendre compte des niveaux de service effectivement atteints, conformément au marché. Si le niveau de service requis n'est pas atteint pour une période donnée, la rémunération pour cette période est soumise à réfaction, conformément aux prescriptions des cahiers des charges.

La procédure d'appel d'offres met les entreprises en concurrence sur la base du niveau de qualité des services proposés et en tenant compte de la rémunération périodique fixe et forfaitaire qu'elles demandent sur un volume déterminé de l'objet du marché. Ces marchés peuvent être conclus pour une durée qui ne peut excéder trois (3) ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés et validés par la direction nationale du contrôle de la commande publique, notamment par l'objet ou par le fait que leur exécution nécessite des investissements susceptibles d'être amortis sur une durée supérieure à trois (3) ans.

### **Article 52 : Marché d'innovation**

Le Marché d'innovation est un marché public conclu avec un opérateur économique ou un groupement d'opérateurs économiques, qui a pour objet la recherche et le développement de produits, services ou travaux innovants ainsi que l'acquisition des

produits, services ou travaux en résultant et qui répondent à un besoin ne pouvant être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché.

Le marché d'innovation vise au développement d'un produit, d'un service ou de travaux innovants et à l'acquisition ultérieure des fournitures, services ou travaux en résultant, à condition qu'ils correspondent aux niveaux de performance et aux coûts maximum convenus entre l'autorité contractante et les participants.

L'autorité contractante peut décider de mettre en place un marché d'innovation avec un ou plusieurs opérateurs économiques qui exécutent les prestations de manière séparée dans le cadre de contrats individuels. Cette décision est indiquée dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans tout autre document de consultation.

Le marché d'innovation comprend une ou plusieurs phases successives qui suivent le déroulement du processus de recherche et de développement et une ou plusieurs phases d'acquisition des produits, services ou travaux qui en sont le résultat.

La structure, la durée et la valeur des différentes phases du marché d'innovation tiennent compte du degré d'innovation de la solution proposée, de la durée et du coût des activités de recherche et d'innovation requises pour le développement de la solution innovante.

La valeur estimée des produits, services ou travaux dont l'acquisition est envisagée ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'investissement requis pour leur développement, quelle que soit la part des activités de recherche et de développement financée par l'autorité contractante.

Le marché définit les objectifs des différentes phases que l'opérateur économique doit atteindre ainsi que la rémunération associée à chacune d'entre elles.

A l'issue de chaque phase, sur la base des résultats obtenus, l'autorité contractante décide :

- soit, de poursuivre l'exécution du marché d'innovation, éventuellement après avoir précisé ou modifié, avec l'accord de l'opérateur économique, les objectifs de la phase suivante et les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre. Les conditions initiales du marché d'innovation ne peuvent être substantiellement modifiées à cette occasion ;
- soit, de mettre un terme au marché d'innovation ou, lorsqu'il existe plusieurs opérateurs économiques, de réduire leur nombre en mettant un terme aux contrats de certains d'entre eux.

Le marché d'innovation mentionne cette prérogative de l'autorité contractante et définit les conditions de sa mise en œuvre, notamment ses conséquences financières et les modalités de sélection des opérateurs économiques avec lesquels il est décidé de poursuivre l'exécution du marché.

L'exécution de chaque phase est subordonnée à une décision de l'autorité contractante notifiée à l'opérateur économique, dans les conditions fixées dans le marché d'innovation.

L'autorité contractante ne peut acquérir les produits, les services ou les travaux résultant des phases de recherche et de développement que s'ils correspondent aux niveaux de performance et n'excèdent pas les coûts maximums prévus par le marché d'innovation.

La répartition des droits de propriété intellectuelle, notamment les résultats des phases de recherche et de développement, est prévue dans le marché d'innovation.

Dans les dossiers d'appel à la concurrence, l'autorité contractante définit le besoin relatif aux produits, services ou travaux innovants. Elle indique les éléments de cette définition qui fixent les exigences minimales que doivent respecter toutes les offres. Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée de la solution requise et de décider de demander ou non à participer à la procédure.

La sélection des candidatures tient compte notamment de la capacité des candidats dans le domaine de la recherche et du développement ainsi que dans l'élaboration et la mise en œuvre de solutions innovantes.

L'autorité contractante attribue le marché d'innovation sur la base des offres initiales, après négociation. Elle négocie les offres initiales et toutes les offres ultérieures en vue d'en améliorer le contenu, à l'exception des offres finales. Les critères d'attribution et les exigences minimales ne font pas l'objet de négociation.

La négociation peut se dérouler en phases successives à l'issue desquelles certains soumissionnaires sont éliminés par application des critères d'attribution définis dans les documents de consultation.

L'autorité contractante indique, dans l'un de ces documents, s'il fera usage de cette possibilité. Elle informe, à l'issue de chaque phase, tous les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été éliminée, des changements apportés aux documents de consultation et leur accorde un délai suffisant pour leur permettre de modifier leur offre et, le cas échéant, de la présenter à nouveau.

### **Sous-Section 3 : Accords-cadres**

#### **Article 53 : Dispositions générales et modalités de recours**

L'accord-cadre est un accord conclu en matière de travaux, fournitures et services y compris de prestations intellectuelles par une ou plusieurs autorités contractantes avec un ou plusieurs opérateurs économiques, ayant pour objet d'établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes qui régissent les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

Les modalités de recours et d'application de la procédure de l'accord-cadre doivent être insérées dans les dossiers d'appel à la concurrence, en cas d'appel à la concurrence pour la conclusion d'un accord-cadre.

L'accord-cadre permet de sélectionner plusieurs prestataires, qui seront mis en concurrence en cas de besoin en fonction de critères prédéfinis dans l'accord concernant notamment le prix, le délai d'exécution, le calendrier de livraison et les quantités envisagées. Aucun nouveau membre ne peut être partie à l'accord-cadre après sa conclusion.

La durée de l'accord-cadre ne peut dépasser deux (2) ans renouvelables une fois, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés par la nécessité de continuer avec le même

prestataire. Dans ce cas, la prorogation doit être approuvée par l'organe chargé du contrôle des marchés publics.

La conclusion des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ne peut se faire que pendant la durée de validité de l'accord-cadre. Leur durée d'exécution est fixée conformément aux conditions habituelles d'exécution des prestations faisant l'objet de l'accord-cadre.

Les marchés subséquents conclus à l'issue de la mise en concurrence sont passés selon une procédure simplifiée dont l'objet est de compléter les dispositions prévues dans l'accord-cadre notamment en ce qui concerne les prix, les délais d'exécution et, le cas échéant, les quantités envisagées, sauf lorsque l'accord-cadre est attribué à au moins trois (3) prestataires. Dans ce cas, le ou les marchés subséquents sont passés après une mise en concurrence organisée selon la procédure décrite à l'article 54 ci-après. Les prix unitaires ne peuvent pas être supérieurs aux prix unitaires de l'accord-cadre, sauf par application de la formule de révision de prix qui peut intervenir après la première année d'exécution de l'accord-cadre.

L'accord-cadre peut être utilisé pour des acquisitions dans le cadre de marchés de prestations intellectuelles, de marchés de fournitures, de marchés de services ou de marchés de travaux ayant un caractère récurrent, dont les contours ne sont pas totalement connus à l'avance, ou qui sont susceptibles d'évolution technologique. Les accords-cadres peuvent être également conclus pour des acquisitions récurrentes non complexes et dont les caractéristiques techniques sont courantes.

Le recours à la procédure d'accord-cadre nécessite un avis préalable de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Les marchés subséquents sont soumis aux formalités d'enregistrement conformément à la réglementation en vigueur.

#### **Article 54 : Procédure de passation de l'accord-cadre**

L'autorité contractante doit annoncer dans son plan annuel de passation des marchés publics, les prestations qu'elle entend exécuter dans le cadre d'un accord-cadre.

Le contrat d'accord-cadre est toujours précédé d'une phase de sélection permettant à l'autorité contractante de sélectionner les attributaires qui sont choisis sur la base d'un dossier d'appel à la concurrence comportant les critères d'éligibilité et de sélection conformément aux dispositions du présent article.

Les critères d'éligibilité sont les mêmes que ceux prévus au présent décret pour la passation des marchés publics.

Les critères de sélection qui sont prévus dans le dossier d'appel d'offres sont :

- les références concernant des prestations identiques ou similaires ;
- les effectifs du personnel de l'entreprise ;
- les installations et le matériel dont les candidats disposent pour exécuter le marché ;
- la situation financière de l'entreprise ;
- le chiffre d'affaires annuel.

L'accord-cadre peut être attribué à un ou plusieurs prestataires selon les dispositions du dossier d'appel à la concurrence.

Lorsqu'un accord-cadre est attribué à plusieurs entreprises, celles-ci doivent être au moins au nombre de trois (3), à condition qu'il y ait un nombre suffisant de candidats ou d'offres.

Une fois conclu, aucun nouveau prestataire ne peut entrer dans l'accord-cadre.

#### **Article 55 : Marchés subséquents de l'accord-cadre**

Les marchés subséquents sont les marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre. Ces marchés sont des documents écrits qui précisent les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre. La conclusion des marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre intervient soit lors de la survenance du besoin, soit selon une périodicité prévue par l'accord-cadre.

Lorsque l'accord-cadre est attribué à au moins trois (3) prestataires, le ou les marchés subséquents sont passés après une mise en concurrence organisée selon la procédure suivante :

- au moment de la survenance du besoin, l'autorité contractante consulte par écrit les signataires de l'accord-cadre en leur donnant un délai à sa convenance pour déposer leurs offres ;
- les offres sont soumises aux exigences de confidentialité prévues par la réglementation des marchés publics ;
- les offres sont proposées conformément aux caractéristiques fixées par l'accord-cadre et les documents de la consultation propres au marché fondé sur l'accord-cadre.

L'autorité contractante met en place une commission d'évaluation et d'attribution dont la composition et les modalités de fonctionnement sont les mêmes que celles prévues pour les appels d'offres ouverts.

Les marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre sont attribués à celui ou, le cas échéant, à ceux des titulaires de l'accord-cadre qui ont présenté les offres économiquement les plus avantageuses sur la base des critères non discriminatoires fixés par l'accord-cadre pour l'attribution de ces marchés.

Le titulaire des marchés subséquents d'accord-cadre peut sous-traiter certaines parties de son marché dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article 41 du présent décret.

#### **Article 56 : Conditions de résiliation de l'accord-cadre**

Un accord-cadre ou un marché subséquent peut être résilié dans les mêmes conditions que celles prévues aux articles 124 et suivants du présent décret.

Lorsqu'un accord-cadre est résilié, les marchés subséquents passés antérieurement sur la base de celui-ci peuvent continuer à être régulièrement exécutés. En revanche, il n'est plus possible de passer d'autres marchés subséquents sur la base de l'accord-cadre résilié.

Lorsque l'accord-cadre est multi-attributaire, l'autorité contractante peut le résilier à l'égard de l'un des titulaires seulement.

Si l'autorité contractante résilie un marché subséquent conclu avec l'un des titulaires, elle ne pourra pas écarter ce titulaire de la remise en concurrence pour l'attribution des marchés subséquents, sauf en cas de défaillance dudit titulaire.

### **CHAPITRE 3 : MODES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS**

#### **Article 57 : Règles applicables**

Les marchés publics sont passés après mise en concurrence des candidats potentiels sur appel d'offres. L'autorité contractante choisit les procédures de passation de ses marchés conformément aux dispositions du présent décret.

L'appel d'offres ouvert est la règle. Le recours à toute autre procédure de passation s'exerce dans les conditions définies par le présent décret.

Les marchés peuvent exceptionnellement être attribués selon la procédure de gré à gré ou par entente directe dans les conditions définies dans la loi relative aux marchés publics et dans le présent décret.

Les marchés de prestations intellectuelles sont passés après consultation et remise de propositions, conformément aux dispositions des articles 67 et suivants du présent décret.

L'autorité contractante peut avoir recours, en dessous des seuils de passation des marchés, à des procédures de sollicitation de prix dans le respect des principes fondamentaux des marchés publics.

Cette sollicitation de prix précise les spécifications techniques requises par l'autorité contractante, les obligations auxquelles sont assujetties les parties et les modalités d'exécution des prestations. Les règles et modalités de ces procédures sont précisées par voie réglementaire.

Dans le silence des dispositions du présent décret, les délais visés sont toujours considérés comme faisant référence aux jours calendaires au cours desquels l'avis est diffusé ou l'action introduite.

Des aménagements ou dérogations spécifiques peuvent être accordées aux entreprises publiques dans le cadre de la mise en œuvre des procédures de passation de leurs marchés publics.

Les marchés publics sont soumis au régime fiscal et douanier en vigueur en République togolaise, sauf dérogations expresses prévues par les textes législatifs ou réglementaires, et sous réserve des dispositions des conventions de financement extérieur ou des accords et traités internationaux.

## **Section 1<sup>ère</sup> : Appel d'offres et ses dérivés**

### **Sous- section 1 : Appel d'offres**

#### **Article 58 : Définition**

L'appel d'offres est la procédure par laquelle l'autorité contractante choisit l'offre conforme aux spécifications techniques, évaluée économiquement la plus avantageuse, et dont le soumissionnaire satisfait aux critères objectifs de qualification préalablement portés à la connaissance des candidats dans le dossier d'appel d'offres et exprimés en termes monétaires, en vue de retenir l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix. Cette procédure s'achève sans négociation, sous réserve des dispositions applicables aux marchés d'innovation et au dialogue compétitif.

L'appel d'offres peut être ouvert, restreint, précédé ou non d'une pré qualification, en deux étapes ou avec concours.

L'appel d'offres ouvert est la règle. Le recours à tout autre mode de passation doit être justifié par l'autorité contractante et être autorisé au préalable par la direction nationale du contrôle de la commande publique.

### **Sous- section 2 : Procédures dérivées de l'appel d'offres**

#### **Article 59 : Appel d'offres ouvert**

L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout candidat répondant aux conditions juridiques, techniques et financières fixées au présent décret peut déposer une offre.

Il est procédé au lancement d'un avis d'appel d'offres dans les conditions prévues au présent article.

Chaque avis d'appel d'offres ouvert comporte au minimum :

- la désignation de l'autorité contractante ;
- l'objet du marché ;
- la source de financement de l'opération envisagée ;
- le lieu où il peut être pris connaissance du dossier d'appel à concurrence ainsi que ses modalités d'obtention ;
- le lieu et la date limite de réception des offres ;
- le délai pendant lequel les candidats restent engagés par leurs offres ;
- les obligations en matière de cautionnement ou de garantie ;
- le cas échéant, les conditions exigées en termes de seuil de pourcentage du marché réservé aux entreprises locales cotraitantes ou sous-traitantes ou de nombre minimum d'experts nationaux clés, de transfert de connaissances ou de technologie en tant que composante clé d'une mission ou du champ des travaux ou services ;
- la référence aux marges de préférence prévues par l'article 92 et suivant du présent décret ;
- le lieu où les candidats pourront consulter les résultats de l'appel d'offres ;

- la réglementation régissant l'appel d'offres.

L'ouverture des plis et l'évaluation des offres se font conformément aux principes posés par les articles 84, 87 et suivants du présent décret.

### **Article 60 : Appel d'offres ouvert avec pré-qualification**

L'appel d'offres est dit ouvert avec pré-qualification lorsque seuls certains candidats retenus dans les conditions prévues ci-dessous, sont autorisés à déposer une offre.

Tous les candidats préqualifiés sont invités à participer à l'appel d'offres.

Lorsque les travaux ou équipements importants ou complexes et/ou exigent une technicité particulière ou exceptionnellement, de fournitures de matériels devant être fabriqués sur commande ou de services spécialisés, l'appel d'offres ouvert est assorti d'une pré qualification. L'examen de la qualification des candidats s'effectue exclusivement en fonction de leur aptitude à exécuter le marché de façon satisfaisante et selon les critères définis dans l'invitation à soumissionner.

L'avis de pré-qualification comporte les mêmes mentions que l'avis d'appel d'offres ouvert et est publié dans les mêmes conditions.

L'établissement de cette liste des candidats pré-qualifiés est justifié par des critères mentionnés dans le dossier de pré-qualification et défini en rapport avec la nature particulière des prestations attendues et les capacités vérifiées desdits candidats.

Le dossier de pré-qualification contient, entre autres, les renseignements relatifs aux travaux, fournitures ou services qui font l'objet de la pré-qualification, une description précise des critères et des conditions à remplir pour être pré-qualifiés. Ces conditions peuvent, notamment inclure les références concernant des marchés analogues ou similaires, les effectifs, les installations et le matériel dont les candidats disposent pour exécuter le marché et leur situation financière.

Les plis contenant les candidatures en réponse aux avis de pré-qualification sont ouverts par la commission d'ouverture des plis et d'évaluation des offres qui, après analyse et délibération, arrête par procès-verbal la liste des candidats pré-qualifiés.

Les candidats pré-qualifiés sont informés des résultats par lettre recommandée avec avis de réception ou remise contre émargement ou par voie électronique avec accusé de réception.

Cette lettre précise les modalités d'obtention du dossier d'appel à la concurrence, sauf si celle-ci est accompagnée dudit dossier.

La remise, l'ouverture et l'examen des offres ainsi que le choix de l'offre évaluée économiquement la plus avantageuse des candidats présélectionnés s'effectue dans les conditions prévues aux articles 83, 84, 87 et suivants du présent décret.

### **Article 61 : Appel d'offres ouvert en deux étapes**

L'appel d'offres tel que défini à l'article 59 du présent décret peut être fait en deux (2) étapes avec ou sans pré-qualification.

Il ne peut être recouru à la procédure de l'appel d'offres en deux étapes que dans le cas d'un marché d'une grande complexité, ou dans le cas d'un marché qui doit être attribué

sur la base de critères de performance et non de spécifications techniques détaillées des travaux, fournitures ou services, et sous réserve de l'avis conforme de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

L'appel d'offres ouvert est dit en deux étapes lorsque les candidats sont d'abord invités à remettre des propositions techniques, sans indication de prix, sur la base de principes généraux de conception ou de normes de performance, et sous réserve de précisions et d'ajustements ultérieurs d'ordre technique ou financier, intervenant dans le cadre de discussions menées avec l'autorité contractante.

Le dossier d'appel d'offres peut solliciter des propositions en ce qui concerne tant les caractéristiques techniques, qualitatives ou autres, des travaux, fournitures ou services que les conditions contractuelles de leur exécution.

A la suite de l'évaluation par l'autorité contractante des offres au titre de la première étape, les soumissionnaires qui satisfont au minimum acceptable des critères de qualification et qui ont soumis une offre techniquement conforme, sont invités à participer à une seconde étape au cours de laquelle ils présentent des propositions techniques définitives assorties de prix, sur la base du dossier d'appel d'offres préalablement révisé par l'autorité contractante.

Lorsqu'elle définit les spécifications techniques, l'autorité contractante peut en supprimer ou modifier tout aspect, notamment en ajoutant de nouvelles caractéristiques ou de nouveaux critères au dossier initial conformément au présent décret. Les suppressions, modifications ou ajouts sont portés à la connaissance des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services dans l'invitation à soumettre une offre définitive qui leur est adressée.

L'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services qui ne souhaite pas soumettre une offre définitive, peut se retirer de la procédure d'appel d'offres en deux étapes, sans perdre sa garantie de soumission.

Les offres définitives sont évaluées et comparées en vue de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, en application des critères d'évaluation prévus.

Au cours de cette procédure en deux étapes, l'autorité contractante doit assurer l'égalité de traitement de tous les candidats. Elle s'abstient de fournir des informations susceptibles d'avantager certains candidats par rapport à d'autres ou de révéler aux autres candidats les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un candidat sans l'accord de celui-ci.

#### **Article 62 : Appel d'offres restreint**

L'appel d'offres est restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres, les candidats que l'autorité contractante a décidé de consulter compte tenu de leur qualification ou expérience professionnelle. Le nombre de candidats admis à soumissionner doit permettre d'assurer une concurrence réelle.

La réception des offres et l'attribution du marché se déroulent comme en matière d'appel d'offres ouvert.

Il ne peut être recouru à la procédure de l'appel d'offres restreint que lorsque :

- les biens, les travaux ou les services sont de nature spécialisée ;

- les biens, les travaux ou les services ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs, d'entrepreneurs ou de prestataires de services. Dans ce cas, tous les fournisseurs, entrepreneurs ou prestataires de services concernés sont invités ;
- un appel d'offres ouvert est infructueux.

Le recours à la procédure de l'appel d'offres restreint est motivé et soumis à l'autorisation préalable de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

L'information des candidats se fait au moyen d'une consultation écrite qui consiste en une lettre d'invitation à présenter une offre, adressée par l'autorité contractante simultanément aux candidats qu'elle a choisis, accompagnée du dossier d'appel à la concurrence et des documents complémentaires, le cas échéant.

### **Article 63 : Appel d'offres avec concours**

Il peut être fait un appel d'offres avec concours, lorsque les motifs d'ordre technique, esthétique ou financier justifient des études ou des recherches particulières.

Le concours est organisé sur la base d'un programme établi par l'autorité contractante ou le maître d'ouvrage délégué, le cas échéant, qui indique les besoins auxquels il doit être répondu et fixe, le cas échéant, le maximum de la dépense prévue.

Le concours est la procédure par laquelle la personne publique choisit, après mise en concurrence et avis du jury, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou de traitement des données, avant d'attribuer le marché à l'un des lauréats du concours.

Le concours peut être ouvert ou restreint.

### **Article 64 : Règlement de la procédure d'appel d'offres avec concours**

Le programme du concours détermine les conditions auxquelles doivent satisfaire les projets, notamment en ce qui concerne les frais engagés, les délais dans lesquels les projets doivent être exposés, les primes, récompenses ou avantages alloués aux auteurs des projets classés par une commission désignée à cet effet par l'autorité qui a organisé le concours.

Le programme du concours pourra, après avis de la direction nationale du contrôle de la commande publique, prévoir au profit de l'auteur du projet que ce programme indiquera soit une option pour l'exécution du projet ou pour les premières commandes, soit une redevance sur les objets fabriqués en utilisant la licence, soit une indemnité en tenant lieu. Dans ce cas, les projets primés deviennent en tout ou partie propriété de l'autorité contractante.

A défaut d'accord sur les conditions d'exécution des projets prévus à l'alinéa précédent, les auteurs des projets primés peuvent retirer leur projet en renonçant aux prix et au marché.

Les prestations sont examinées par un jury dont les membres sont désignés par l'autorité contractante qui lance le concours et qui doivent être indépendants des participants au concours. Au moins la moitié des membres du jury est composée de personnalités ayant des compétences dans la matière qui fait l'objet du concours.

La liste des membres du jury est soumise pour avis à la direction nationale du contrôle de la commande publique qui donne son avis dans le délai réglementaire à compter de la date de sa saisine.

Les résultats du concours, consignés dans un procès-verbal avec avis motivé du jury, sont transmis à la personne responsable des marchés publics de l'autorité contractante pour la poursuite de la procédure de passation.

Les projets des soumissionnaires concurrents non retenus leur sont restitués.

## **Section 2 : Autres modes de passation**

### **Article 65 : Sollicitation de prix**

La sollicitation de prix est une procédure simplifiée de sélection d'entreprises, de fournisseurs ou de prestataires de services applicable pour la passation des marchés publics dont le montant est inférieur aux seuils de passation des marchés publics définis par décret en conseil des ministres.

La procédure de sollicitation de prix peut prendre la forme d'une demande de renseignement de prix ou d'une demande de cotation suivant le seuil de l'acquisition.

Les modalités de mise en œuvre de la procédure de sollicitation de prix sont précisées par décret en conseil des ministres.

### **Article 66 : Dialogue compétitif**

Le dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'autorité contractante dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre. Le dialogue compétitif ne peut être utilisé que pour des marchés complexes ou innovants.

L'autorité contractante peut passer ses marchés selon la procédure du dialogue compétitif lorsque :

- le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
- le besoin consiste en une solution innovante : sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ;
- le marché comporte des prestations de conception ;
- le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;
- l'autorité contractante n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation

technique communautaire ou internationale, une spécification technique commune ou un référentiel technique ;

- dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou non conformes, ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.

Le recours à la procédure de dialogue compétitif est soumis à l'autorisation préalable de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

La procédure de passation de marché par dialogue compétitif comporte trois (3) principales phases : une phase de sélection initiale, une phase d'appel à propositions provisoires et de dialogue et une phase d'appel à propositions définitives.

Le dialogue se déroule sous la forme de réunions confidentielles avec chacun des candidats présélectionnés pour discuter de tous les aspects de la proposition soumise, notamment des détails de la solution, des aspects commerciaux, du prix, des aspects légaux, et de tout autre facteur que l'autorité contractante juge pertinent.

La procédure et les éléments pris en compte sont les suivants :

- l'invitation à participer à la phase de dialogue réaffirme les besoins et les exigences du projet, décrit la procédure et fixe les critères d'attribution sur la base de la proposition définitive ;
- les réunions organisées dans le cadre du dialogue permettent à l'autorité contractante de discuter clairement avec chaque candidat pour définir les aspects techniques et/ou les clauses commerciales appropriés. Le résultat des réunions peut donner lieu à des addenda ou additifs au dossier d'appel à propositions qui sera diffusé pour la remise définitive ;
- les propositions provisoires : elles visent à déterminer que les candidats comprennent le problème ou les besoins ou les exigences de l'autorité contractante, tels que définis dans le dossier d'appel à propositions et à peaufiner la proposition ou le dossier d'appel à propositions ;
- l'autorité contractante détermine le nombre de réunions qu'elle tient avec chaque candidat en fonction de la quantité d'informations contenues dans la proposition qui nécessitent des précisions. Il décide si des réunions supplémentaires sont nécessaires ou non et en informe le proposant concerné ;
- l'autorité contractante évite de donner les informations de façon à favoriser certains des candidats par rapport à d'autres ;
- les candidats recensent et arrêtent en accord avec l'autorité contractante la ou les partie(s) de leur proposition qui leur est ou leur sont propre(s) et doit ou doivent être traitée (s) comme des informations commerciales à caractère confidentiel ;
- l'autorité contractante évite de divulguer aux autres candidats les solutions ou les informations commerciales à caractère confidentiel contenues dans une proposition et communiquée (s) au cours de la phase de dialogue, sans le consentement écrit préalable du proposant concerné ;
- l'autorité contractante s'engage à ne pas utiliser les informations commerciales à caractère confidentiel contenues dans une proposition pour améliorer la qualité d'autres propositions ;

- l'autorité contractante prépare un procès-verbal confidentiel des réunions de dialogue avec chacun des candidats qui sera remis aux candidats invités à soumettre des propositions définitives. Ces procès-verbaux ne font pas partie du dossier final d'appel à propositions.

### **Section 3 : Marchés de prestations intellectuelles**

#### **Article 67 : Procédures de sélection**

Le marché de prestations intellectuelles est relatif aux activités qui ont pour objet des prestations à caractère principalement intellectuel, dont l'élément prédominant n'est pas physiquement quantifiable. Il inclut notamment les études, les services d'assistance, la maîtrise d'ouvrage déléguée, l'assistance à maîtrise d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre.

Il est attribué après mise en concurrence, sur la base d'une liste restreinte des candidats pré-qualifiés à la suite d'un avis à manifestation d'intérêt ou, le cas échéant, contactés directement par l'autorité contractante en fonction de leur aptitude à exécuter les prestations après autorisation de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

L'avis à manifestation d'intérêt aboutit à l'établissement d'une liste restreinte d'au moins six (6) candidats présélectionnés, en raison de leur aptitude à exécuter les prestations.

Lorsque le nombre de manifestations d'intérêt reçu n'a pas pu permettre à l'autorité contractante d'atteindre le minimum de candidats présélectionnés sus-indiqué, elle peut directement se référer à sa base de prestataires qualifiés pour compléter la liste restreinte.

Une liste restreinte comprenant un nombre réduit de candidats présélectionnés peut toutefois être acceptée, lorsqu'il n'y a pas eu suffisamment de consultants qualifiés qui ont manifesté leur intérêt pour la mission spécifique, lorsqu'il n'y a pas eu suffisamment de consultants qualifiés qui ont pu être identifiés ou lorsque la taille du marché ou la nature de la mission ne justifient pas une concurrence plus large.

Le dossier de demande de propositions comprend outre les termes de référence, la lettre d'invitation indiquant les critères de sélection et leur mode d'application détaillé et le projet de marché. Le dossier de demande de propositions indique également les exclusions à la participation future aux marchés de travaux, fournitures et services qui résulteraient des prestations qui font l'objet de l'invitation.

La soumission des propositions s'effectue sous la forme d'une enveloppe unique, contenant deux enveloppes distinctes et fermées comportant respectivement la proposition technique et la proposition financière.

Les modalités de présentation des propositions technique et financière des candidats, l'évaluation des propositions sont fixées dans le dossier type de demande de propositions pour la passation des marchés de prestations intellectuelles et le modèle de rapport d'évaluation des propositions élaborés par l'autorité de régulation de la commande publique.

L'ouverture des propositions s'effectue en deux temps. Dans un premier temps, les propositions techniques sont ouvertes et évaluées conformément aux critères définis dans la demande de propositions.

Dans un deuxième temps, seuls les soumissionnaires ayant présenté des propositions techniquement qualifiées et conformes voient leurs propositions financières ouvertes. Les autres propositions financières sont retournées, sans être ouvertes, aux soumissionnaires non qualifiés.

L'ouverture des propositions financières est publique et les soumissionnaires qualifiés sont invités à y participer.

### **Article 68 : Méthodes de sélection**

La sélection des consultants dans le cadre des marchés de prestations intellectuelles s'effectue selon l'une des méthodes suivantes :

#### **- Sélection au moindre coût (SMC)**

La méthode au moindre coût met en concurrence des cabinets de consultants présélectionnés. Le choix du cabinet prend en compte la qualité de la proposition et le coût des services. Cette méthode convient en règle générale pour des missions standard ou courantes, pour lesquelles il existe des pratiques et des normes bien établies.

La proposition évaluée la moins-disante ayant obtenu la note technique minimum requise, est considérée comme la proposition la plus avantageuse.

#### **- Sélection dans le cadre d'un budget déterminé (SCBD)**

La méthode basée sur un budget déterminé met en concurrence des cabinets de consultants présélectionnés. Le choix du cabinet retenu prend en compte la qualité de la proposition technique et le coût des services.

Dans la demande de proposition, le coût des services est indiqué sous la forme d'un budget déterminé.

Cette méthode est indiquée lorsque :

- le type de service de consultants requis est simple et peut être défini précisément ;
- le budget est raisonnablement estimé et fixé ;
- le budget est suffisant pour permettre au cabinet d'exécuter la mission.

La proposition dont la note technique est la plus élevée et qui rentre dans le budget déterminé est considérée comme la proposition la plus avantageuse.

#### **- Sélection fondée sur la qualité et sur le coût (SFQC)**

La méthode de sélection fondée sur la qualité et sur le coût consiste à mettre en concurrence des cabinets de consultants présélectionnés. Le choix du cabinet retenu prend en compte la qualité technique de la proposition et le coût des services. La demande de proposition doit préciser la note technique minimale requise des cabinets de consultants pour passer à l'ouverture et à l'évaluation de leurs propositions financières.

La pondération relative des critères de qualité et de coût dépend de la nature de la mission.

La proposition qui obtient le score technique et financier combiné le plus élevé, est considérée comme la plus avantageuse.

#### - **Sélection fondée sur la qualité (SFQ)**

La méthode fondée sur la qualité est indiquée pour les types de missions suivantes :

- les missions complexes ou très spécialisées pour lesquelles il est difficile de définir précisément les termes de référence et ce qui est demandé au cabinet, et pour lesquelles l'autorité contractante attend du cabinet de consultants qu'il fasse preuve d'innovation dans ses propositions ;
- les missions pouvant être exécutées de manière sensiblement différente, de sorte que les propositions ne sont pas comparables.

La proposition technique est évaluée sans prendre en compte le coût comme critère d'évaluation. Si la demande de propositions exige des candidats de soumettre à la fois des propositions technique et financière, seule la proposition financière du cabinet ayant obtenu la note technique la plus élevée est ouverte et évaluée.

Si la demande de propositions exige des candidats de soumettre uniquement une proposition technique, seul le cabinet dont la proposition technique a obtenu la note technique la plus élevée, est invité à soumettre une proposition financière pour négociation.

#### - **Sélection fondée sur les qualifications du consultant (SQC)**

La méthode fondée sur les qualifications du consultant est indiquée dans les cas de contrats d'un faible montant ou de situation d'urgence pour lesquelles il n'est pas nécessaire de faire établir et d'évaluer des propositions concurrentes.

La sélection des consultants est faite à l'issue d'un avis à manifestation d'intérêt. Dans ce cas, seul le cabinet qui présente le meilleur niveau de qualification et d'expérience est invité à soumettre une proposition technique et financière aux fins de négociations.

Dans la liste des cabinets ayant répondu à l'invitation, l'autorité contractante retient celui qui présente le meilleur niveau de qualification et d'expérience en rapport avec la mission et l'invite à soumettre ses propositions technique et financière aux fins de négociations.

L'autorité contractante peut également communiquer les termes de référence à des consultants présélectionnés qui sont invités à fournir des renseignements sur leurs expériences et leurs qualifications dans le domaine concerné.

#### **Article 69 : Contenu des contrats et propriétés intellectuelles**

Les marchés de prestations intellectuelles donnent lieu à des contrats rémunérés au temps passé ou des contrats à rémunération forfaitaire. L'autorité contractante peut librement utiliser les résultats, même partiels des prestations. Elle a le droit de reproduire, c'est-à-dire, de fabriquer ou de faire fabriquer, des objets, matériels ou constructions conformes aux résultats des prestations ou à des éléments de ces résultats. Sous réserve de mentionner le nom du consultant prestataire, l'autorité contractante peut librement publier les résultats des prestations.

Toutefois, l'autorité contractante n'acquiert pas du fait du marché, la propriété des inventions nées, mises au point ou utilisées à l'occasion de l'exécution du marché, ni celle des méthodes ou du savoir-faire. Le consultant est tenu cependant de communiquer à l'autorité contractante, à sa demande, les connaissances acquises dans l'exécution du marché, que celles-ci aient donné lieu ou non à un dépôt de brevet.

L'autorité contractante s'engage à considérer les méthodes et le savoir-faire du consultant comme confidentiels sauf si ces méthodes et ce savoir-faire sont compris dans l'objet du marché.

Les titres protégeant les inventions faites à l'occasion de l'exécution du marché de prestations intellectuelles ne peuvent être opposés à l'autorité contractante pour l'utilisation des prestations.

Le titulaire du marché des prestations intellectuelles ne peut faire aucun usage commercial des résultats des prestations sans l'accord préalable de l'autorité contractante. Il ne peut communiquer les résultats des prestations à des tiers, à titre gratuit ou onéreux, ou publier les résultats de la prestation qu'avec l'autorisation de l'autorité contractante. En cas de publication, celle-ci mentionne que l'étude a été financée par l'autorité contractante.

Le titulaire garantit l'autorité contractante contre toutes les revendications des tiers relatives à l'exercice de leurs droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle à l'occasion de l'exécution des prestations et de l'utilisation de leurs résultats, notamment pour l'exercice du droit de reproduction.

L'autorité contractante garantit le consultant contre les revendications des tiers concernant les droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle, les procédés ou les méthodes dont elle lui impose l'emploi.

#### **Article 70 : Sélection de consultants individuels**

L'autorité contractante fait appel à des consultants individuels dans le cadre des missions pour lesquelles :

- une équipe d'experts n'est pas nécessaire ;
- aucun appui professionnel supplémentaire extérieur n'est requis ;
- l'expérience et les qualifications de l'expert constituent un critère de choix majeur.

Les consultants individuels peuvent se voir confier, notamment, les tâches suivantes :

- l'élaboration des termes de référence ;
- l'actualisation ou révision des études de faisabilité ;
- les études techniques préliminaires pour projets de petite taille ;
- l'assistance technique en matière de planification économique et sectorielle, de réorganisation structurelle et de gestion ;
- l'assistance en matière d'évaluation des offres de biens et services et des offres de consultants ;
- l'assistance technique en matière de gestion et de supervision de projets et d'élaboration des rapports d'achèvement ;

- la formation.

La publication de l'avis à manifestation d'intérêt est encouragée, particulièrement lorsque l'autorité contractante n'a pas connaissance des personnes expérimentées et qualifiées ou de leur disponibilité, ou lorsque les services sont complexes, ou qu'une publicité plus large serait avantageuse.

Les avis à manifestation d'intérêt spécifient les critères de sélection qui sont uniquement basés sur l'expérience et les qualifications.

La sélection est effectuée par la comparaison des capacités globales pertinentes d'au moins trois (3) candidats qualifiés. Les consultants individuels sont choisis en fonction de leurs expériences, de leurs qualifications pertinentes et de leur capacité à réaliser la mission. Ils n'ont pas à soumettre de propositions et sont envisagés pour le recrutement s'ils possèdent toutes les qualifications minimum pertinentes requises. L'autorité contractante détermine si les consultants répondent à cette exigence au regard de la nature et de la complexité de la mission, et les évalue sur la base de leur formation académique et de leurs expériences professionnelles pertinentes, et les cas échéants, de leur connaissance des conditions locales, telles que la langue nationale, la culture, le système administratif et l'organisation de l'État.

L'autorité contractante négocie le marché avec le consultant individuel sélectionné après avoir obtenu un accord satisfaisant sur les termes et conditions du marché, y compris des honoraires et autres dépenses à prix raisonnable.

La sélection de consultants individuels est soumise au contrôle a priori de l'organe compétent.

#### **Article 71 : Négociation des marchés de prestations intellectuelles**

Les marchés de prestations intellectuelles font l'objet de négociations entre l'autorité contractante et le soumissionnaire dont la proposition est retenue. Les négociations ne peuvent être conduites avec plus d'un soumissionnaire à la fois.

Dans tous les cas, lorsque le prix a été un critère de sélection, ces négociations ne doivent pas porter sur les prix unitaires proposés.

Les négociations sont sanctionnées par un procès-verbal signé par les deux parties. Une fois ces négociations achevées, les autres soumissionnaires sont informés du rejet de leurs propositions.

#### **Article 72 : Dispositions spécifiques aux manifestations d'intérêt**

L'autorité contractante recourt à la manifestation d'intérêt pour présélectionner des candidats dans le cadre des marchés de prestations intellectuelles sous réserve des dispositions applicables aux marchés dont les montants prévisionnels sont en dessous des seuils de passation.

L'avis à manifestation d'intérêt comporte au moins les indications suivantes :

- le nom de l'autorité contractante ;
- le nom du projet ;
- la source de financement ;

- l'objet de la prestation ;
- la nature des services requis, notamment la description,
- l'organisation et la période de mise en œuvre ;
- les informations requises des consultants démontrant leurs capacités et expérience, notamment la documentation, la référence de prestations similaires, l'expérience dans des missions comparables et la disponibilité de personnel qualifié ;
- la mention de la possibilité pour les consultants de se mettre en association pour augmenter leurs chances de qualification ;
- les critères de qualification ;
- l'adresse à laquelle les consultants intéressés peuvent obtenir des informations supplémentaires, avec la mention du responsable et de son titre ;
- l'adresse à laquelle les expressions d'intérêt sont déposées ;
- la date et l'heure auxquelles ces expressions d'intérêt doivent parvenir au plus tard ;
- les mentions devant être inscrites sur l'enveloppe de soumission de la manifestation d'intérêt.

Le délai minimal de réponse est de quinze (15) jours calendaires à compter de la date de publication de l'avis à manifestation d'intérêt.

L'autorité contractante établit une liste restreinte de candidats présélectionnés en raison de leurs aptitudes à exécuter les prestations prévues.

En vue de constituer une base de données d'entrepreneurs, de fournisseurs et de prestataires de services dans le cadre de la mise en œuvre des procédures d'acquisition en dessous des seuils de passation, les autorités contractantes peuvent également procéder à un avis à manifestation d'intérêt.

L'avis à manifestation d'intérêt, publié en début de chaque exercice budgétaire, pour un délai minimum de trente (30) jours calendaires, comporte l'ensemble des domaines d'intervention couverts par l'activité de l'autorité contractante et mentionne les documents permettant d'établir l'existence juridique, fiscale de même que les capacités techniques, économiques et financières des candidats.

La réponse à l'avis à manifestation d'intérêt n'implique pas l'obligation d'attribuer le marché aux candidats inscrits. La base de données d'entrepreneurs, de fournisseurs et de prestataires de services est régulièrement actualisée sous la supervision de la personne responsable des marchés publics.

#### **Section 4 : Marchés par entente directe - marchés de défense et de sécurité nationales - Procédure d'offre spontanée**

##### **Article 73 : Marchés par entente directe**

Les marchés sont passés par entente directe lorsque l'autorité contractante engage sans appel à la concurrence ni publicité, directement les discussions avec un ou plusieurs opérateurs économiques et attribue le marché au candidat qu'elle a retenu,

conformément aux conditions définies par la loi relative aux marchés publics. Les opérateurs économiques à consulter doivent disposer de capacités techniques et financières pour réaliser les prestations sollicitées.

Le recours à cette procédure est subordonné à une demande de la personne responsable des marchés publics adressée à la direction nationale du contrôle de la commande publique qui comporte les motifs qui justifient le choix de cette procédure et décrit la nature et l'étendue des prestations.

#### **Article 74 : Autorisation préalable**

A l'exception des marchés de défense et de sécurité nationales dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat n'est pas compatible avec l'obligation de publicité, les marchés par entente directe doivent être préalablement autorisés par la direction nationale du contrôle de la commande publique sur la base de la demande prescrite à l'alinéa 2 de l'article 73 ci-dessus et des conditions fixées par la loi relative aux marchés publics.

La direction nationale du contrôle de la commande publique veille à ce que, sur chaque année budgétaire, les montants additionnés des marchés par entente directe passés par chaque autorité contractante ne dépassent pas dix pour cent (10%) du montant total des marchés publics passés par ladite autorité.

Dans l'hypothèse où une autorité contractante solliciterait auprès de la direction nationale du contrôle de la commande publique une autorisation de passer un marché par entente directe, alors que le seuil des dix pour cent (10%) ci-dessus visé serait franchi, la décision favorable de cette direction sera soumise, avant la signature du marché, à la validation de l'autorité de régulation de la commande publique.

#### **Article 75 : Marchés de défense et de sécurité nationales**

Les conditions nécessaires à la mise en œuvre d'une procédure de passation par entente directe des marchés de défense et de sécurité nationales, dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec l'obligation de publicité, doivent être constatées par une commission spéciale.

Les décisions de cette commission spéciale rattachée à la présidence de la République sont insusceptibles de recours devant l'autorité de régulation de la commande publique. Cette commission spéciale dont les modalités de création et de fonctionnement sont déterminées par voie réglementaire dispose des pouvoirs de contrôler la procédure de passation du marché et son exécution.

Les marchés de fournitures, services et travaux passés pour assurer les besoins de défense et de sécurité nationales concernent :

- les marchés de fournitures et services qui ont pour objet la fourniture d'équipements, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous assemblages, qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériels de guerre, qu'ils aient été spécifiquement conçus à des fins militaires ou qu'ils aient été initialement conçus pour une utilisation civile puis adaptée à des fins militaires ;

- les marchés de fournitures et services qui ont pour objet la fourniture d'équipements destinés à la sécurité et à la sûreté, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous assemblages et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ;
- des travaux et services ayant des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services destinés à la sécurité et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ;
- les travaux urgents ou déclarés d'utilité publique confiés au génie militaire ;
- les marchés destinés à des fins de défense civile. Ces marchés portent sur des prestations visant à assurer l'ordre public, la protection matérielle et morale des personnes et la sauvegarde des installations et ressources d'intérêt général ainsi que l'appui au maintien ou au rétablissement de la liberté d'action des forces de défense et de sécurité sur l'ensemble du territoire ;
- les marchés relatifs à la sûreté de la flotte maritime et aérienne ainsi que des installations portuaires et aéroportuaires passés en vue de prévenir une menace, notamment terroriste, et plus généralement, d'accéder à des informations ou domaines sensibles dont la divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité et à la sûreté de l'Etat et à son potentiel scientifique et économique ;
- les marchés passés en vertu d'un accord international relatif à la participation des troupes togolaises à des opérations de maintien de la paix ;
- les marchés d'acquisition de biens et de services relatifs à la sécurisation et à la protection des infrastructures et sites stratégiques.

#### **Article 76 : Procédure des offres spontanées**

L'autorité contractante peut donner suite à une offre spontanée de fournitures, de prestations de services et de réalisation de travaux lorsque celle-ci entre dans le cadre de ses missions et présente un intérêt général manifeste.

A cet effet, sous réserve des exceptions visées au présent article, les marchés à conclure dans les conditions décrites à la présente section, sont passés par appel d'offres ouvert conformément aux dispositions du présent décret.

Le dossier d'appel à la concurrence est élaboré sur la base des études économique, environnementale et sociale préalables réalisées par l'auteur de l'offre spontanée qui précise, à la transmission desdites études, les données confidentielles ou de propriété intellectuelle qui ne peuvent faire l'objet de divulgation dans le dossier, à l'exception d'une cession de ses droits à l'autorité contractante.

L'autorité contractante peut recourir à la négociation directe, après avis préalable de la direction nationale du contrôle des marchés publics, avec une entreprise présentant une offre spontanée dans les conditions cumulatives suivantes :

- si le montant estimatif du marché concerné est au moins égal à cinq milliards (5 000 000 000) de franc CFA ;
- si le financement du marché est apporté par l'entreprise dans les conditions conformes aux règles d'endettement du Togo ;

- si l'entreprise, dans le cas où elle serait de droit non communautaire, s'engage à sous-traiter aux entreprises nationales une part du marché qui ne peut être inférieure à 20 % du montant total ;
- si l'entreprise définit un schéma pouvant assurer un transfert de compétences et de connaissances.

L'avis préalable de la direction nationale du contrôle de la commande publique est émis à la présentation par l'autorité contractante d'un dossier constitué, notamment des pièces suivantes :

- l'offre technique détaillée résultant d'études concluantes ;
- l'offre financière avec une structure détaillée des prix ;
- le schéma de financement avec les modalités de remboursement du prêt par l'État, entre autres, le taux d'intérêt, le différé, la durée de l'amortissement du prêt.

Cet avis est également émis sur la base d'un rapport d'expertise portant notamment sur les aspects techniques, financiers, sociaux et environnementaux. A cet effet, l'organe chargé de la régulation de la commande publique met à la disposition de la direction nationale du contrôle des marchés publics une liste d'experts indépendants.

En cas d'avis favorable de la direction nationale du contrôle de la commande publique, l'autorité contractante peut signer un protocole d'accord avec l'entreprise, auteur de l'offre spontanée, afin de fixer les engagements des parties pour assurer une bonne négociation du marché, les délais de mobilisation du financement ainsi que l'échéancier des négociations du contrat. Les études et documents constitutifs du marché transmis au moment de la soumission de l'offre spontanée deviennent la propriété exclusive de l'autorité contractante qui se réserve le droit de les utiliser dans le cadre d'un appel à la concurrence, en cas de non conclusion du marché pour non-respect, par le titulaire de l'offre spontanée, de ses engagements.

En cas d'avis défavorable de la direction nationale du contrôle de de la commande publique, l'autorité contractante peut saisir le comité de règlement des différends de l'Autorité de régulation de la commande publique.

### **Article 77 : Contrôle des prix**

Sans préjudice de l'application des procédures de contrôle a posteriori, les marchés par entente directe ou d'offre spontanée ne peuvent être passés qu'avec des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services qui se soumettent à un contrôle des prix spécifiques durant l'exécution des prestations.

L'autorité contractante peut exiger au titulaire la présentation de ses bilans, comptes de pertes et profits et comptes d'exploitation ainsi que sa comptabilité analytique d'exploitation ou tout document pertinent de nature à permettre l'établissement des coûts de revient conformément aux dispositions de la loi relative aux marchés publics.

## CHAPITRE 4 - REGLES GENERALES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

### Section 1<sup>ère</sup> : Publicité, moyens de communication et modalités de réception des offres

#### Article 78 : Obligation de publicité

L'autorité contractante est tenue de publier chaque année un avis général établi conformément à l'article 19 ci-dessus du présent décret et qui recense les marchés publics, dont les montants prévisionnels atteignent les seuils de passation fixés par décret en conseil des ministres, qu'elle prévoit de passer par appel à la concurrence durant l'exercice budgétaire sur la base du plan prévisionnel de passation des marchés publics.

Les marchés publics font obligatoirement l'objet d'un avis d'appel à la concurrence porté à la connaissance du public par une insertion faite, dans les mêmes termes, dans le journal des marchés publics ou toute publication nationale et/ou internationale accessible et de large diffusion ainsi que par voie électronique le cas échéant, selon un document modèle contenu dans les dossiers types de passation des marchés publics validé par l'autorité de régulation de la commande publique. Cette obligation concerne également les avis de pré qualification.

Les avis d'appel à concurrence peuvent également faire l'objet d'une insertion parallèle, au choix de l'autorité contractante, dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales, par affichage ou diffusion radiophonique, par tout autre moyen susceptible de preuve.

L'avis ne peut être confié à un organe de publication que si celui-ci s'engage au préalable à faire les insertions dans un délai de trois (3) jours calendaires, à compter du lendemain du dépôt de la demande ou transmission contre récépissé.

Les avis généraux de passation des marchés et les avis d'appel à la concurrence sont communiqués au public par voie électronique, via la publication sur le portail des marchés publics et au moins trois (3) fois dans un journal de large diffusion.

Pour les marchés dont les montants prévisionnels sont supérieurs ou égaux aux seuils de publication communautaire, la publication des avis ne peut intervenir avant celle effectuée par la commission de l'Union économique et monétaire ouest africaine.

Pour les appels à la concurrence de portée internationale, les avis d'appel à la concurrence sont également insérés dans une publication à large diffusion internationale.

Les avis généraux de passation des marchés publics et les avis d'appel à la concurrence peuvent faire l'objet d'une publicité par voie électronique autre que celles visées aux paragraphes précédents, et notamment sur la plateforme dématérialisée de l'autorité contractante mentionnée à l'article 1<sup>er</sup> du présent décret. Cette publicité est complémentaire à celle qui est assurée dans les conditions prévues aux alinéas précédents.

L'absence de publication de l'avis est sanctionnée par la nullité de la procédure.

La computation du délai de publication des avis généraux de passation des marchés publics et les avis d'appel public à la concurrence commence à la date de la première parution du support de large diffusion retenu par l'autorité contractante.

### **Article 79 : Moyens de communication**

Les moyens de communication entre l'autorité contractante et les candidats regroupent l'ensemble des dispositifs d'échanges d'informations durant la procédure et les modalités de transmission des candidatures et des offres ou propositions.

Les moyens de communication utilisés ne peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation.

Les transmissions, les échanges et le stockage d'informations sont effectués de manière à assurer l'intégrité des données et la confidentialité des candidatures, des offres ou des propositions et à garantir que l'autorité contractante ne prend connaissance du contenu des candidatures et des offres qu'à l'expiration du délai prévu pour leur dépôt.

L'autorité contractante choisit le ou les moyens de communication avec les candidats. Ce choix est indiqué dans l'avis d'appel à la concurrence ou, à défaut, dans un autre document du dossier d'appel à la concurrence.

L'autorité contractante peut choisir des moyens de communication par distribution physique ou par voie électronique par l'intermédiaire de tout moyen électronique tel que défini à l'article 1<sup>er</sup> du présent décret.

Lorsque l'autorité contractante utilise des moyens électroniques, elle assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non discriminatoire. L'autorité contractante informe dans l'avis d'appel à la concurrence ou, à défaut, dans un autre document du dossier d'appel à la concurrence, l'ensemble des modalités techniques, informatiques et pratiques permettant la communication par les moyens électroniques utilisés.

Les moyens électroniques utilisés pour communiquer par voie électronique, ainsi que leurs caractéristiques techniques, sont compatibles avec les technologies de l'information et de communication généralement utilisées.

Les frais d'accès au réseau sont à la charge de chaque candidat.

### **Article 80 : Modalité de remise des candidatures, des offres ou propositions**

L'autorité contractante, dans les conditions définies aux articles 82 et 83 du présent décret, autorise les transmissions par les candidats des candidatures, des offres ou propositions soit :

- par distribution physique : dans ce cas, l'autorité contractante peut autoriser la transmission des candidatures, des offres ou propositions sur des supports physiques électroniques ;
- par la voie électronique : dans ce cas, les dispositions précisées à l'article 79 du présent décret sont applicables aux moyens électroniques utilisés.

Au surplus des dispositions de l'article 79 du présent décret, les moyens électroniques utilisées pour la réception des candidatures, des offres ou propositions doivent au moins garantir que :

- l'identité de l'autorité contractante et de l'opérateur économique est déterminée ;
- l'heure et la date exactes de la réception sont déterminées avec précision, avec des dispositifs d'horodatage tels que prévus par la loi relative aux transactions électroniques ;
- la gestion des droits permet d'établir que lors des différents stades de la procédure de passation du marché seules les personnes autorisées ont accès aux données ;
- la réception des documents donne lieu à l'envoi d'un accusé de réception électronique tel que prévu par la loi relative aux transactions électroniques ;
- l'autorité contractante puisse récupérer les documents et les données dans un format ouvert aisément réutilisable et exploitable.

En cas de possibilité de remise des candidatures, des offres ou propositions et par la voie électronique, l'autorité contractante peut indiquer dans l'avis d'appel à la concurrence ou, à défaut, dans un autre document du dossier d'appel à la concurrence, le type de format des documents électroniques admis. Ces formats doivent être compatibles avec les technologies de l'information et de communication généralement utilisées.

Le mode de transmission des candidatures, des offres ou propositions est indiqué dans l'avis d'appel à la concurrence ou, à défaut, dans un autre document du dossier d'appel à la concurrence.

Pour chaque étape de la procédure, les candidats appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils transmettent à l'autorité contractante.

#### **Article 81 : Délai de réception des candidatures, des offres ou propositions**

En fixant les délais de réception des candidatures, des offres ou des propositions, l'autorité contractante tient compte, en particulier, de la complexité du marché, des modalités de réception admises par l'autorité contractante, et du temps nécessaire pour préparer les soumissions, sans préjudice des délais minima fixés par le présent article.

Dans les procédures d'appel d'offres ouvert, avec ou sans pré-qualification, ou d'appel d'offres restreint, le délai minimum de dépôt des offres ou des candidatures est de trente (30) jours calendaires à compter de la date de publication de l'avis d'appel à la concurrence, pour les appels d'offres nationaux.

Dans les procédures d'appel d'offres en deux étapes et les appels d'offres internationaux, le délai minimum de réception des soumissions est de quarante-cinq (45) jours calendaires à compter de la date de publication de l'avis d'appel à la concurrence.

En cas d'urgence dûment constatée par l'organe de contrôle a priori compétent des marchés publics, ce délai peut être réduit sans pour autant être inférieur à dix (10) jours calendaires pour les appels d'offres nationaux et à quinze (15) jours calendaires pour les appels d'offres internationaux.

Lorsque le montant prévisionnel des acquisitions est inférieur aux seuils de passation définis par le présent décret, le délai minimum de réception des offres ou des propositions est fixé à quinze (15) jours calendaires pour les demandes de renseignement de prix et à sept (7) jours calendaires pour les demandes de cotation à compter de la date de publication de l'avis ou de l'invitation à soumissionner.

## **Section 2 : Présentation - Réception des candidatures, des offres ou propositions**

### **Article 82 : Présentation des candidatures, des offres ou propositions**

Conformément à l'article 80 du présent décret, lorsque les candidatures, les offres ou propositions doivent être transmises par distribution physique, les dispositions ci-après s'appliquent aux candidats.

Les offres des candidats sont placées dans une grande enveloppe ou enveloppe extérieure contenant l'enveloppe de l'offre technique et celle de l'offre financière. L'enveloppe ou le contenant extérieur est fermé, de façon à ne pouvoir être ouvert qu'en séance d'ouverture des plis.

Cette enveloppe ou contenant porte l'indication de l'appel à concurrence auquel l'offre se rapporte, qui est mentionnée comme suit : << Appel d'offres n° ... Offre à n'ouvrir qu'en séance d'ouverture >>.

Cependant, si un soumissionnaire inscrit une mention d'identification autre que celle indiquée ci-dessus, cela n'entraîne pas le rejet de son offre.

L'enveloppe extérieure contient d'une part, l'enveloppe de l'offre technique, rassemblant l'ensemble des pièces justificatives précisées dans les données particulières d'appel à la concurrence, et d'autre part, l'enveloppe de l'offre financière qui contient la soumission et tous les éléments chiffrés de l'offre. A la différence de l'enveloppe extérieure, qui est anonyme, les deux enveloppes intérieures portent le nom du candidat, ainsi que la mention <<offre technique>> ou <<offre financière>> selon le cas.

Si des offres sont accompagnées d'échantillons, ceux-ci doivent être présentés de telle sorte que le nom des candidats ne puisse être connu avant l'ouverture des plis.

Si conformément à l'article 80 du présent décret, l'autorité contractante accepte la transmission par distribution physique sur des supports physiques électroniques, les candidats devront organiser la structure informatique de présentation des candidatures, des offres ou propositions de telle manière que les prescriptions de sécurité, de séparation des plis et d'identification indiquées ci-avant soient appliquées de manière équivalente.

Les documents et fichiers compris dans les supports physiques électroniques sont intégrés, sécurisés et dans des formats qui doivent être compatibles avec les technologies de l'information et de communication généralement utilisées.

En cas de transmission par un support physique électronique, les candidats pourront transmettre une copie de sauvegarde sous support papier dans les formes évoquées dans les premiers alinéas du présent article.

Cette copie de sauvegarde adressée dans les mêmes délais, n'est utilisée que si :

- un programme informatique malveillant est détecté dans les documents et fichiers compris dans le support physique électronique transmis. La trace de cette malveillance est conservée ;
- les documents et fichiers électroniques compris dans le support physique électronique transmis ne sont pas lisibles par les services de l'autorité contractante.

Conformément à l'article 80 du présent décret, si les offres ou propositions sont transmises par voie électronique, les dispositions ci-après s'appliquent aux candidats.

L'autorité contractante indique dans le dossier d'appel à la concurrence les modalités et consignes à suivre afin de transmettre électroniquement les candidatures, les offres ou propositions.

L'autorité contractante veille à ce que les consignes permettent, à minima, une séparation des plis similaire aux modalités appliquées aux transmissions par distribution physique indiquées ci-avant.

Les candidats respectent les consignes indiquées.

En cas de transmission par voie électronique, les candidats transmettent une copie de sauvegarde sous support papier dans les formes évoquées dans les premiers alinéas du présent article.

Cette copie de sauvegarde adressée dans les mêmes délais, n'est utilisée que si :

- un programme informatique malveillant est détecté dans les documents et fichiers transmis par voie électronique. La trace de cette malveillance est conservée ;
- un document ou un fichier transmis par voie électronique est reçu de façon incomplète, hors délais ou n'a pu être ouverte, sous réserve que la transmission par voie électronique ait commencé avant la clôture de la remise des offres ou propositions.

Sans préjudice des dispositions du présent décret, notamment celles prévues en matière de publicité sur les marchés attribués et d'information des candidats, il est interdit à l'autorité contractante de divulguer les renseignements que les soumissionnaires lui communiquent et qui concernent les aspects confidentiels des offres, notamment les secrets techniques et commerciaux.

Toute demande de renseignements complémentaires aux fins d'éclaircissements peut être adressée par écrit, ou lorsque cela est autorisé, par voie électronique à l'autorité contractante, dans les procédures dont le montant prévisionnel est supérieur au seuil de passation, dix (10) jours ouvrables au plus tard avant la date limite de dépôt des offres ou propositions. L'autorité contractante dispose d'un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la date de réception de la demande d'éclaircissement pour répondre au requérant et, simultanément par écrit, à l'ensemble des candidats ayant retiré un dossier d'appel à la concurrence auprès de l'autorité contractante.

Dans tous les cas, aucune réponse ne peut être envoyée moins de cinq (5) jours ouvrables avant la date limite de dépôt des offres. A défaut, la date limite de dépôt initiale est reportée à une date permettant à l'autorité contractante de fournir lesdits éclaircissements.

Dans le cadre des procédures de sollicitation de prix, la demande d'éclaircissements ne peut intervenir cinq (5) jours ouvrables avant la date limite de dépôt des offres ou propositions. L'autorité contractante répond au requérant et, simultanément par écrit, à l'ensemble des candidats dans les trois (3) jours ouvrables suivant la réception.

La réponse de l'autorité contractante à la demande d'éclaircissement du candidat peut faire l'objet d'un recours dans les conditions prévues par la loi relative aux marchés publics.

### **Article 83 : Réception des offres ou propositions**

Sous la responsabilité des candidats et soumissionnaires, les candidatures, les offres ou propositions parviennent avant la date et l'heure limites de leur réception, au lieu indiqué ou selon les modalités électroniques prévues par les données particulières d'appel à concurrence, entre les mains de l'autorité désignée par le dossier d'appel à concurrence qui a la qualité de dépositaire. Cette autorité donne, au besoin, récépissé du dépôt ou avis de réception des offres reçues. Elle relève, le cas échéant, les altérations des enveloppes extérieures pouvant être constatées.

A leur réception, les plis sont revêtus d'un numéro d'ordre et enregistrés par ordre d'arrivée dans un registre spécial délivré par l'autorité susvisée. Ces plis restent fermés et conservés en lieu sûr et sécurisé jusqu'au moment de leur ouverture.

Seuls peuvent être ouverts les plis reçus dans les conditions fixées ci-dessus. Les offres parvenues postérieurement aux dates et heures limites de dépôt sont irrecevables.

En cas de transmission par voie électronique, l'autorité contractante met en place des dispositions similaires.

### **Section 3 : Ouverture des offres ou propositions**

#### **Article 84 : Ouverture des offres**

L'ouverture des plis est publique et intervient à la date limite fixée pour la réception des offres ou propositions et à l'heure prévue par le dossier d'appel à la concurrence. Cette ouverture intervient dans un bref délai après l'heure limite de dépôt des offres, sauf dérogation motivée de l'autorité de régulation de la commande publique.

La séance de dépouillement des offres est effectuée par les membres de la commission ad hoc chargée de l'ouverture des plis. Les candidats ou leurs représentants peuvent assister à cette séance.

Le président de séance dresse la liste des soumissionnaires en leur présence. Il examine les pièces justificatives produites et relève les offres qui ne sont pas accompagnées des pièces à caractère éliminatoire mentionnées au dossier d'appel à la concurrence.

Le nom de chaque candidat, le montant de chaque offre et de chaque variante, et le cas échéant, le montant des rabais proposés, le délai de réalisation, sont lus à haute voix ; la présence ou l'absence de garantie de soumission est également mentionnée. Toutes les pages des offres ou propositions sont paraphées par les membres de la commission ad hoc d'ouverture. Ces renseignements ainsi que la relation des éventuels incidents survenus lors de l'ouverture des plis ou les éventuelles protestations ou observations des soumissionnaires, sont consignés dans le procès-verbal de la séance d'ouverture, auquel est jointe la liste signée des personnes présentes. Le procès-verbal est contresigné par les membres de la commission ad hoc chargée de l'ouverture des plis présents.

S'agissant des marchés de prestations intellectuelles, l'ouverture des plis se fait conformément aux dispositions de l'article 67 du présent décret.

Le procès-verbal d'ouverture des plis est remis sans délai à tous les soumissionnaires. Il est établi conformément à un document modèle élaboré et adopté par l'autorité de régulation de la commande publique.

Aucune offre ou proposition ne peut être rejetée lors des opérations d'ouverture des plis. Seule l'analyse technique de l'offre peut éventuellement conduire à un rejet ultérieurement. Toutefois, les offres reçues hors délais donnent lieu au rejet à la séance d'ouverture des plis.

Dans le cadre des procédures qui se caractérisent par une consultation restreinte de candidats, notamment dans le cas d'un appel d'offres précédé d'une pré-qualification, d'un appel d'offres restreint, d'une demande de cotation et en matière de prestations intellectuelles, lorsqu'un minimum de trois (3) plis n'a pas été remis aux date et heure limites de réception des offres, l'autorité contractante ouvre un nouveau délai qui ne peut être inférieur à la moitié du délai initial de dépôt des offres et qu'elle porte à la connaissance du public. A l'issue de ce nouveau délai, elle peut procéder aux opérations d'ouverture, quel que soit le nombre d'offres reçues.

L'alinéa précédent ne s'applique pas dans les cas de procédures ouvertes caractérisées par une publicité suffisante.

Les autorités contractantes doivent conserver les originaux des offres ou propositions en un lieu sécurisé.

En cas de transmission des offres, propositions ou candidatures par voie électronique, les procédures d'ouvertures se déroulent dans des conditions similaires. Des adaptations, eu égard aux moyens électroniques utilisés, peuvent être apportées par l'autorité contractante qui l'indique, le cas échéant, dans les documents du dossier d'appel à la concurrence.

#### **Article 85 : Appel d'offres infructueux**

L'autorité contractante, après avis de l'organe compétent du contrôle a priori, peut déclarer un appel d'offres infructueux lorsqu'aucune offre n'a été remise à l'expiration de la date limite de dépôt des offres ou lorsqu'il n'a été proposé que des offres irrecevables ou non conformes, bien que toutes les conditions devant assurer le succès de l'appel à la concurrence aient été remplies.

L'autorité contractante en avise immédiatement tous les candidats et procède à la publication de sa décision. Elle peut procéder soit à un nouvel appel d'offres ouvert, soit si les conditions initiales du marché ne sont pas modifiées, à un appel d'offres restreint d'au moins trois (3) entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires, et dans ce dernier cas, après autorisation de l'organe compétent du contrôle a priori.

Le lancement d'un nouvel appel d'offres est précédé d'une revue du dossier d'appel à la concurrence pour s'assurer qu'il n'y a pas de modifications ou de clarifications à apporter, ou encore dans le but de redéfinir les besoins de l'autorité contractante.

#### **Article 86 : Procédure sans suite**

L'autorité contractante peut, après avis de l'organe compétent du contrôle a priori, ne pas donner suite à une procédure de passation de marché public pour des motifs d'intérêt général, tels que la disparition du besoin qui était à l'origine de la procédure ou des montants d'offres trop élevés par rapport à la valeur estimée du marché sous réserve

du recours aux règles des marchés à tranches prévues au présent décret. Dans ce cas, l'autorité contractante en avise tous les candidats.

#### **Section 4 : Procédure et critères d'évaluation des offres**

##### **Article 87 : Procédure d'évaluation des offres**

Dans le cadre de l'évaluation des offres, la commission ad hoc d'évaluation des offres ou propositions mise en place à cet effet, procède à un examen préliminaire afin de déterminer si les offres sont recevables et accompagnées des pièces mentionnées dans le dossier d'appel à la concurrence, et rejette les offres jugées irrecevables.

La commission ad hoc d'évaluation détermine ensuite si les offres sont substantiellement conformes aux conditions et spécifications des cahiers des charges.

Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats et aucune modification des offres ou des prix ou des conditions de concurrence ne peut être demandée, offerte ou autorisée. La commission ad hoc d'évaluation peut toutefois corriger les erreurs purement arithmétiques découvertes au cours de l'examen des offres et peut demander aux candidats de préciser la teneur de leurs offres afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison.

Cette demande est faite par écrit, par distribution physique ou par voie électronique sur l'adresse électronique indiquée par le candidat, par la personne responsable des marchés publics, sur proposition de la commission ad hoc d'évaluation dans le respect strict des cahiers des charges. La réponse doit également être adressée par écrit, par distribution physique ou par voie électronique dans un délai de trois (3) jours ouvrables à compter de la date de réception de la demande.

Les éclaircissements demandés et fournis par écrit, par distribution physique ou par voie électronique ne peuvent, en aucune façon, avoir pour effet de modifier les éléments d'une offre en vue de la rendre plus conforme ou plus compétitive. Les demandes d'éclaircissement et les réponses des soumissionnaires sont annexées au rapport d'évaluation des offres.

La commission ad hoc d'évaluation procède enfin à une évaluation détaillée des offres en fonction des critères établis conformément aux articles 88 et suivants du présent décret et mentionnés dans le dossier d'appel à la concurrence. Elle transmet à la personne responsable des marchés publics dans un délai maximum de quatorze (14) jours calendaires à compter de la date de la séance d'ouverture des plis, une proposition d'attribution du marché au soumissionnaire qui a l'offre technique substantiellement conforme, évaluée économiquement la plus avantageuse et qui satisfait aux critères de qualification mentionnés dans le dossier d'appel à la concurrence.

La personne responsable des marchés publics peut, en cas de besoin, adjoindre à la commission ad hoc d'évaluation toute personne dont l'expertise s'avère nécessaire à l'évaluation des offres ou propositions.

Le rapport d'évaluation des offres ou propositions fait l'objet d'un document unique, paraphé et signé de tous les membres de la commission ad hoc d'évaluation, qui peuvent y mentionner leurs réserves et adresser une note motivée à la personne responsable des marchés publics.

Les procédures d'évaluation des offres ou propositions sont conduites suivant le modèle de rapport d'évaluation et les dossiers-types d'appel d'offres pour la passation des marchés élaborés et validés par l'autorité de régulation de la commande publique.

### **Article 88 : Critères d'évaluation des offres**

Sous réserve des dispositions spécifiques applicables aux marchés de prestations intellectuelles, l'attribution du marché se fait sur la base de critères économiques, financiers et techniques, et le cas échéant, de capacité en matière de gestion environnementale mentionnés dans le dossier d'appel d'offres, afin de déterminer l'offre conforme évaluée économiquement la plus avantageuse.

Pour déterminer l'offre conforme économiquement la plus avantageuse, la commission ad hoc d'évaluation des offres se fonde sur un critère qui peut être :

- a) le prix, éventuellement corrigé, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'article 92 du présent décret, à condition que le marché public ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à un autre ;
- b) le prix ou le coût, déterminé selon une approche globale pouvant prendre en compte les éléments exprimés en termes monétaires et notamment ceux relatifs au coût du cycle de vie. Il s'agit de :
  - l'utilisation, l'entretien et la réparation des ouvrages ou des biens ;
  - le rendement et la compatibilité du matériel ;
  - les conditions de livraison ;
  - le service après-vente et de l'assistance technique ;
  - la possibilité de se procurer des pièces de rechange ;
  - le délai d'achèvement des travaux, de livraison des fournitures ou de prestation des services ;
  - les conditions de paiement et des conditions de garantie des travaux, fournitures ou services ;
  - la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques fonctionnelles des travaux ou des biens ainsi que leur adaptation aux conditions locales ;
  - la sécurité des approvisionnements, de l'interopérabilité et des caractéristiques opérationnelles ;
  - le caractère innovant ;
  - les avantages et performances réunis en termes de sécurité des biens ou services acquis et de protection de l'environnement ;
  - l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public ;
  - les conditions de production et de commercialisation ;
  - les garanties de la rémunération équitable des producteurs, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture ;

- les avantages en termes d'insertion professionnelle et au plan de la formation offerte, ou favorisant l'insertion de personnes vivant avec un handicap ou du genre ;
- les garanties professionnelles ainsi que financières présentées par chacun des soumissionnaires.

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution et sont indiqués dans les données particulières de l'appel à concurrence.

Le coût du cycle de vie couvre, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts ci-après du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage :

- les coûts supportés par l'autorité contractante, tels que :
  - les coûts liés à l'acquisition ;
  - les coûts de remplacement de certains éléments dont le cycle de vie arrive à échéance ;
  - les coûts liés à l'utilisation, tels que la consommation d'énergie et d'autres ressources ;
  - les frais de maintenance ;
  - les coûts liés à la fin de vie tels que les coûts de collecte et de recyclage.
- les coûts imputés aux externalités environnementales liées au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée. Ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique.

Lorsque l'autorité contractante évalue les coûts selon une méthode basée sur le cycle de vie, elle indique dans les documents de l'appel à la concurrence, les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode utilisée pour déterminer le coût du cycle de vie sur la base de ces données.

La méthode utilisée pour évaluer les coûts imputés aux externalités environnementales respecte l'ensemble des conditions suivantes :

- elle se fonde sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoire. En particulier, lorsqu'elle n'a pas été prévue pour une application répétée ou continue, elle ne favorise, ni ne défavorise indûment certains opérateurs économiques ;
  - elle est accessible à toutes les parties intéressées ;
  - elle implique que les données requises puissent être fournies moyennant un effort raisonnable consenti par des opérateurs économiques normalement diligents ;
- c) l'évaluation pondérée, suivant laquelle chacune des offres techniques et financières est évaluée séparément et reçoit une note. La note pondérée de chacune des deux (2) offres est additionnée et donne lieu à la note combinée.

L'offre ayant obtenu la note combinée évaluée la plus élevée se voit attribuer le contrat.

Les Soumissionnaires élaborent et soumettent leur offre technique, qui est évaluée strictement selon les critères publiés dans le dossier d'appel à la concurrence.

La procédure d'évaluation suit les étapes indiquées pour la sélection basée sur la qualité et le coût pour les consultants précisées par le présent décret. Les dossiers d'appel à la concurrence précisent une note minimale pour que l'offre technique soit considérée comme techniquement conforme et comprennent une définition précise de la conformité. La pondération de l'offre financière ne doit pas dépasser la pondération de l'offre technique.

#### **Article 89 : Evaluation des variantes**

Les offres de base des soumissionnaires doivent être conformes aux dispositions du dossier d'appel à la concurrence.

Les soumissionnaires peuvent proposer, en plus de l'offre de base, des variantes lorsqu'elles sont demandées ou lorsque la possibilité leur en est offerte de manière explicite dans le dossier d'appel à la concurrence.

Le dossier d'appel à la concurrence précise, de manière claire, la façon dont les variantes doivent être prises en considération pour l'évaluation des offres.

Les variantes sont évaluées suivant leur mérite propre, sans que ne soient pour autant remis en cause les principes de choix de l'offre.

#### **Article 90 : Traitement des offres anormalement basses**

Les autorités contractantes veillent à détecter les offres anormalement basses.

Une offre est considérée comme anormalement basse si son prix ne correspond pas à une réalité économique et risque de compromettre la bonne exécution du marché qui est conclu.

L'autorité contractante qui réceptionne une offre qui paraît anormalement basse doit solliciter de son auteur la communication de tous les éléments permettant d'en vérifier la viabilité économique. Le soumissionnaire dispose d'un délai de trois (3) jours ouvrables pour fournir les précisions demandées.

Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants :

- les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ;
- les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, fournir les biens ou réaliser les prestations de services ;
- l'originalité de l'offre ;
- le respect des conditions relatives à la protection de l'environnement et aux conditions sociales et de travail en vigueur au lieu de prestation des services ;

- les sous-détails de prix assortis de la marge nette et de la marge brute du projet.

Le caractère anormalement bas de l'offre est apprécié au regard de l'ensemble des éléments précédents et non pas d'une partie d'entre eux, même si les prix sur lesquels ont porté les demandes de précision représentent une part substantielle du marché.

Les autorités contractantes veillent à la bonne utilisation des deniers publics et être conscientes des risques, tant opérationnels que juridiques, auxquels elles s'exposent en retenant une offre anormalement basse.

Lorsqu'à l'issue de la procédure de vérification prévue aux alinéas précédents, une offre se révèle anormalement basse, l'autorité contractante la rejette par décision motivée.

#### **Article 91 : Annulation de la procédure**

Lorsqu'une autorité contractante décide d'annuler une procédure de passation du marché public, elle en fait la demande motivée à l'organe de contrôle a priori compétent. Les désaccords éventuels sont tranchés par le comité de règlement des différends de l'autorité de régulation de de la commande publique.

L'autorité contractante notifie la décision d'annulation ainsi que ses motifs aux soumissionnaires et en assure la publication conformément aux dispositions du présent décret.

#### **Article 92 : Droit et marge de préférence**

Lors de la passation d'un marché public et en vue de favoriser la participation des entreprises communautaires et des très petites, petites et moyennes entreprises nationales, il est accordé une marge de préférence à l'offre conforme au dossier d'appel à la concurrence ou de consultation présentée par un soumissionnaire communautaire.

#### **Article 93 : Conditions d'application de la préférence**

Pour les marchés publics passés par appel d'offres international, une préférence, quantifiée dans le dossier d'appel à la concurrence sous forme de pourcentage du montant de l'offre, est accordée aux candidats de droit togolais ou des Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest-africaine si leurs offres :

- sont conformes aux spécifications techniques du dossier d'appel à la concurrence ;
- sont d'un montant supérieur à l'offre conforme évaluée économiquement la plus avantageuse d'un soumissionnaire n'ayant pas la qualité d'une entreprise communautaire ;
- remplissent les conditions définies aux alinéas suivants du présent article pour l'application de la marge de préférence.

La marge de préférence appliquée au montant de l'offre conforme évaluée économiquement la plus avantageuse ne doit en aucun cas excéder 15%.

La marge de préférence ne peut être appliquée que dans les conditions suivantes :

- s'agissant des entrepreneurs de bâtiment et de travaux publics, si au moins trente pour cent (30 %) d'intrants d'origine togolaise ou communautaire sont utilisés et qu'au moins cinquante pour cent (50 %) des cadres techniques et personnels

employés sur le chantier sont des Togolais ou des nationaux des Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest-africaine ;

- en ce qui concerne les cabinets et bureaux d'études, si l'intervention du personnel clé ressortissant des Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest-africaine est évaluée à plus de cinquante pour cent (50%) de l'étude ;
- quant aux fournisseurs, en raison de l'origine des fournitures fabriquées ou manufacturées au Togo ou dans un Etat membre de l'Union économique et monétaire ouest-africaine pour autant que soient proposés des biens manufacturés dont le coût de fabrication comprend une valeur ajoutée dans l'un des Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest-africaine d'au moins trente pour cent (30%) ou en raison de la nationalité du soumissionnaire communautaire lorsque l'on est en présence de fournitures uniquement importées.

Les personnes morales visées à l'article précédent ne peuvent également bénéficier du régime de la préférence communautaire et sous réserve des dispositions applicables à l'alinéa précédent, que :

- si leur capital social appartient pour plus de la moitié à des Togolais ou nationaux des Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest-africaine ;
- si leurs organes délibérants et de direction sont également contrôlés ou détenus par des Togolais ou nationaux des Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest-africaine.

Les groupements momentanés de soumissionnaires étrangers peuvent bénéficier également de la préférence communautaire si leur offre remplit les conditions visées au paragraphe 2 du présent article.

Dans le cadre d'un appel d'offres, toute autorité contractante applique une marge de préférence d'un taux ne pouvant pas excéder 15%, conformément aux dispositions du présent article à une offre présentée par un soumissionnaire qui prévoit de sous-traiter au moins 30% de la valeur globale du marché concerné à une très petite, petite et moyenne entreprise locale.

Sans préjudice des dispositions relatives à la préférence communautaire, lors de la passation d'un marché public, une préférence de 5% doit être attribuée à l'offre présentée par un artisan ou une entreprise artisanale togolaise ou ayant une base fixe ou un établissement stable dans l'espace UEMOA.

Ce taux de préférence artisanale est cumulable avec le taux de préférence communautaire prévu au présent article.

## **Section 5 : Attribution des marchés publics**

### **Article 94 : Procès-verbal d'attribution**

Les propositions d'attribution validées par la commission ad hoc d'évaluation des offres de l'autorité contractante font l'objet d'un procès-verbal, dénommé procès-verbal d'attribution provisoire et qui mentionne :

- le ou les soumissionnaires retenus ;

- le nom des soumissionnaires non retenus et les motifs du rejet de leurs offres et le cas échéant, les motifs de rejet des offres jugées anormalement basses;
- les principales dispositions qui permettent l'établissement du ou des marchés et, en particulier, son objet, les conditions financières, les délais, la part du marché que le soumissionnaire a l'intention de sous-traiter à des tiers et le cas échéant, les variantes prises en compte ;
- le nom de l'attributaire et le montant évalué de son offre ;
- en ce qui concerne la procédure d'appel d'offres restreint, l'indication des circonstances qui justifient le recours à cette procédure ;
- et le cas échéant, les raisons pour lesquelles l'autorité contractante a renoncé à passer le marché.

Le procès-verbal d'attribution provisoire, établi selon un modèle adopté par l'autorité de régulation de la commande publique, est signé par la personne responsable des marchés publics qui le soumet à la validation de l'organe compétent du contrôle a priori suivant le seuil.

L'autorité contractante attribue le marché public dans le délai de validité des offres défini dans le dossier d'appel à la concurrence.

#### **Article 95 : Information des soumissionnaires**

Le procès-verbal d'attribution provisoire établi conformément à l'article précédent doit être transmis à tous les soumissionnaires.

L'autorité contractante notifie l'attribution provisoire au soumissionnaire retenu et publie, dans les mêmes conditions que l'avis d'appel à la concurrence, sous peine de sanctions prévues par la réglementation en vigueur, un avis d'attribution provisoire, suivant un modèle élaboré et adopté par l'autorité de régulation de la commande publique.

L'autorité contractante doit communiquer par écrit à tout soumissionnaire écarté les motifs du rejet de son offre, le montant du marché attribué et le nom de l'attributaire. Tout soumissionnaire écarté peut demander une copie du procès-verbal d'attribution qui lui sera remise dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la date de réception de sa demande écrite.

L'ensemble de ces communications et notifications peut être réalisé par une transmission par voie électronique sans modification des délais.

La transmission par voie électronique de ces communications et notifications électroniques est possible à condition qu'un système d'accusé-réception électronique conforme aux dispositions de loi relative aux transactions électroniques soit mis en place.

Les autorités contractantes observent un délai d'attente de sept (7) jours calendaires après la notification des résultats visée à l'alinéa 2 du présent article avant de procéder à la signature du marché public et le soumettre à l'approbation des autorités compétentes.

Dans ce délai, le soumissionnaire qui a un intérêt légitime à contester la décision de l'autorité contractante doit, sous peine de forclusion, exercer son recours dans les conditions prévues par la loi relative aux marchés publics.

Toutefois, l'autorité contractante ne peut communiquer à un candidat des renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'autres candidats en révélant des informations sur leur situation financière ou juridique ou sur leurs méthodes de fabrication ou de gestion.

## **Section 6 : Signature, approbation et notification du marché**

### **Article 96 : Prohibition de négociations**

Sauf dans le cadre des procédures par entente directe et en matière de dialogue compétitif, de marché d'innovation et de marchés de prestations intellectuelles, aucune négociation n'a lieu entre l'autorité contractante et le soumissionnaire ou l'attributaire sur l'offre soumise. L'autorité contractante peut, cependant, vérifier que l'attributaire provisoire détient toujours les qualifications requises.

### **Article 97 : Signature du marché**

Une fois la procédure de sélection jugée conforme par l'organe de contrôle a priori compétent, le marché est signé par le représentant de l'autorité contractante ou la personne responsable des marchés publics, le cas échéant, et l'attributaire.

L'attributaire du marché dispose d'un délai de quatre (4) jours calendaires à compter de la date de réception du projet de marché transmis par la personne responsable des marchés publics pour sa signature.

La personne responsable des marchés publics dispose d'un délai de deux (2) jours calendaires, à compter de la date de réception du projet de marché signé par l'attributaire, pour procéder à sa signature.

L'autorité contractante peut, dans le cas où les documents des offres ou propositions ont été transmis par voie électronique, permettre la signature électronique.

Cette signature électronique doit respecter les dispositions et mesures de certification prévues par la loi relative aux transactions électroniques.

### **Article 98 : Approbation des marchés publics**

L'approbation d'un marché public est la formalité administrative obligatoire matérialisée par la signature de l'autorité compétente qui a pour effet de valider le marché.

La signature électronique est possible dans les mêmes conditions énoncées à l'article 97 du présent décret.

Dans tous les cas, les fonctions d'autorité signataire et d'autorité approbatrice ne peuvent être cumulées.

L'approbation des marchés intervient dans le délai de validité des offres. Elle achève la procédure de passation des marchés publics.

L'approbation du marché ne peut être refusée que par une décision motivée, rendue dans les sept (7) jours calendaires à compter de la date de transmission du dossier d'approbation et susceptible de recours devant l'autorité de régulation des marchés publics, par toute partie au marché.

Le refus de visa ou d'approbation ne peut toutefois intervenir qu'en cas d'absence ou d'insuffisance de crédits. Les marchés qui n'ont pas été approuvés sont nuls et de nul effet.

Les marchés approuvés, quelle que soit l'autorité contractante, sont transmis à la direction nationale du contrôle de la commande publique pour immatriculation, avant leur notification à l'attributaire par l'autorité contractante.

S'agissant des avenants, ils sont signés et approuvés dans les mêmes formes que le marché initial.

Une liste récapitulative des marchés et avenants approuvés et immatriculés est établie par la direction nationale du contrôle de la commande publique et publiée à la fin de chaque trimestre sur le portail des marchés publics.

### **Article 99 : Notification du marché**

Les marchés publics approuvés, après accomplissement des formalités d'immatriculation, sont notifiés avant tout commencement d'exécution dans les deux (2) jours calendaires suivant la date de réception du marché immatriculé.

La notification consiste en une remise du marché approuvé au titulaire contre récépissé ou en un envoi par lettre recommandée avec accusé de réception, par ordre de service ou par tout autre moyen permettant de donner date certaine.

La notification peut être réalisée par une transmission par voie électronique à condition qu'un système d'accusé- réception électronique conforme aux dispositions de loi relative aux transactions électroniques soit mis en place.

La date de notification est celle du récépissé ou de l'avis de réception par le titulaire.

Les marchés doivent, préalablement à toute exécution, faire l'objet des formalités d'enregistrement, sous réserve des cas d'exonération prévus par la réglementation fiscale.

Le titulaire d'un marché public doit également s'acquitter auprès de l'autorité de régulation de la commande publique du paiement de la redevance de régulation conformément à la réglementation en vigueur.

### **Article 100 : Entrée en vigueur**

Le marché public entre en vigueur, sauf stipulations contraires des parties, à la date de réception de la notification du marché approuvé.

Si le marché n'est pas entré en vigueur selon les termes ci-dessus dans les deux (2) mois suivant la date de sa notification, pour des raisons indépendantes du titulaire, les parties se concertent pour un ajustement de la date d'achèvement et de toute autre condition pertinente du marché.

L'entrée en vigueur du marché marque le début des obligations juridiques d'exécution. Le début des délais de réalisation du marché est fixé par l'ordre de service de démarrage.

Dans les quinze (15) jours suivant la date d'entrée en vigueur du marché, un avis d'attribution définitive est publié, à l'initiative de l'autorité contractante, sur le portail des marchés publics, et le cas échéant, dans tout autre support à caractère national.

## TITRE IV : EXECUTION ET REGLEMENT DES MARCHES PUBLICS

### CHAPITRE 1<sup>ER</sup> : EXECUTION DES MARCHES PUBLICS

#### Section 1<sup>ère</sup> : Dispositions générales

##### **Article 101 : Principes**

Le marché public est conclu sous forme écrite, ou par voie électronique, et fait l'objet d'un dossier unique dont les cahiers des charges et la soumission sont des éléments constitutifs. Les pièces constitutives du marché contiennent toutes les indications propres à faciliter la compréhension de son objet.

Le marché public doit être conclu avant tout commencement d'exécution.

Aucune réclamation portant sur l'exécution des prestations réalisées avant l'entrée en vigueur du marché n'est recevable.

##### **Article 102 : Ordres de service**

Les notifications, décisions, instructions, et mises en demeure afférentes à l'exécution du marché font l'objet d'ordres de service émis par l'autorité contractante dans le cadre de l'exécution du marché. Un modèle d'ordre de service doit être mis à la disposition des autorités contractantes par l'autorité de régulation de la commande publique.

Les ordres de service sont écrits, signés, datés et numérotés par l'autorité contractante. Le titulaire en accuse réception datée.

Un ordre de service ne peut modifier l'objet du marché. Les ordres de service sont immédiatement exécutoires. Toutefois, le titulaire ne peut être astreint à exécuter que des ordres conformes aux clauses du marché.

Lorsque le titulaire estime que les prescriptions d'un ordre de service appellent des réserves de sa part, il doit, sous peine de forclusion, les notifier à l'autorité contractante, dans un délai de dix (10) jours calendaires.

Les ordres de service relatifs à des prestations sous-traitées, sont adressés au titulaire qui a qualité pour présenter des réserves. En cas de groupement, les ordres de service sont adressés au mandataire, qui également a qualité pour présenter des réserves.

Les ordres de service peuvent être transmis par voie électronique à condition que les moyens électroniques utilisés apportent les mêmes garanties qu'un support papier.

##### **Article 103 : Archivage des documents relatifs aux marchés publics**

Les acteurs des marchés publics, notamment les autorités contractantes, la direction nationale du contrôle de la commande publique et l'autorité de régulation de la commande publique, prennent les dispositions idoines pour assurer, par les méthodes modernes, l'archivage de tous les documents reçus à toutes les phases de passation et d'exécution des marchés publics.

Pour les documents transmis par la voie électronique, les autorités contractantes peuvent mettre en place des méthodes d'archivage électronique prescrites dans la loi relative aux transactions électroniques.

Les responsabilités, les modalités et procédures de classement et d'archivage physique et électronique ainsi que les délais de conservation et les conditions d'accès des documents et données non comptables relatifs à la passation et à l'exécution des marchés publics sont définis par la réglementation en vigueur.

#### **Article 104 : Conservation des documents comptables des marchés publics**

L'autorité contractante ainsi que les autres acteurs des marchés publics sont tenus de conserver les documents relatifs aux marchés publics pour une durée de dix (10) ans à compter de la date de réception définitive des prestations.

Le titulaire du marché est tenu d'ouvrir et de tenir à jour un document comptable spécifique au marché qui fait ressortir les différentes sources de financement, les états des sommes facturées et des sommes réglées, ainsi qu'un état des déclarations fiscales et douanières relatives au marché.

L'autorité contractante ou le cas échéant, l'autorité de régulation de la commande publique peut accéder, aux fins de vérification, au document comptable visé à l'alinéa ci-dessus, jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'alinéa 1<sup>er</sup> du présent article.

#### **Article 105 : Obligations comptables du titulaire du marché**

La comptabilité du titulaire du marché doit retracer les opérations qui se rapportent au marché de la manière suivante :

- les dépenses afférentes aux approvisionnements, à l'acquisition de matériaux, de matières premières ou d'objets fabriqués destinés à entrer dans la composition du marché ;
- les frais relatifs à la main d'œuvre exclusivement employée ainsi que toutes autres charges ou dépenses individualisées ;
- le bordereau des quantités exécutées ou des fournitures livrées.

### **Section 2 : Suivi de l'exécution du marché**

#### **Article 106 : Contrôle de l'exécution**

Tout marché public fait l'objet de supervision, de contrôle, de suivi et de surveillance de son exécution administrative, technique et financière suivant les modalités fixées dans le cahier des charges.

Les organisations de la société civile dûment établies en République togolaise peuvent, sous la responsabilité des autorités contractantes, être autorisées à effectuer un contrôle citoyen en vue de s'assurer du respect par les titulaires de marchés publics des clauses sociales et environnementales.

#### **Article 107 : Obligations sociales et de sauvegarde environnementale**

Les soumissionnaires s'engagent dans leurs candidatures, offres ou propositions, à se conformer à toutes dispositions législatives, réglementaires ou résultant des conventions

collectives relatives, notamment aux salaires, aux conditions de travail, d'hygiène et de sécurité, de bien-être des travailleurs et de sauvegarde environnementale. Ils s'engagent à prohiber le travail forcé, le travail des enfants mineurs, les violences basées sur le genre ainsi que les exploitations sexuelles.

Les manquements aux obligations ci-dessus peuvent donner lieu à la disqualification du titulaire ou de ses sous-traitants éventuels des procédures de passation des marchés publics ultérieures.

Les titulaires demeurent garants de l'observation des clauses sociales et environnementales du marché et responsables de leur application par tout sous-traitant.

#### **Article 108 : Organes chargés du contrôle de l'exécution des marchés**

Sans préjudice des dispositions législatives et réglementaires relatives au contrôle des dépenses applicables aux autorités contractantes, le contrôle de l'exécution des marchés publics est assuré par :

- l'autorité contractante selon les modalités précisées dans les cahiers des clauses administratives générales et particulières ;
- le maître d'œuvre ou le maître d'ouvrage délégué, le cas échéant ;
- tout autre organe administratif compétent prévu par les lois et règlements en vigueur.

#### **Article 109 : Maîtrise d'œuvre ou d'ouvrage délégué**

Les autorités contractantes doivent, lorsque ne sont pas réunies dans leurs services les compétences requises, faire appel à une maîtrise d'œuvre externe ou à une maîtrise d'ouvrage déléguée, conformément aux dispositions réglementaires en vigueur.

### **Section 3 : Garanties exigées des candidats et titulaires de marché**

#### **Article 110 : Garantie de soumission – déclaration de garantie**

Lorsque requise par l'autorité contractante, les candidats sont tenus de fournir une garantie de soumission dont le montant est fixé dans les dossiers d'appel à la concurrence.

Le montant doit être compris entre 1 et 3 % du montant prévisionnel du marché.

La garantie de soumission reste valable pendant vingt-huit (28) jours calendaires à compter de la date d'expiration de la durée de validité des offres, y compris en cas de prorogation de la durée de validité de l'offre.

Les conditions dans lesquelles la garantie de soumission peut être retenue par l'autorité contractante sont fixées par le dossier d'appel à la concurrence.

Les garanties de soumission des candidats non retenus leur sont restituées immédiatement après l'expiration du délai de recours.

Pour l'attributaire du marché, la libération de la garantie de soumission est conditionnée par la constitution d'une garantie de bonne exécution lorsque celle-ci est requise.

La garantie de soumission n'est pas exigée pour les marchés passés suivant les procédures de demande de cotation et de demande de renseignement de prix.

L'obligation de fournir une garantie de soumission ne s'applique pas non plus aux marchés de prestations intellectuelles.

Les candidats sont autorisés à produire, dans le cadre des procédures de demande de cotation et de demande de renseignement de prix une déclaration de garantie d'offre, conformément au modèle prévu dans le dossier d'appel à concurrence par l'Autorité de régulation de la commande publique.

En cas de non-respect par le soumissionnaire de l'une des conditions prévues dans la déclaration de garantie, une suspension du droit de participer aux procédures de passation des marchés publics pour une période de deux (2) ans est prononcée par l'autorité de régulation de la commande publique après saisine de l'autorité contractante sur simple transmission de la lettre constatant la défaillance du soumissionnaire.

La déclaration de garantie reste valable pendant vingt-huit (28) jours calendaires à compter de la date d'expiration de la durée de validité des offres, y compris en cas de prorogation de la durée de validité de l'offre.

#### **Article 111 : Garantie de bonne exécution**

Le titulaire d'un marché public est tenu de fournir une garantie de bonne exécution lorsqu'elle est exigée dans le dossier d'appel à la concurrence compte tenu de la nature, de l'importance et du délai d'exécution du marché. Cette garantie est destinée à assurer la bonne exécution des travaux, fournitures ou services et à couvrir les réserves formulées à la réception des travaux, fournitures ou services.

La garantie de bonne exécution n'est pas exigée pour les marchés passés suivant la procédure de demande de cotation.

Elle n'est pas requise pour les marchés de prestations intellectuelles.

La garantie de bonne exécution est fixée dans le cahier des charges et est proportionnel avec l'objet du marché.

Le montant de la garantie de bonne exécution est de cinq pour cent (5 %) du montant de base du marché augmenté ou diminué, le cas échéant, de ses avenants. En cas d'avenant, la garantie doit être complétée dans les mêmes conditions.

La garantie de bonne exécution doit être constituée dans les vingt (20) jours calendaires qui suivent la date de notification du marché et, en tout cas, avant le premier paiement. En cas d'existence d'une garantie de soumission, elle doit être constituée avant l'expiration de cette dernière.

La garantie de bonne exécution est libérée dans le délai d'un mois suivant l'expiration du délai de garantie ou, si le marché ne comporte pas un tel délai, dans le mois suivant la réception unique des travaux, fournitures ou services.

#### **Article 112 : Garantie de remboursement d'avance de démarrage**

Lorsque le marché prévoit le règlement d'avances, le titulaire est tenu de fournir une garantie de remboursement couvrant la totalité de l'avance sollicitée.

Les conditions de constitution et de libération de cette garantie qui est libérée au fur et à mesure du remboursement des avances sont définies par le cahier des charges.

#### **Article 113 : Retenue de garantie**

Lorsque le marché comporte un délai de garantie, une partie de chaque paiement peut être retenue par l'autorité contractante au titre de la retenue de garantie pour couvrir l'obligation de parfait achèvement des travaux, fournitures ou services.

La part des paiements retenue par l'autorité contractante est de cinq pour cent (5 %) du montant des paiements. Les conditions de sa libération sont définies dans le cahier des charges.

Les conditions de substitution de la retenue de garantie par une garantie financière ainsi que sa mainlevée sont déterminées suivant les prescriptions du cahier des charges.

Le remboursement de la retenue de garantie ou la mainlevée de la garantie financière, le cas échéant intervient dans le mois suivant l'expiration du délai de garantie.

La retenue de garantie n'est pas exigée pour les marchés de prestations intellectuelles.

#### **Article 114 : Prorogation de la garantie**

Sans préjudice de l'application des dispositions législatives ou réglementaires applicables en matière de garantie des travaux, fournitures et prestations de services, les défauts constatés durant la période de garantie ont pour conséquence la prorogation de cette période suivant des modalités définies dans le cahier des charges.

Les malfaçons ou vices cachés constatés pendant la période de garantie entraînent de plein droit une nouvelle période de garantie.

#### **Article 115 : Formes de garanties**

Lorsqu'elle est requise, la garantie financière se présente sous la forme d'une garantie à première demande émise par une banque, une compagnie d'assurance, un organisme de cautionnement, une institution de microfinance ou de méso finance ayant reçu l'agrément du ministre chargé des finances ou un établissement financier agréé.

La garantie financière émise dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public par un établissement financier étranger n'est valable que s'il dispose d'un correspondant local agréé par le ministre chargé des finances.

Toutefois, une contre garantie accordée par une banque locale et approuvée par le ministre de l'économie et des finances peut être acceptée sur décision du ministre chargé des finances.

La procédure concernant l'acceptation de la contre garantie est précisée par arrêté du ministre chargé des finances.

L'autorité contractante peut recourir, dans les dossiers d'appel à la concurrence, à une déclaration de garantie pour les marchés passés par la procédure de demande de renseignement de prix et de demande de cotation.

En tout état de cause, la forme, la nature et les conditions de mainlevée des garanties à première demande ainsi que les modalités de leur restitution sont fixées dans les dossiers d'appel à la concurrence en conformité avec les dispositions de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés en vigueur.

## **Section 4 : Nantissement du marché**

### **Article 116 : Constitution du nantissement**

Les créances nées ou à naître au titre d'un marché de travaux, fournitures ou services peuvent être affectées en nantissement par une convention conclue entre le titulaire du marché et un tiers appelé créancier nanti ou bénéficiaire du nantissement.

En vue du nantissement du marché, l'autorité contractante ou son représentant dûment habilité remet au titulaire du marché, après visa de l'ordonnateur du budget de l'autorité contractante, un exemplaire original du marché, revêtu de la mention « exemplaire unique délivré en vue du nantissement ».

Lorsque le titulaire du marché envisage de sous-traiter une part du marché ayant fait l'objet d'un nantissement, l'agrément des sous-traitants par l'autorité contractante est subordonné à une réduction du nantissement à concurrence de la part que le titulaire se propose de sous-traiter.

Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'autorité contractante peut donner en nantissement, à concurrence du montant des prestations devant lui être réglées directement, tout ou partie de sa créance.

Le nantissement est établi dans les conditions de forme et de fond édictées par les dispositions de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés en vigueur.

### **Article 117 : Effets du nantissement**

Sauf dispositions contraires dans l'acte de nantissement et sous réserve de l'effet des privilèges, 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 nantissement.

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 nantissement ou de leur représentant muni d'un pouvoir régulier.

Les paiements seront 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 remise de l'exemplaire spécial au comptable, ce dernier aura reçu la notification d'autres charges.

Le bénéficiaire d'un nantissement peut, par une convention distincte, subroger le tiers bénéficiaire de créances au titre du marché 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 dans les mêmes conditions que celles fixées pour le nantissement.

Le bénéficiaire de la subrogation encaisse seul le montant de la part de créance qui lui a été affectée en garantie, sauf à rendre compte suivant les règles du mandat à celui qui a consenti la subrogation.

Le titulaire du marché, ainsi que les bénéficiaires des nantissements ou des subrogations prévues aux alinéas précédents du présent article peuvent, au cours de l'exécution du

marché, requérir de l'autorité contractante soit un état sommaire des travaux et fournitures effectués, appuyé d'une évaluation qui n'engage pas l'autorité contractante, soit le décompte des droits constatés au profit de l'entrepreneur ou du fournisseur, ainsi qu'un état des acomptes mis en paiement. Ils peuvent également requérir du comptable un état détaillé des significations reçues par lui en ce qui concerne le marché.

Les bénéficiaires d'un nantissement ou des subrogations ne peuvent exiger d'autres renseignements que ceux prévus ci-dessus, ni intervenir en aucune manière dans l'exécution du marché.

#### **Article 118 : Extinction du nantissement**

La mainlevée des significations du nantissement est donnée par le bénéficiaire au comptable détenteur de l'exemplaire unique délivré en vue du nantissement par lettre recommandée adressée avec accusé de réception ou remise contre récépissé. Elle prend effet à compter du deuxième jour ouvrable suivant la date de réception du pli par le comptable.

### **Section 5 : Durée des marchés publics et prestations en régie**

#### **Article 119 : Durée des marchés publics**

La durée d'un marché public est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. Elle ne peut être en principe supérieure à un an, sauf dans les conditions fixées aux alinéas ci-dessous du présent article et dans le cadre de marché à commande, de clientèle et des accords-cadres, conformément aux dispositions du présent décret.

Les marchés afférents à des programmes d'investissement, d'entretien et de maintenance d'équipements complexes peuvent être contractés pour plusieurs années, à condition que les engagements qui en découlent demeurent respectivement dans les limites des autorisations d'engagement et des crédits de paiement contenus dans les lois de finances ou dans les budgets des autorités contractantes.

Les marchés de gestion et d'entretien par niveau de services qui se fondent sur une obligation de résultat en lieu et place d'une obligation de moyens des marchés classiques, peuvent être contractés pour une durée allant jusqu'à trois (3) ans.

Les marchés relatifs à l'acquisition des manuels scolaires peuvent être conclus pour une durée d'un (1) an, renouvelable chaque année, sur une période qui ne peut excéder cinq (5) ans.

#### **Article 120 : Reconduction des marchés**

Les marchés publics peuvent faire l'objet de reconduction après autorisation de la direction nationale du contrôle de la commande publique pour une durée totale n'excédant pas cinq (5) ans.

Il ne peut être procédé à la reconduction d'un marché que si cette possibilité a été prévue par le dossier d'appel à concurrence et le contrat.

Les contrats d'assurance responsabilité civile, dommage et santé peuvent être reconduits pour une période de cinq (5) ans sauf, décision contraire de l'autorité contractante.

Les contrats d'assurance-vie ne sont assujettis à aucune durée maximale.

### **Article 121 : Cas des prestations en régie**

Lorsqu'un marché comporte des prestations exécutées en régie, celles-ci sont réalisées à la diligence et sous la responsabilité de l'autorité contractante.

Dans ce cas, le cahier des clauses administratives particulières indique la nature, le mode de décompte et la valeur des divers éléments qui concourent à la détermination du prix de règlement.

Le montant des travaux en régie ne peut être supérieur à vingt pour cent (20%) du montant toutes taxes comprises du marché.

Les prestations peuvent également être exécutées en régie en cas de défaillance du titulaire, après avis favorable de la direction nationale du contrôle de de la commande publique.

### **Section 6 : Modifications en cours d'exécution du contrat**

#### **Article 122 : Modifications dans le volume ou le coût des prestations**

Les modifications des conditions initiales du marché, après autorisation de l'organe national du contrôle des marchés publics, font l'objet d'un avenant écrit, signé par les représentants habilités de l'autorité contractante et du titulaire du marché.

Un avenant ne peut avoir pour effet ou pour objet de substituer un autre marché au marché initial, soit en bouleversant l'économie du marché, soit en changeant fondamentalement l'objet. Un avenant ne peut porter que sur les objets suivants :

- la modification de clauses du marché initial qui n'a aucune incidence sur son montant ni sur le volume des travaux, fournitures ou services mais nécessaire à son exécution, y compris les changements qui affectent l'autorité contractante ou la forme ou la structure juridique du titulaire, sans remettre en cause les éléments du choix initial, ni l'économie du marché, ni le titulaire du marché ;
- l'augmentation ou la réduction de la masse des travaux, fournitures ou services excédant les variations minimales prévues par le dossier d'appel à la concurrence ;
- la réalisation de travaux, fournitures ou services non prévus au marché mais nécessaires à l'exécution de son objet, du fait de la survenance de sujétions techniques imprévues ;
- la prolongation ou la réduction du délai d'exécution du marché initial.

Aucun avenant relatif à un marché ne peut être conclu après la réception provisoire des travaux, fournitures ou services qui constituent son objet.

L'augmentation des travaux, fournitures ou services qui résulte d'un ou de plusieurs avenants ne doit en aucun cas dépasser trente pour cent (30%) du montant du marché initial, après application des éventuelles clauses d'actualisation et de révision.

Lorsque les modifications envisagées sont susceptibles d'entraîner le dépassement du seuil fixé au paragraphe précédent du présent article, ou lorsqu'en cas d'avenants successifs, le montant du dernier avenant à conclure porte le total cumulé des avenants, au-delà de trente pour cent (30 %) du montant du marché, il est passé un nouveau marché.

## **Article 123 : Modifications dans les délais contractuels**

En cas de dépassement des délais contractuels fixés par le marché, et sauf cas de force majeure, le titulaire du marché encourt une pénalité égale, par jour calendaire de retard, à un taux fixé dans le cahier des charges conformément aux dispositions de l'article 147 du présent décret.

La remise totale ou partielle des pénalités peut être prononcée par l'autorité contractante après avis favorable de la direction nationale du contrôle de la commande publique. Une copie de la décision de remise des pénalités est transmise à l'autorité de régulation de la commande publique.

## **Section 7 : Résiliation et réception des prestations**

### **Sous-Section 1 : Résiliation et ajournement des marchés - substitution d'entreprise**

#### **Article 124 : Résiliation pour motif d'intérêt général**

L'autorité contractante dispose du droit de résilier unilatéralement le marché public pour un motif d'intérêt général et ce, même en l'absence de clause contractuelle sauf à indemniser le titulaire du préjudice réellement subi. Toute clause contraire est nulle.

Les motifs de résiliation pour intérêt général peuvent être notamment, sans que cette liste ne soit exhaustive, liés à :

- l'abandon d'un projet par l'autorité contractante en raison des difficultés techniques rencontrées en cours d'exécution ;
- le fait, non fautif, que l'autorité contractante ne dispose plus de garanties suffisantes pour remplir ses obligations ;
- la réorganisation d'un service ;
- la résiliation à la suite d'une décision de justice mettant en lumière des irrégularités substantielles ayant affecté la procédure de passation du marché public.

#### **Article 125 : Résiliation à l'initiative de l'autorité contractante**

Tout marché public peut faire l'objet d'une résiliation à l'initiative de l'autorité contractante :

- en cas de manquement grave du titulaire à ses obligations contractuelles, notamment en matière sociale et environnementale ;
- en cas d'un retard d'exécution qui a entraîné l'application de pénalités au-delà d'un seuil fixé par le cahier des charges ;
- lorsque la réalisation du marché est devenue inutile ou inadaptée compte tenu des nécessités du service public ;
- en cas de survenance d'un événement qui affecte la capacité juridique du titulaire du marché dans les conditions fixées par le cahier des charges ;
- en cas de survenance d'un événement qui rend impossible l'exécution du marché ;

- en cas de décès du cocontractant personne physique, si l'autorité contractante n'accepte pas, s'il y a lieu, les offres qui peuvent être faites par les héritiers pour la continuation des marchés en cours ;
- en cas de redressement judiciaire, si l'autorité contractante n'accepte pas, dans l'éventualité où le syndic aurait été autorisé par le tribunal à continuer l'exploitation de l'entreprise, les offres qui peuvent être faites par ledit syndic pour la continuation de l'exécution du marché ;
- en cas de liquidation des biens ou de redressement judiciaire, si le cocontractant n'est pas autorisé à continuer l'exploitation de son entreprise ou à poursuivre l'exécution du marché.

Dans les hypothèses de redressement judiciaire, les mesures conservatoires ou de sécurité dont l'urgence apparaît, en attendant une décision définitive du tribunal compétent, sont prises d'office et mises à la charge du titulaire du marché.

#### **Article 126 : Modalités de résiliation à l'initiative de l'autorité contractante**

La résiliation à l'initiative de l'autorité contractante peut prendre la forme d'une résiliation simple ou d'une résiliation aux frais et risques du titulaire.

Dans l'hypothèse de la résiliation simple, l'autorité contractante supporte les conséquences de la résiliation. Elle passe éventuellement un nouveau marché public, en respectant les dispositions du présent décret. Le titulaire est dégagé de ses obligations contractuelles et ne peut percevoir aucune indemnisation.

Dans l'hypothèse de la résiliation aux frais et risques, le titulaire défaillant supporte le surcoût engendré par la passation d'un marché de substitution pour achever les prestations faisant l'objet du marché public.

#### **Article 127 : Procédure de résiliation à l'initiative de l'autorité contractante**

Sauf stipulation contraire, l'autorité contractante ne peut prononcer la résiliation pour manquement du titulaire à ses obligations qu'après mise en demeure préalable restée sans effet et qu'après réalisation d'un état ou inventaire contradictoire du niveau d'exécution du marché.

Cette mise en demeure est notifiée au titulaire par tout moyen permettant de donner date certaine à sa réception soit par remise en mains propres, soit par lettre recommandée avec accusé de réception ou par voie électronique avec accusée de réception. Il doit comporter les mentions suivantes :

- les motifs de la mise en demeure ;
- l'indication d'un délai raisonnable, permettant au titulaire de remédier à la situation ;
- la sanction encourue en cas de manquement avéré, à savoir la résiliation du marché public, en précisant si elle est simple ou aux frais et risques.

S'il n'est pas donné suite à la mise en demeure, l'autorité contractante peut résilier unilatéralement le marché public. Cette décision est motivée et mentionne expressément le type de résiliation conformément à ce qui avait été annoncé dans la mise en demeure ainsi que sa date d'effet.

La décision de résiliation est accompagnée d'un décompte de liquidation, qui récapitule les débits et crédits du titulaire du marché public après inventaire contradictoire des prestations réalisées. Ce décompte financier ne peut être totalement établi au moment de la décision de résiliation prononcée aux frais et risques. Dans cette hypothèse, le règlement financier du marché public initial ne peut être fait qu'après exécution complète du marché public de substitution.

La décision de résiliation est signée par l'autorité qui a compétence pour passer et signer les marchés publics à la date à laquelle la résiliation a lieu. Elle est ensuite notifiée au titulaire, par tout moyen permettant de donner date certaine à sa réception ainsi qu'à la direction nationale du contrôle de la commande publique et à l'autorité de régulation de la commande publique.

### **Article 128 : Résiliation à l'initiative du titulaire**

Un marché public peut faire l'objet d'une résiliation à la demande du titulaire :

- en cas de faute grave de l'autorité contractante rendant l'exécution du marché impossible ;
- en cas de défaut de paiement, à la suite d'une mise en demeure restée sans effet pendant trente (30) jours calendaires ;
- lorsque l'autorité contractante prescrit l'ajournement pour plus de trois (3) mois, soit avant, soit après un commencement d'exécution. Il en est de même en cas d'ajournements successifs dont la durée globale dépasse trois (3) mois, même dans les cas où l'exécution du marché a été reprise entre temps. Lorsque l'autorité contractante prescrit l'ajournement du marché pour moins de trois (3) mois, le titulaire n'a pas droit à la résiliation mais seulement à une indemnité en cas de préjudice ;
- en cas de survenance d'un événement qui rend impossible l'exécution du marché.

En tout état de cause, le titulaire qui se prévaut de l'une ou l'autre des conditions de résiliation ci-dessus doit respecter la procédure prescrite par l'article 127 du présent décret.

### **Article 129 : Résiliation de commun accord**

Un marché public peut faire l'objet d'une résiliation à la suite d'un accord entre parties contractantes. Cet accord précise les modalités de gestion des effets liés à cette résiliation.

### **Article 130 : Ajournement**

L'autorité contractante peut ordonner l'ajournement des travaux, fournitures ou services, objet du marché, avant leur achèvement, notamment en cas de retard dans l'exécution d'un ouvrage ou d'un service dont la livraison d'une fourniture qui lui incombe est nécessaire à l'exécution du marché, ou pour toute autre raison qui lui est propre.

Lorsque l'autorité contractante ordonne l'ajournement de l'exécution du marché pour une durée de plus de trois (3) mois, le titulaire a droit à la résiliation de son marché. Il en est de même en cas d'ajournements successifs dont la durée cumulée dépasse trois (3) mois. Casserole

### **Article 131 : Conséquences de la résiliation et de l'ajournement**

La résiliation met fin aux obligations et aux responsabilités contractuelles, sous réserve de certaines obligations contractées qui ne peuvent être exécutées qu'après la fin du marché.

En cas de résiliation du marché imputable à l'autorité contractante, le titulaire peut, en complément du remboursement des dépenses occasionnées par un éventuel ajournement préalable, comme indiqué au présent article, demander le versement d'une indemnité correspondant au préjudice subi dûment constaté qui ne peut, en aucun cas, être supérieure à la perte des bénéfices du titulaire dont le marché est résilié, telle que cette perte résulte des pièces justificatives.

La résiliation du marché ouvre droit, au profit du titulaire, au paiement des travaux, fournitures, services réalisés et non encore réglés. Si le marché a reçu un commencement d'exécution, le cocontractant peut requérir qu'il soit procédé immédiatement à la réception provisoire des ouvrages exécutés ou livrés, puis à leur réception définitive après l'expiration de la période de la garantie.

La demande du titulaire n'est recevable que si elle est présentée dans le délai de deux (2) mois à compter de la date de notification de l'ordre de service qui prescrit l'ajournement de l'exécution du marché ou la date de la résiliation.

L'ajournement ouvre droit au titulaire du marché à la réception des prestations déjà effectuées, ainsi qu'au paiement d'une indemnité qui couvrent les frais et le préjudice résultant de l'ajournement, dans les limites définies par le cahier des charges.

L'indemnité pour préjudice subi à laquelle a droit le titulaire du marché en cas d'ajournement inférieur à trois (3) mois ne peut excéder le montant des dépenses occasionnées par cet ajournement, telles qu'elles résultent des justificatifs produits par le titulaire.

### **Article 132 : Indemnité en cas de résiliation**

En cas de résiliation, sauf lorsque la décision de l'autorité contractante a pour cause une faute ou un manquement du titulaire à ses obligations, ce dernier a droit à une indemnité en réparation du préjudice réellement subi.

En cas de résiliation du marché sans manquement ni faute du titulaire, ce dernier peut, en complément du remboursement sur justificatifs des dépenses occasionnées par les ajournements ayant éventuellement précédé la résiliation, demander le versement d'une indemnité en réparation du préjudice réellement subi.

Cette indemnité est strictement liée à la perte de bénéfice escompté, sur la période considérée à la date de la résiliation, telle que cette perte résulte des pièces justificatives, sauf fixation de leur mode de calcul par le marché.

Cette indemnité, dont le montant est fixé contradictoirement, donne lieu à un accord écrit conclu avec l'autorité contractante et approuvé par le ministre chargé des finances. En cas de désaccord entre les parties quant à la détermination de cette indemnité, il en est référé à la juridiction compétente.

La résiliation des accords-cadres à bons de commande et des accords-cadres passés sans minimum, ne donne pas droit à indemnisation, dans la mesure où l'administration ne s'est engagée sur aucun montant de commande.

### **Article 133 : Substitution d'entreprise**

En cas de faute grave de nature à compromettre l'exécution normale du marché commise par le titulaire, l'autorité contractante qui décide de recourir à une procédure autre que l'appel d'offres ouvert pour l'achèvement des prestations, requiert l'avis de la direction nationale du contrôle de commande publique sur la procédure à engager.

Lorsqu'il résulte du nouveau marché, passé aux frais et risques du titulaire défaillant, des excédents de dépense, ceux-ci sont prélevés sur les sommes dues au cocontractant ou, à défaut, sur la garantie de bonne exécution ou sur la retenue de garantie, sans préjudice des voies de droit à exercer sur lui en cas d'insuffisance.

Si le nouveau marché ou la régie entraîne au contraire une diminution dans les dépenses, le cocontractant ne peut réclamer aucune part du bénéfice.

### **Article 134 : Mise en régie du marché**

La mise en régie est le moyen par lequel l'autorité contractante décide de poursuivre l'exécution d'office du marché avec les moyens installés sur le site par le titulaire.

Lorsqu'un marché comporte des prestations en régie, celles-ci sont réalisées à la diligence et sous la responsabilité de l'autorité contractante. Dans ce cas, le cahier des clauses administratives particulières doit indiquer la nature, le mode de décompte et la valeur des divers éléments qui concourent à la détermination du prix de règlement.

Les prestations peuvent également être exécutées en régie en cas de défaillance du titulaire. Dans cette hypothèse, le montant des travaux en régie ne peut être supérieur à vingt pour cent (20%) du montant toutes taxes comprises du marché.

Le recours à la mise en régie doit être autorisé par la direction nationale du contrôle de la commande publique.

En cas de mise en régie, le titulaire est dessaisi de ses prérogatives de chef d'entreprise. La direction des travaux appartient à l'autorité contractante qui dispose du matériel et des approvisionnements de ce dernier.

Il est procédé, le titulaire du marché étant présent ou ayant été dûment convoqué, à la constatation des travaux exécutés et des approvisionnements existants, ainsi qu'à l'inventaire descriptif et quantitatif du matériel et à la remise au titulaire de la partie du matériel qui n'est pas utile à la poursuite des travaux poursuivis en régie.

Le titulaire étant temporairement dessaisi de l'exécution du marché, l'autorité contractante organise la régie en choisissant un régisseur pour diriger le personnel de l'entreprise mise en régie. Le régisseur peut être un des agents de l'autorité contractante ou une personne physique ayant des qualifications avérées dans le domaine.

L'autorité contractante ne peut choisir aucune autre entreprise pour intervenir sur les travaux mis en régie.

La mise en régie ne met pas fin au marché. L'entreprise demeure titulaire du marché et elle est autorisée à en suivre l'exécution sans pouvoir entraver les ordres du maître d'œuvre ou de ses représentants.

Il peut être mis fin à la régie si le titulaire du marché justifie des moyens nécessaires pour reprendre les travaux et les mener à bonne fin.

Le régisseur est responsable de la bonne gestion des moyens du titulaire mis à sa disposition. Dans ce cadre, il est tenu de veiller en bon père de famille sur lesdits moyens.

## **Sous-Section 2 : Réception des prestations**

### **Article 135 : Réception partielle des prestations**

L'autorité contractante peut utiliser des parties d'ouvrages ou fournitures faisant partie du marché au fur et à mesure de leur achèvement ou de leur livraison.

Toute prise de possession de parties d'ouvrages ou fournitures par les services bénéficiaires de l'autorité contractante ou le maître d'œuvre s'il existe, doit être précédée d'une réception provisoire partielle.

Toutefois, s'il y a urgence, la prise de possession peut intervenir antérieurement à la réception, sous réserve de l'établissement par les services bénéficiaires de l'autorité contractante ou le maître d'œuvre s'il existe, d'un inventaire des travaux ou fournitures en suspens, préalablement approuvé par les parties au contrat.

Dès que les services bénéficiaires de l'autorité contractante ou le maître d'œuvre s'il existe, ont pris possession d'une partie d'ouvrage ou de fournitures, le titulaire n'est plus tenu de réparer les dommages autres que ceux résultant de vices de construction ou de malfaçons.

A la demande du titulaire, et si la nature des travaux ou des fournitures le permet, les services bénéficiaires de l'autorité contractante ou le maître d'œuvre s'il existe, peuvent effectuer une réception provisoire partielle pour autant que les parties d'ouvrages terminés ou fournitures livrées se prêtent à l'usage spécifié dans le marché.

### **Article 136 : Réception provisoire des prestations**

La réception provisoire a pour but le contrôle et la conformité des prestations avec l'ensemble des obligations du marché et, en particulier, avec les cahiers des clauses techniques. Si le cahier des clauses administratives particulières le prévoit, la réception peut être prononcée par tranche de prestations étant précisé que, dans ce cas, c'est la réception de la dernière tranche qui tient lieu de réception provisoire de prestations.

Le prestataire avise à la fois les services bénéficiaires de l'autorité contractante ou le maître d'œuvre, par écrit, de la date à laquelle il estime que les prestations ont été achevées.

La réception provisoire entraîne le transfert de la propriété et des risques au profit du maître d'ouvrage et constitue le point de départ de l'obligation de garantie contractuelle selon les dispositions du cahier des clauses administratives générales.

La réception provisoire est sanctionnée par un procès-verbal signé du titulaire du marché et de tous les membres présents de la commission de réception.

### **Article 137 : Réception définitive des prestations**

La réception définitive des travaux, fournitures et services est prononcée au terme du délai de garantie, si ce délai est prévu au marché. Pendant cette période, le titulaire est tenu à l'obligation de garantie contractuelle.

La livraison des travaux, des fournitures et des services sont effectuées conformément au calendrier de livraison et d'achèvement figurant dans le bordereau des quantités et les calendriers de livraison. Le cahier des clauses administratives particulières fixe les détails relatifs aux essais, inspections préalables et indique les autres pièces et documents à fournir par le titulaire.

La commission de réception des prestations comprend, outre le titulaire du marché, la personne responsable des marchés publics ou son représentant et les services techniques ou bénéficiaires de l'autorité contractante, les services financiers chargés de l'engagement, de la liquidation, de l'ordonnancement et du paiement de la dépense. L'autorité contractante peut également s'adjoindre les compétences d'un organisme de qualité pour la vérification indépendante de la conformité des prestations.

La composition de cette commission est définie, suivant la nature des prestations, par un acte de l'autorité contractante.

La réception définitive est sanctionnée par un procès-verbal signé du titulaire du marché et de tous les membres présents de la commission de réception.

## **CHAPITRE 2 : REGLEMENT DES MARCHES PUBLICS**

### **Section 1<sup>ère</sup> : Nature des règlements**

#### **Article 138 : Modes de règlement des marchés**

Sous réserve des dispositions qui découlent des accords ou conventions de financement ou des conventions internationales, tout règlement relatif à un marché public intervient par transfert bancaire sur une institution bancaire ou un établissement financier agréé de premier rang conformément aux textes en vigueur ou par crédit documentaire.

Tout tirage sur crédit de financement extérieur est soumis au visa préalable de l'organisme habilité à gérer ce financement.

Toute modification de domiciliation bancaire ne peut être réalisée que par voie d'avenant. Les opérations effectuées par le titulaire du marché et susceptibles de donner lieu à versement soit à titre d'avances ou d'acomptes soit à titre de règlement partiel définitif ou de solde, sont constatées par tout moyen laissant trace écrite par la personne responsable des marchés publics ou son mandataire suivant les modalités prévues par le cahier des charges.

### **Article 139 : Avance de démarrage**

Une avance de démarrage peut être accordée au titulaire d'un marché en raison des opérations préparatoires à l'exécution des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché. Cette avance de démarrage est versée dans les délais de paiement requis après réception de la demande de paiement accompagnée de la garantie correspondante.

Le montant de l'avance de démarrage accordée au titre d'un marché déterminé ne peut excéder :

- vingt pour cent (20 %) du montant du marché pour les travaux et prestations intellectuelles ;
- trente pour cent (30 %) du montant du marché pour les fournitures et autres services.

Le montant et les modalités de versement des avances visées à l'alinéa précédent doivent être prévus dans le dossier d'appel à la concurrence.

Dans le cas des marchés à commande ou de clientèle, le montant de l'avance est calculé sur la base du montant maximum ou du montant estimé pour les douze (12) premiers mois d'exécution.

Dans le cas des marchés à tranches, l'avance de démarrage est calculée sur la tranche affermée par l'autorité contractante.

Le remboursement de l'avance s'effectue sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités fixés par le marché par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes ou de règlement partiel, définitif ou de solde.

Le remboursement de l'avance de démarrage doit, en tout état de cause, être terminé lorsque le montant des paiements perçus par le titulaire atteint quatre-vingt pour cent (80 %) du montant toutes taxes comprises des prestations qui lui sont confiées au titre du marché ou de la tranche affermée, du montant maximum dans le cas des marchés à commande.

### **Article 140 : Avances à la commande ou pour approvisionnement**

Des avances peuvent être accordées en raison des dépenses engagées en vue de l'exécution des travaux, fournitures ou services qui font l'objet d'un marché. Chaque marché détermine les conditions administratives ou techniques particulières auxquelles sont subordonnés les versements d'avance, conformément aux règles prévues par le présent décret.

Les avances sont versées sur production des justifications des débours contrôlées par l'autorité contractante et contre remise d'une garantie de restitution d'égal montant.

Le montant total des avances accordées au titre d'un marché déterminé en contrepartie des dépenses engagées ne peut, en aucun cas, excéder soixante pour cent (60 %) du marché.

Les avances consenties au titre des dépenses préalables doivent être suivies dans la comptabilité de l'autorité contractante jusqu'à apurement. Elles sont remboursées, à un rythme fixé par le marché, par compensation effectuée sur les sommes dues

ultérieurement au titulaire à titre d'acompte ou de solde. Le rythme de remboursement tient compte de la proportion des éléments qui ont donné lieu à avances dans la partie du marché déjà exécutée.

#### **Article 141 : Acomptes périodiques**

Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit au versement d'acomptes.

Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte. Il y a lieu, le cas échéant, d'en déduire la part des avances fixées par le contrat. Dans le cas d'acomptes versés en fonction des phases d'exécution, le marché peut fixer, sous réserve du régime des déductions des avances, le montant de chaque acompte, forfaitairement sous forme de pourcentage du montant initial du marché.

#### **Article 142 : Règlement pour solde**

Le règlement pour solde a pour objet le versement au titulaire des sommes dues au titre de l'exécution normale des prestations, objet du marché, déduction faite des acomptes et avances de toute nature non encore récupérés par l'autorité contractante ainsi que des pénalités de retard d'exécution ou autres manquements du titulaire pour inobservation des clauses techniques du marché.

Lorsqu'une retenue de garantie est opérée, le règlement définitif du marché donne lieu tout d'abord à un règlement pour solde provisoire comprenant les sommes dues au titre de l'exécution normale du marché, déduction faite des avances et acomptes versés, puis à un règlement pour solde définitif pour lequel il est donné mainlevée de la retenue de garantie.

### **Section 2 : Régime des paiements, Intérêts moratoires, pénalités et paiement direct du sous-traitant**

#### **Sous- section 1 : Régime des paiements**

#### **Article 143 : Principe**

Les règlements d'avances ou d'acomptes n'ont pas le caractère de paiement définitif. Leur bénéficiaire en est comptable jusqu'au règlement final du marché ou, lorsque le marché le prévoit, jusqu'au règlement partiel définitif.

Sauf accord de l'autorité contractante constaté par avenant, le titulaire d'un marché et les sous-traitants bénéficiaires des dispositions de l'article 150 du présent décret ne peuvent disposer des approvisionnements ayant fait l'objet d'avances ou d'acomptes pour des travaux, fournitures ou services autres que ceux prévus au contrat.

Lorsque le titulaire du marché ou les sous-traitants sont autorisés 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 sur les versements à venir.

#### **Article 144 : Paiements après résiliation**

En cas de résiliation du marché, l'autorité contractante peut, sans attendre la liquidation définitive et si la demande lui en est faite, mandater au profit du titulaire quatre-vingt pour cent (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'autorité contractante, celle-ci peut exiger du titulaire du marché le reversement immédiat des quatre-vingt pour cent (80 %) du montant de ce solde. Toutefois, un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette ; dans cette hypothèse, le titulaire doit fournir la garantie solidaire de remboursement de la totalité du solde.

Le présent article est applicable aux sous-traitants bénéficiaires des dispositions de l'article 150 du présent décret, sous réserve, en cas de solde créditeur à leur profit, que le décompte de liquidation provisoire des travaux, fournitures ou services soit revêtu de l'acceptation du titulaire.

#### **Article 145 : Délai de paiement**

Le représentant de l'autorité contractante est tenu de procéder au paiement des acomptes et du solde dans un délai qui ne peut dépasser quarante-cinq (45) jours calendaires à compter de la date du dépôt de la facture conforme aux prescriptions réglementaires par le titulaire du marché auprès de l'autorité contractante.

Des délais de paiement plus courts peuvent être accordés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics, au bénéfice des très petites, petites et moyennes entreprises régulièrement installées sur leur ressort territorial.

### **Sous- section 2 : Intérêts moratoires, pénalités et primes**

#### **Article 146 : Droit aux intérêts moratoires**

Le défaut de règlement dans le délai prescrit à l'article 145 ci-dessus fait courir de plein droit et sans autres formalités des intérêts moratoires calculés depuis le jour qui suit l'expiration dudit délai jusqu'au jour du règlement effectif.

Il en est de même pour le retard constaté dans la mainlevée des garanties fournies par les soumissionnaires et titulaires de marchés publics.

Le taux de l'intérêt moratoire correspond au taux d'intérêt légal en vigueur.

#### **Article 147 : Pénalités de retard**

Pour assurer le respect des délais contractuels, les marchés prévoient une clause de pénalités pour retard dont le montant est fixé, pour chaque catégorie de marché, dans le cahier des charges.

A moins que le marché en dispose autrement, les pénalités pour retard sont appliquées sans mise en demeure préalable, sur simple confrontation de la date d'expiration des délais contractuels d'exécution et de la date de réception des prestations.

Le montant des pénalités infligées au titulaire d'un marché vient en diminution du montant des factures ou décomptes introduits.

Dans le cas où le montant des pénalités ne peut être retenu sur les sommes dues, les pénalités sont versées en recette au budget qui a supporté la charge du marché.

Le taux des pénalités de retard est compris dans la fourchette de 1/2000<sup>ème</sup> et 1/5000<sup>ème</sup> du montant toutes taxes comprises du marché y compris ses avenants par jour calendaire de retard. Ce taux est fixé dans le cahier des charges.

### **Article 148 : Pénalités particulières**

Indépendamment des pénalités pour dépassement du délai contractuel, le marché peut prévoir des pénalités particulières pour inobservation des dispositions techniques.

En tout état de cause, le montant cumulé des pénalités de retard et des pénalités particulières ne saurait excéder dix pour cent (10 %) du montant du marché de base avec ses avenants, sous peine de résiliation.

### **Article 149 : Primes pour réduction de délai contractuel**

Chaque fois que cela apparaît nécessaire à l'autorité contractante, des primes pour réduction des délais contractuels réalisée à la demande de l'autorité contractante peuvent être prévues dans les marchés.

Le taux journalier de ces primes ne peut en aucun cas dépasser celui des pénalités de retard.

De plus, la réduction des délais contractuels, au titre de laquelle peuvent être attribuées de telles primes, ne peut excéder le 1/10<sup>ème</sup> du délai contractuel.

## **Sous- section 3 : Paiements directs aux sous-traitants**

### **Article 150 : Principe**

Un sous-traitant peut obtenir directement de l'autorité contractante, avec l'accord du titulaire du marché, le règlement des travaux, fournitures ou services dont il a assuré l'exécution et qui n'ont pas déjà donné lieu à un paiement au profit du titulaire. Ce règlement est subordonné à la réalisation des conditions suivantes :

- le sous-traitant est agréé par l'autorité contractante par une disposition expresse insérée, soit dans le marché, soit dans un acte ultérieur ; il est tenu de souscrire une assurance garantissant sa responsabilité professionnelle ;
- le marché ou l'avenant indique d'une manière précise, la nature et la valeur des travaux, des fournitures ou services à exécuter par le titulaire et par chacun des sous-traitants nommément désignés ;
- le titulaire du marché revêt son acceptation les attachements ou procès-verbaux administratifs produits en sus des titres de paiement émis en règlement des travaux, fournitures ou services exécutés par le sous-traitant comme s'ils l'étaient par lui-même.

Les dispositions du présent article ne peuvent recevoir application en cours d'exécution du contrat lorsque le marché a déjà été remis en nantissement par le titulaire.

Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder ou nantir, à concurrence du montant des prestations qui doivent lui être réglées directement, tout ou partie de sa créance.

A cet effet, après accord écrit du titulaire du marché, l'exemplaire unique délivré en vue du nantissement du marché et, le cas échéant, de l'avenant prévoyant le bénéfice de l'alinéa précédent doit être remis au titulaire du marché et à chaque sous-traitant bénéficiaire des dispositions du présent article.

Sauf dispositions contraires, pour les marchés uniques réalisés conjointement par plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, les règlements sont effectués auprès de la personne désignée comme mandataire pour représenter le cotraitant vis-à-vis de l'autorité contractante.

Cependant, lorsque le marché le prévoit expressément, le règlement des fournitures livrées ou des travaux ou services exécutés peut être effectué pour le compte du cotraitant désigné par le contrat.

Le marché ou l'avenant indique d'une manière précise les modalités pratiques de versement des sommes dues et les personnes destinataires.

Chaque sous-traitant peut donner en nantissement tout ou partie de sa créance sur l'autorité contractante à concurrence des sommes qui lui reviennent au titre de l'exécution du marché des travaux, fournitures ou services et tel qu'il est stipulé dans les documents contractuels.

#### **Article 151 : Justifications comptables**

Les paiements aux sous-traitants sont effectués sur la base des pièces justificatives revêtues de l'acceptation du titulaire du marché. Dès réception de ces pièces, l'autorité contractante avise le sous-traitant et lui indique les sommes dont le paiement à son profit a été accepté par le titulaire du marché.

Dans le cas où le titulaire d'un marché n'a pas donné suite à la demande de paiement du sous-traitant, ce dernier saisit la personne responsable des marchés publics qui met aussitôt en demeure le titulaire d'apporter la preuve qu'il a opposé un refus motivé à son sous-traitant, faute de quoi, la personne responsable des marchés publics mandate les sommes restant dues au sous-traitant.

## **TITRE V : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES**

#### **Article 152 : Dispositions transitoires**

Les marchés publics notifiés ou pour lesquels une procédure a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence publié ou les offres des soumissionnaires ont été reçues par l'autorité contractante antérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret demeurent régis, pour leur passation et exécution, par les dispositions du décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public.

#### **Article 153 : Abrogation**

Le présent décret abroge toutes les dispositions antérieures contraires, notamment celles du décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public, le décret n° 2018-28/PR du 1<sup>er</sup> février 2018 portant attribution d'une part des marchés aux jeunes et femmes entrepreneurs et du décret n° 2009- 297/ PR du 30 décembre 2009 portant attributions, organisation et fonctionnement des organes de passation et de contrôle des marchés publics.

**Article 154 : Exécution**

Le ministre de l'économie et des finances est chargé de l'exécution du présent décret qui sera publié au Journal officiel de la République togolaise.

Fait à Lomé, le **06 JUL 2022**



Le Président de la République

**SIGNE**

**Faure Essozimna GNASSINGBE**

Le Premier ministre

**SIGNE**

**Victoire S. TOMEGA-H-DOGBE**

Le ministre de l'économie  
et des finances

**SIGNE**

**Sani YAYA**

Pour ampliation,  
Le Secrétaire Général  
de la Présidence de la République



**Ablamba Ahoéfavi JOHNSON**