

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	i
SOMMAIRE	ii
LISTE DES TABLEAUX.....	iii
LISTE DES FIGURES	iv
LISTE DES ABREVIATIONS ; SIGLES ET ACRONYMES	v
Introduction.....	1

SOUBASSEMENT THEORIQUE SUR LE MARCHÉ PUBLIC

<i>Chapitre 1: Définitions et concepts liés aux marchés publics</i>	4
Section 1 : Généralité sur le marché public	4
Section2 : principes généraux et organisation des marchés publics	7
<i>Chapitre 2 : Revue de la littérature</i>	15
<i>Chapitre 3 : les théories autour du marché publics</i>	20
Section 1 : la théorie du marché.....	20
Section 2 : La théorie des contrats	22
Section 3 : la théorie des enchères et la théorie des enchères inversées	27
Section 4 : Théorie de l'économie de la dépense publique sous l'optique macroéconomique	29

ANALYSE EMPIRIQUE..... 34

<i>Chapitre 1 : vérification de l'applicabilité des théories sur le marché public</i>	35
Section 1 la théorie des marchés dans le cadre des marchés publics	35
Section 2 : la théorie du contrat dans le cadre du marché public.....	39
Section 3 : La théorie des enchères dans le marché public.....	42
<i>Chapitre 2 : les mesures prises par la commission nationale des marchés</i>	43
Section 1 : Du Commission Centrale des Marché à la Commission Nationale des Marchés.....	43
Section 2 : Les actions de la Commission Nationale des Marchés en matière de contrôle a posteriori	46
Section 3 : les effets de l'action de l'organe de contrôle	48
<i>Chapitre 3 : limites et recommandation par rapport à la réalisation de l'étude</i>	50
Section 1 : Limites dans la réalisation du travail	50
Section : 2 LE Recommandations quant à la limite de l'étude	50

LISTE DES TABLEAUX

Tableau n°01 : Résumé des cocontractants de l'administration selon le type de marché	10
Tableau n° 02 : Procédure de passation et forme écrite d'engagement.....	14
Tableau n°03: typologie du marché selon Steckelberg	21
Tableau n°04 : Cadre de mise en concurrence en marché public.....	36
Tableau n°05 : tableau récapitulatif montrant l'applicabilité de la théorie des marchés sur le marché public	39
Tableau n°06 : tableau récapitulatif des formes de contrat par rapport à la procédure de passation	41
Tableau n°07 Récapitulatif des résultats du contrôle au niveau national	49

LISTE DES FIGURES

Figure n°01 : les différentes étapes dans la réalisation de la commande publique	12
Figure n°02 : Modélisation de la chaîne de la dépense publique.....	32



LISTE DES ABREVIATIONS ; SIGLES ET ACRONYMES

ARMP: Autorité de Régulation des Marchés Publics

BIANCO : Bureau Indépendant Anti-Corruption

CAO: Commission d'Appel d'Offre

CCM : Commission Centrale des Marchés

CMP: Code des Marchés Publics

CPAC : Chaîne Pénale Anti-Corruption

CRR: Comité de la régulation des Recours

DAO : Dossier d'Appel d'Offre

DESS: Diplôme d'Etudes Supérieures Spécialisées

DG: Direction Générale

GAC: Gestionnaire d'activités

MFB: Ministère des Finances et du Budget

PRMP: Personne Responsable des Marchés Publics

SAMIFIN: Sampandraharaha Malagasy Iadiana amin'ny Famotsiam-Bola

SIGMP : système Intégré de Gestion des Marchés Publics

SOA: Service Opérationnel d'Activités

UGPM: Unité de Gestion de Passation des Marchés

INTRODUCTION

La finance publique, l'un des instruments clés pour atteindre les objectifs principaux de développement, étant une des parties essentielle de cette dernière, la dépense publique est l'un des moyen permettant d'étudier un pays du point de vue de la croissance, elle est en outre un outil de détermination du niveau économique d'un pays. Une des parts les plus importantes dans les dépenses publiques étant le marché public, qui est un moyen nécessaire pour pouvoir gérer et contrôler la dépense publique de l'Etat. Ce dernier peut participer activement au développement économique d'un pays. Plus le pays est développé, plus le marché public détient une place importante. Ce système contribue à la gestion financière saine et des ressources disponibles du pays.

Ce n'est pas le cas pour les pays en développement qui trouvent des difficultés dans l'amélioration des allocations des ressources et une bonne gestion des dépenses publiques. Le problème dans le système se trouve dans les différents processus engagés pour la commande publique notamment, lors de la passation des marchés publics et les différents contrôles réalisés. Ces processus ont été instauré dans le but de respecter et de promouvoir les différents principes du marchés publics qui se résume à la transparence de chaque procédure y afférentes.

Etant un des moyens qui contribuant à l'atteinte de l'objectif; le développement, nombreux sont les pays à vouloir instaurer un système performant en matière de marchés publics. Pour cela, mise en place des lois, des codes, et des organes compétents dans les suivis de la régularité des procédures dans chaque processus de réalisation de la commande publique. L'objectif de la mise en place de ces organes étant l'amélioration du système pour une meilleure transparence, c'est ce qui nous a conduit à notre thème : "**Etude sur le contrôle des Marchés Publics à Madagascar depuis l'instauration de l'Organe de Contrôle**".

Madagascar comme nombreux pays donne une place importante aux marchés publics, ce qui lui a poussé à établir un organe de contrôle spécial ayant pour principal rôle de contrôler a priori et a posteriori les procédures de la commande publique. Selon la loi N°2016-055 du 26 Janvier 2017 Portant Code des Marchés Publics qui diffère de la précédente (la loi n°2004-009 du Juillet 2004) dans quelques points, notamment et principalement la séparation de la fonction "contrôle" et celle de "régulation". Le premier a été institué par le code à procéder à l'examen a priori et a posteriori, suivant les seuils de contrôle fixés par voie réglementaire. Cette séparation a pour objectif de permettre à l'organe en question de se focaliser entièrement sur une seule principale tâche, le contrôle de la conformité des procédures. Dans les procédures de commandes publiques, les procédures de contrôle a posteriori sont

fréquemment utilisées alors que dans la plupart des cas des problèmes subsistent. C'est ce qui nous amène à poser la problématique suivant : "**Le contrôle a posteriori réalisé par l'organe compétent CNM permet-il effectivement l'amélioration de l'efficacité de la commande publique ?**"

Dans le souci d'apporter une réponse à notre problématique, nous allons considérer l'état du système de marchés publics avant l'instauration de la Commission Nationale des Marchés(CNM) et l'évolution de ce système après la mise en place de cette Commission. On propose ainsi les hypothèses suivantes :

H1: Les suivis réalisés par l'organe de contrôle permettent une amélioration des procédures ;

H2: Les limites de l'intervention de la CNM ne permettent pas un élargissement de l'intervention de l'organe compétent ;

H3: Propositions de nouvelles stratégies et méthodologies pour plus de performance dans la gestion et contrôle du système de marchés publics

Dans l'approfondissement de notre sujet, nous allons voir dans la première partie le soubassement théorique des marchés publics et dans la deuxième partie l'analyse empirique du sujet.

PARTIE I :

**SOUBASSEMENT
THEORIQUE SUR LE
MARCHE PUBLIC**

Le marché public revêt plusieurs notions pour lesquelles il est impératif de connaître pour y comprendre les rouages. Ces différentes notions vont faire l'objet de la première partie.

Chapitre 1: Définitions et concepts liés aux marchés publics

Ce chapitre contiendra toutes les notions auxquelles reposent le marché public, en allant de sa plus simple définition aux différentes théories pouvant être liées de près ou de loin au concept de marché public.

Section 1 : Généralité sur le marché public

Cette section mettra en exergue les différents cadres juridiques statuant le marché public, l'évolution des cadres de gouvernance du marché public à Madagascar, et la définition du marché public.

1.1 Evolution des cadres juridiques portant sur le marché public

Pour garantir la bonne utilisation, une meilleure gestion des fonds publics, l'autorité publique a instauré des règles et des lois portant sur le service des marchés publics. Le premier Code des marchés publics a été promulgué en 2004. "Le Code des Marchés Publics de la loi n°2004-009 DU 26 JUILLET 2004" inscrivant les normes et procédures devant être appliquées sur le système, mais aussi les rôles et comportements destinés à chaque acteur de la commande publique ainsi que l'autorité de régulation.

Ce code a ensuite été actualisé en 2016 dans la Loi n°2016-055 DU 25 JANVIER 2016, qui diffère de quelques points de l'ancien Code, mais ce qui nous intéresse le plus dans ce nouveau code est la désignation d'un nouvel organe de contrôle distincte de l'organe de régulation. Alors que dans l'ancien Code, toutes actions de contrôle et de régulation entraient dans les compétences de l'autorité de régulation : Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP).

Étant une part importante dans les dépenses publiques, chaque année la Loi Organique sur la Loi de finance réserve une rubrique destinée aux marchés publics montrant ainsi un caractère juridique et normatif du système.

L'instruction N°001-MFB/ARMP/DG/CRR/08 du Ministère des Finances et du Budget en collaboration avec l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ayant pour objet de préciser certains points concernant les modèles types de Convention (arrêté n°8021 du 07 Avril 2008)

En 2005 il y a eu le décret n°2005-215 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP dans son titre premier portant dispositions générales décrivant en son chapitre I le statuts et

siège de l'ARMP. En son chapitre II le décret évoque les missions et les attributions de l'organe de contrôle. Son titre II porte l'organisation et le fonctionnement, et son titre III les dispositions budgétaires-comptables et financières.

En 2006 sept décret ont été promulgué : le décret n°2006-343 relatif au Code d'éthique des Marchés Publics , le décret n°2006-344 relatif à la Commission d'Appel d'Offres , le décret n°2006-345 relatif aux Comités de Règlementation Amiable des Litiges , le décret n° 2006-346 relatif aux documents et renseignements à fournir par les candidats , le décret n° 2006-347 relatif aux conditions de rejets et offres anormales , le décret n°2006-348 relatif au délai global de paiement des marchés publics et intérêts moratoires le décret n°2006-349 relatif aux Groupement et Cellules d'achat public .

Étant un système important de la vie publique, notamment dans la gestion des ressources publiques. Les autorités publiques ont régit des lois, des Codes portant sur ce système dont l'objectif étant 'une meilleure allocation des ressources publiques' (bonne utilisation des deniers publics). Le Code des Marchés Publics da la loi n°2004-009 DU 26 JUILLET 2004 énonce en son article 4 les principes généraux régissant les marchés publics qui énoncent "Quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence de procédure. Ces principes permettent d'assurer l'efficience de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, une planification rigoureuse des opérations de mise à la concurrence, les respects des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre évaluée la moins disante ou de la proposition évaluée la plus avantageuse. Ces principes généraux sont mise en œuvre conformément aux règles fixées par le présent Code.

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

L'article précité énonce ainsi les principes qui régissent tous le système du marché public, favorisant la liberté d'accès à la commande publique la transparence des procédures et l'égalité de traitement des candidats. Toutes personnes morales ou physiques estimant remplir les exigences requises dans la réalisation de la commande publique peuvent se porter candidat. Ces derniers devant être soumis aux mêmes règles, règles ne favorisant aucun candidat et ne portant préjudices à d'autres.

On peut ainsi tirer la définition du marchés publics dans l'article premier de l'ancien Code des Marchés Publics, qui prévaut que "les marchés publics sont des contrats administratifs écrits conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 3 du présent Code désignées ci-après sous le terme "Autorités Contractante" 'pour répondre à leurs besoins en matière de travaux ,de fournitures ou de prestations intellectuelles.

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

Cette notion de marché public est reprise par le nouveau Code des Marchés publics définit le marchés publics comme un système permettant à une autorité publique de satisfaire ses besoins. Pour ce faire cette dernière lance ce que l'on appelle un 'Avis d'Appel d'Offre' (AAO),un mode de passation de la commande publique qui permettra à toutes personnes (morales ou physique) estimant être capable de répondre aux besoins de l'autorité publique de se porter candidat. Ainsi les candidats feront face à une concurrence pour devenir l'attributaire du marché lancé par l'autorité contractante. Ce système a été instauré dans le but de suivre et de respecter le principe de transparence.

En effet, le PRMP dans hors de son travail, dans son ménage, représente l'exemple typique de l'homo economicus, un agent, sachant évaluer et choisir l'offre à bas prix . Dans le milieu professionnel la PRMP perd sa logique d'homo économocus car pour son profit personnel la PRMP va choisir l'offre qui sera la plus élevée,

L'objet de cette partie est de permettre aux lecteurs d'avoir les connaissances nécessaires sur le marché public les problèmes et les solutions apportées par les autorités compétentes pour l'amélioration du service.

1.2 Définition des marchés publics

Selon la loi n°2004-009 portant Code des Marchés Publics qui définit les marchés publics comme étant des contrats administratifs écrits conclus à titre onéreux par des personnes de droits publiques, morales ou physiques, appelées "autorités contractantes" avec des personne de droit publics ou de droit privé. Les marchés publics répondent aux besoins des autorités

contractantes en matière de travaux, de fournitures, de services ou de prestations intellectuelles¹.

Ce présent Code, définit en son article 3, le champ d'application des marchés publics :

- L'Etat et ses établissements publics, les Collectivités territoriales et leurs établissements publics;
- Toute entité publique ou privée bénéficiant un budget de l'Etat ou d'une Collectivité publique ou tout autre financement public;
- Toute société à participation majoritairement publique

Ces notions sur le marché public ; la définition ainsi que le champ d'application sont aussi retracés dans le nouveau Code, respectivement en son article 2 et 8.

Section2 : principes généraux et organisation des marches publics

Pour comprendre le mécanisme des marchés publics il est essentiel de prendre connaissance et de comprendre les principes généraux régissant le marché public mais aussi l'organisation des acteurs dans la réalisation de ce dernier.

2.1 Principes généraux régissant le marché public

Selon le Code des Marchés Publics, régit par la loi n°2004-09 du 28 Juillet 2004 en son article 4, quel que soit le montant attribué aux marchés publics, ils doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, la transparence de la procédure. Ces principes sont aussi repris dans le nouveau code des marchés publics².

2.1.1 Principe de la liberté d'accès à la commande publics

Ce principe consiste à permettre à toute personne (morale ou physique) remplissant les conditions requises de se porter candidat à un marché public. Aussi d'écarter toute forme de discrimination non prévu dans le CMP vis-à-vis des soumissionnaires.

2.1.2 Principe de l'égalité de traitement des candidats

En vertu de ce principe, il est exigé des autorités contractantes de mettre dans une situation d'égalité, tous candidats, au regard de l'information sur les conditions du marché, le respect

¹Loi n°2004-009 du Janvier 2004 portant Codes des Marchés Publics article premier alinéa 1

² Loi n°2016-055 du 25 Janvier 2016 Portant Code des Marchés Publics

du principe non-discrimination, la fixation au préalable de règles pour garantir la transparence et la libre concurrence.

2.1.3 Principe de transparence de la procédure

Ce principe suppose que tout au long de la procédure, allant de la détermination des besoins jusqu'à l'attribution de l'exécuteur du marché dont l'offre est celle économiquement la plus avantageuse, le respect du Code soit rigoureux et se déroule de façon équitable.

2.2 Type de marchés

Selon les différents besoins de l'Etat, on distingue quatre types de marchés publics pouvant satisfaire les besoins de l'administration en biens et services. Ces derniers sont³:

2.2.1 Marché de travaux

Ce sont marchés réalisant les constructions ou les entretiens de bâtiment ou génie civil en faveur de l'autorité contractante. On retrouve parmi ces marchés, la construction des routes, la construction d'établissement publics ; écoles, hôpitaux

2.2.2 Marché des fournitures

Ces marchés consistent en l'acquisition de biens ou de matériels. Cette acquisition peut se faire soit par achat direct, soit par crédit-bail, soit par location ou location-vente. L'achat de fourniture, des matériels informatiques, des véhicules de fonction entre dans les marchés de fournitures.

2.2.3 Marchés des prestations de service

Ces marchés ont pour objet de réaliser des prestations de service qui représentent une grande variété. Dont les services de location, les services de transport.

2.2.4 Marché des prestations intellectuelles

L'objet de Ces types de marchés réside dans le savoir-faire du candidat contrairement aux marchés précédemment vue dont les résultats sont des biens matériels ou physiquement quantifiable. Ces marchés consistent en la réalisation d'études, des travaux de recherches.

³ Les différents types de marché sont définits dans l'article 2 de la loi n°2004-009 et repris dans l'article 03 dans la loi n°2016-055 sauf pour les marchés des prestations intellectuelles dont les dispositions spécifique sont inscrites à la section IV dans l'article 42.

2.3 Les intervenants sur les marchés publics et leurs rôles respectifs

On distingue quatre parties, intervenant dans les processus de commande de marché publics on distingue d'une part l'autorité contractante qui lance les procédures d'appel d'offre et d'autre part ceux qui répondent à l'appel d'offre, les soumissionnaires. Les dernières parties qui ont pour rôle respectivement de réguler les procédures et de les contrôler, ces dernières sont respectivement l'Autorité de Régulation des Marchés Publics et la Commission des Marchés Publics.

2.3.1 L'autorité contractante

L'autorité contractante est la partie qui définit les besoins de l'acheteur public, qui planifie les opérations de mise à la concurrence, le respect des Codes. Elle lance la procédure d'appel d'offre et choisie l'offre ou les propositions évaluées la moins disante.

Les organes de la commande publique

Ce dernier a la responsabilité des « acheteurs publics »

- La Personne Responsable des Marchés Publics

Cette dernière a pour fonctions principale, dont :

- Le choix et le lancement des procédures
- La présidence de la Commission d'Appel d'Offre
- Le choix de l'attributaire
- La signature du contrat

- L'Unité de Gestion de Passation des Marchés (UGPM)

A pour fonction la :

- Centralisation des besoins des SOA et GAC
- Préparation matérielle du marché

- La Commission d'Appel d'Offre

Est chargée de

- L'ouverture des plis des offres des candidats
- L'évaluation de la conformité et des offres
- la proposition de demande d'explication et de justificatif en cas d'offres suspectées anormalement basse ou anormalement hautes

–la proposition d’attribution ou de déclaration d’appel d’offre infructueuse

2.3.2 L’autorité de régulation des marchés publics

C’est une entité de régulation et de réglementation de différends en matière d’attribution des marchés. Ayant le statut d’autorité administrative, dotée de personnalité morale et jouissant de l’autonomie administrative et financière⁴. Elle veille à l’application juste et équitable des principes. Et ou l’organisation et le fonctionnement sont régit par la loi n°2016-055 du 25 Janvier 2016.

2.3.3 La Commission Nationale des Marchés

C’est une entité indépendante chargée du contrôle a priori et a posteriori de l’exécution des marchés publics⁵. Cet organe chargé du contrôle des marchés publics est une structure administrative placée sous la tutelle technique du Ministre des Finance et du Budget chargé de la mise en œuvre de la nouvelle stratégie de contrôle des marchés publics⁶

2.3.4 Les cocontractants de l’administration

Ce sont les candidats répondant à l’appel d’offre dont les critères de recevabilité de l’offre sont inscrits dans le DAO. Mais les critères peuvent aussi porter sur les critères techniques, financières, judiciaire ou du seulement du savoir-faire du candidat en cas de marché de prestation intellectuelle. L’appellation de cocontractants de l’administration varie selon le type du marché à exécuter. Ces derniers seront résumé dans le tableau suivant, ce tableau indiquera le type de marché et les cocontractants y afférents.

Tableau n°01 : Résumé des cocontractants de l’administration selon le type de marché

Type de marchés	Autorités contractantes	Cocontractants de l’administration
Marché des travaux	Maitre d’ouvrage (titulaire du besoin)	Entrepreneur
Marché des fournitures	Acheteur	fournisseur
Marché des prestations intellectuelles	client	consultant

Source : construction de l’auteur d’après le cours de marché public

⁴ Exposé des motifs du Code des Marchés Publics du 25 Janvier 2016

⁵ Article 16 du Loi n°2016-055 du 25 Janvier 2016

⁶ Exposé des motifs du Code des Marchés Publics du 25 Janvier 2016

Une condition exigée des candidats est la remise d'une garantie de soumission⁷. La valeur de cette dernière doit être mentionnée dans le DAO mais en principe elle comprise entre un et deux pourcent de la valeur de l'offre ou du montant prévisionnel du marché. Cette garantie aura pour objet principal d'éviter la remise d'offre non sérieuse qui peut être retirées avant l'attribution du candidat ayant l'offre économiquement la plus avantageuse et entraînera ainsi une annulation de la procédure. Cette garantie en cas de désistement de l'attributaire du marché la garantie de soumission sera saisie. Et pour les candidats qui ne sont pas sélectionnés, leur garantie de soumission leur sera remise.

2.3.5 Les étapes dans la réalisation de la commande publique

En suivant une procédure normale, on dénombre trois (03) grandes étapes dans la réalisation de la commande publique, dont :

La phase de passation du marché ; commence par la détermination de l'autorité contractante des besoins publics puis le lancement des procédures de mise en concurrence ou la publicité. La remise des offres par les candidats, arrivé à la date limite de remise des offres il y a la séance d'ouverture des plis (une séance ouverte au public) suivie de l'évaluation des offres par la CAO⁸. Après cette évaluation la CAO va proposer à la PRMP l'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse qui aura la décision finale de nommer l'attributaire du marché.

La signature du contrat ; après la nomination de l'attributaire du marché la PRMP et le titulaire du marché procèdent à la signature du contrat contenant les obligations des deux parties.

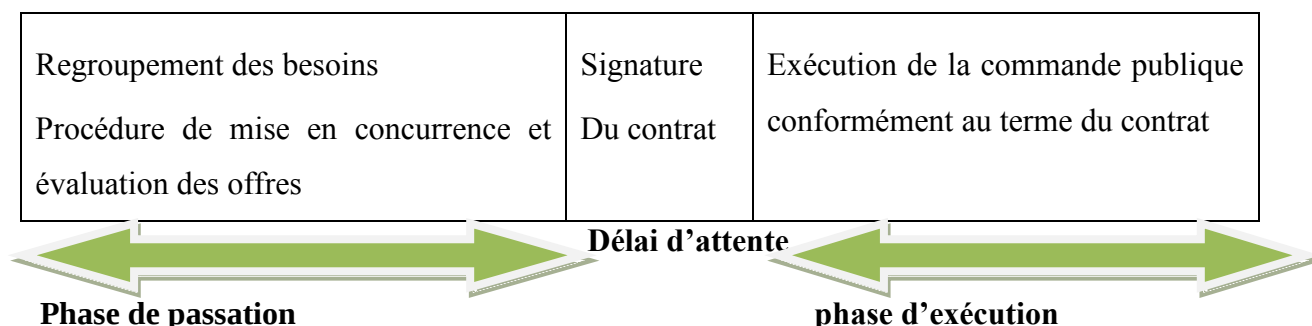
La phase d'exécution du marché ; qui est la dernière phase dans la réalisation de la commande public dans laquelle le titulaire du marché exécute ses obligations conformément aux termes prévu dans les contrats.

Pour les procédures dérogatoires, notamment dans le cas d'un marché de gré à gré le processus ne passe pas par la phase de publication car la PRMP engage directement les discussions qui lui semblent appropriée avec un candidat qu'il estime, à l'avance, être capable de réaliser le marché. Ces différentes étapes sont résumées par la figure ci-dessous

⁷ Sauf en cas de marché de fourniture simple et de marché de prestation intellectuelle

⁸ Dans le cas où aucune offre n'est évaluée conforme, la CAO est chargée de proposer à la PRMP un cas d'appel d'offre infructueux et c'est à cette dernière à qui revient la tâche de déclarer la procédure infructueuse.

Figure n°01 : les différentes étapes dans la réalisation de la commande publique



Source : construction de l'auteur suivant les cours de marché public

2.4 Mode de passation de marché

Les procédures de passation de marché dépendent en grande partie des modes de passations des marchés publics qui à leur tour dépendent des nombreux critères. On recense 3 modes de passation des marchés publics selon le Code des Marchés Publics qui sont :

2.4.1 L'appel d'offre ouvert

L'appel d'offre ouvert est le mode de dévolution des marchés publics que doivent, en principe, respecter les pouvoirs publics, ce dernier est la procédure par laquelle une autorité contractante choisit l'offre économiquement la plus avantageuse sans négociation, sur la base des critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats. C'est la procédure par laquelle toute personne estimant remplir les conditions posées par l'autorité contractante peut se porter candidat. Le délai de remise des offres dans le cadre d'un appel d'offres ouvert national est de 30 jours⁹.

2.4.2 L'appel d'offre restreint

L'appel d'offre restreint est la procédure par laquelle la PRMP consulte quelques candidats, et ces seuls ces derniers peuvent remettre les offres. Le principe de transparence exige pour ce mode de passation que la PRMP consulte au moins trois (03) candidats. Il ne peut cependant y avoir d'appel d'offre restreint qu'après proposition de la PRMP et avis de l'organe de contrôle.¹⁰

⁹ Dans le cas d'un appel d'offre ouvert internationale le délai de remise des offres est de 45 jours

¹⁰ Les motifs d'une proposition d'appel d'offre restreint sont : le cas d'une urgence avérée ; les prestations objet du marché revêtent un caractère confidentiel ; l'exécution de prestations à la place d'un prestataire défaillant ; un petit nombre d'entreprise est capable de réaliser la prestation.

2.4.3 Le marché de gré à gré

Les marchés sont dits de gré à gré lorsque la PRMP engage directement les discussions qui lui paraissent utiles et appropriées avec un candidat prédéterminé et pour qui il va attribuer le marché. Ce mode de passation de marché ne peut avoir lieu sans la remise d'un rapport justificatif, élaboré par la PRMP, à l'organe de contrôle.¹¹

Au cours des procédures de passation de marché, la PRMP après proposition de la Commission d'Appel d'Offre peut déclarer la procédure infructueuse. C'est un cas où aucune offre n'a été remise à l'expiration de la date limite, aucune offre n'est conforme après évaluation des offres, lorsque dans le cadre d'un appel d'offre restreint une seule offre a été remise. Dans ces cas, la PRMP doit lancer une nouvelle procédure pour pouvoir attribuer le marché.

Le choix du mode de passation de marchés est conforme aux seuils de passation des marchés, et la PRMP est tenue d'établir un plan de passation des marchés (qui retracera le type de marché, l'objet de l'appel d'offre, le montant estimatif du marché, le moyen de financement pour la réalisation du marché, le mode de passation du marché et la date probable de disponibilité du dossier d'appel d'offre). Il est à noter que l'avis général de passation de marché ne retrace que les marchés ayant recours à l'appel d'offre ouvert et restreint.

2.5 Procédure de passation de marché et contrôle

Etant un système complexe et important les autorités compétentes ont instituées des règles et de procédures visant à la réalisation du principe de transparence.

2.5.1 Procédures de passation de marché

Les procédures de passation de marché public varient en fonction du montant estimé du marché et qui va être comparé aux seuils institués par une loi réglementaire, et pour déterminer les procédures à suivre lors de la passation de marché. En considérant ce seuil, on a recensé trois types de procédure de passation des marchés publics résumé dans le tableau suivant

¹¹ Les motifs pouvant justifiés un marché de gré à gré sont : une prestation devant être tenue secrète ; une urgence impérieuse ou un prestataire défaillant ; la détention d'un droit d'exclusivité ; un marché complémentaire ; la nécessité de continuer avec le même prestataire.

Tableau n° 02 : Procédure de passation et forme écrite d'engagement

Seuils	Procédures	Forme écrite d'engagement
Seuils sans règles formelles de mise en concurrence	Achat direct	Actes d'engagement autres pièces jugées contractuelles
Seuils de consultation ouverte	Consultation par voie d'affichage	Convention
Seuils de passation des marchés	Appel d'offres	Marché

Source : cours de marché public

Ce tableau montre à la fois les procédures de passation de marché, les seuils à la base de ces procédures ainsi que les formes de contrat correspondant à chaque procédure de passation.

2.5.2 Les différent contrôles appliqués sur le marché publics

Vue l'importance accordée au marché public, ainsi que l'envergure des ressources destinée dans la réalisation des commandes publiques par l'intermédiaire des marché public, l'Etat a institué un organe chargé des contrôles de la conformité des procédures suivi par les organes de la commandes publique au principe de transparence. Pour cela on a réglementé deux sortes de contrôle ; dont la première étant le *contrôle a priori*, tous les marchés passés ne font pas tous l'objet d'un contrôle a priori. Comparé à un seuil, le montant estimatif du marché, au-delà de ce seuil le marché doit faire l'objet d'un contrôle a priori. La deuxième est le *contrôle a posteriori*, tous les marchés ne faisant pas l'objet d'un contrôle a priori doit passer par un contrôle a posteriori. Les procédures de contrôle ont aussi pour objectif une meilleure utilisation des ressources, permettre une amélioration de l'efficience des dépenses publiques.

La procédure en marché public en vue d'attribuer un marché comporte trois(03) grandes phases dont ; la phase de passation qui commence par la publication de l'avis d'appel d'offre jusqu'à la signature du contrat. La phase d'exécution et la phase de contrôle.

Chapitre 2 : Revue de la littérature

Les études portant sur le marché public à Madagascar

Cette présente étude a pour objet de mettre en évidence l'importance d'un contrôle a posteriori dans l'amélioration du système de la commande publique. Elle met en évidence les problèmes liés aux bons fonctionnements du système les possibles entraves à un meilleur contrôle du marché public à Madagascar. Mais nombreux sont les chercheurs qui ont initié cette étude sur le marché public, tel est le cas de :

En 2007, **MARCELLE Nénée T.**¹² dans son étude pour l'obtention du diplôme de maîtrise droit et administration privée des affaires, intitulée « *le recours en marchés publics* » pour l'année universitaire 2007-2008. L'auteur a posé la problématique 'De quelle manière le recours en règlement des litige est-il efficace dans la Réforme du Code des Marchés Publics ? Qu'est ce qui caractérise les recours dans les marchés publics ? Qu'en est-il de son effectivité ? Pour répondre à cette problématique, l'auteur propose dans sa première partie d'analyser du recours comme domaine distinctif dans les marchés publics et dans sa deuxième partie les mécanismes des recours. Au cours de son étude l'auteur a trouvé que l'analyse des recours a montré le respect des principes généraux des marchés publics garantie la réussite d'une bonne gouvernance financière, dans le cadre d'une sécurisation accrue de société civile et du secteur privé dans le cadre du partenariat public privé. Le principe de transparence a permis une plus grande efficacité de la dépense publique et une meilleure utilisation des deniers publics. L'objectif est plus ou moins atteint par la restriction de l'application de recours.

En 2013, **TSIMALISA Aristide F.**¹³ Etudie "*La Réforme du système de la passation des marchés publics à Madagascar : portée et Limites*" et pose comme problématique 'dans quelles mesures pouvons-nous apprécier les retombés et mettre en exergue les dysfonctionnements éventuels de la mise en œuvre de la réforme du système de la passation des marchés publics à Madagascar?'. Les hypothèses choisies par l'auteur se portent, premièrement 'les concepts et principes des marchés publics' deuxièmement 'l'efficacité de la

¹² MARCELLE Nénée T. « *Le recours en marchés publics* », 2007, Département Economie, Faculté DEGS, Université d'Antananarivo.

¹³ TSIMALISA Aristide F. « *La réforme du système de la passation des marchés publics à Madagascar : portées et limites* », 2013, Département Economie, Faculté DEGS, Université d'Antananarivo.

réforme du système de la passation des marchés publics'. Après l'étude faite, il en résulte que malgré les réformes apportées au code des marchés publics malgaches, ce dernier revêt constamment un caractère " «**optimiste-contradictoire**» les concepts sont respectés au sein des marchés publics, tandis que les principes restent encore théoriques et loin d'être effectifs.

En 2014, **RAMANANJAONA Gaston D.**¹⁴ Porte son étude sur le "Projet D'amélioration de l'audit des passations des Marchés Publics: Cas ARMP en 2010" en vue de l'obtention du diplôme d'Etudes Supérieures Spécialisées (DESS), soutenue le 26 Mai 2014. L'auteur pose le problème suivant : " Dans quelle mesure le programme d'audit de marchés publics mené par l'ARMP sur l'exercice budgétaire 2010 contribue-t-il à l'amélioration du système de passation de contrats passés au niveau d'acheteur publics?" Pour compléter à ce problème, l'auteur pose les problèmes suivants : 'Quelles sont les réglementations en vigueur en matière de marchés publics à Madagascar?' ; 'Quel rôle joue l'ARMP dans la participation à la mise en place de la bonne gouvernance dans le cadre de la lutte contre la corruption entre la PRMP et les acheteurs publics?' ; 'Quels sont les problèmes fondamentaux relevés dans le processus de passation de marchés?' ; 'Quelles sont les contraintes défavorables dans la réalisation de l'audit des marchés publics?' ; 'Quelles sont les facteurs externes favorables au projet d'amélioration de l'audit de marchés publics?'; et 'Quel plan de manœuvre l'ARMP avec les organisations des ministères doivent-ils adopter?'. Dans l'élaboration de son étude, il a proposé les trois hypothèses suivantes : premièrement 'les réglementations ou les Codes des Marchés Publics (CMP) ne sont pas considérés par la PRMP et les acheteurs publics'; ensuite 'le manque de compétence des acteurs des marchés publics est source de litiges ou d'irrégularités dans l'audit' ; enfin 'La réticence constitue un grand problème de projet d'amélioration de l'audit auprès de l'ARMP'. Ses recherches ont résulté que le code rend obligatoire la publicité et la mise en œuvre de la concurrence entre les candidats, tout acteur dans la commande publique doit obligatoirement suivre tout le processus de passation de contrat, ainsi tout acheteur public a l'obligation de planifier et programmer l'acquisition de prestations objet de la commande, quel qu'en soit le montant. Aussi l'instauration d'une meilleure audit de passation de marchés publics avec les règles et méthodes prescrites par le code qui ont contribué énormément à garantir la conduite des procédures de dévolution optimale et le choix de l'offre ou proposition économiquement la plus avantageuse.

¹⁴ RAMANANJAONA Gaston D. « *Projet d'amélioration de l'audit des passations des Marchés Publics : cas ARMP en 2010* », 2014, Département Economie, Faculté DEGS, Université d'Antananarivo

En 2015, **Jaonasy ANIVOSOA**¹⁵ dans sa Thèse de Doctorat en Sciences Economique intitulée "Essai sur l'analyse du fonctionnement des marchés publics à Madagascar des marchés de travaux et de fournitures" présentée et soutenue publiquement le 29 Janvier 2015 pose le problème central "Est-ce que les règles comportementales définies dans le cadre de gouvernance de marchés publics -Code garantissent l'efficacité du fonctionnement de marchés publics à Madagascar sous l'effet du jeu de mise en concurrence et de transparence quasi-systématique? Pour compléter son analyse il a posé les questionnement suivant : ' dans le cadre du fonctionnement des marchés publics à Madagascar, le cadre de gouvernance existant- Code des marchés publics (2004)-, assure-t-il pour l'Autorité contractante une meilleure allocation de denier publics par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse résultant du jeu des mécanismes de mise en concurrence?' Et ' Ces règles comportementales du code des marchés publics suffisent-elles à garantir le comportement pro concurrentiel de la Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP) pour le choix concurrentiel de l'offre économiquement la plus avantageuse? Existe-t-il et comment l'opportunisme de l'acheteur dû à une incomplétude de règles affecterait-il de bon fonctionnement de l'économie de contrat de marchés publics?' Pour répondre à ces question ,il a proposé l'hypothèse principale "Le choix d'un mécanisme d'attribution efficace par l'acheteur public permet théoriquement de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse ;mais de toutes les façons, mue par son caractère utilitariste (recherche de son intérêt personnel) , la Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP) a par nature une aversion la mise en concurrence de l'achat public, et adopte ainsi un comportement opportuniste en profitant de l'incomplétude de règle de passation et/ou d'exécution énoncées dans le Code. Par voie de conséquence' l'opportunisme de cette dernière favoriserait ainsi le bouleversement de l'économie du contrat" et comme sous-hypothèse d'abord que 'Le Choix d'un mécanisme d'attribution efficace par la personne Responsable des Marchés publics permet théoriquement de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse' ; 'Mue par son caractère utilitariste (recherche de son intérêt personnel),la Personne Responsable des Marchés Publics a par nature une aversion à la mise en concurrence de l'achat public' ; 'L'incomplétude des règles de passation et/ou d'exécution énoncées dans le Cadre de la gouvernance -Code des marchés publics favorise le comportement opportuniste qui peut être rencontré chez la Personne Responsable des Marchés Publics' et que l'opportunisme de la

¹⁵ JAONASY Anivosoa, « *Essai sur l'analyse du fonctionnement des marchés publics à Madagascar : cas des marchés de travaux et de fournitures* », 2015, Ecole doctorale du Département Economie, Faculté DEGS, Université d'Antananarivo

Personne Responsable des Marchés Publics dans la conduite de passation et de gestion de contrat peut contribuer significativement au phénomène de bouleversement de l'économie des marchés publics'. En guise de résultats il a trouvé que l'application de la théorie économique de l'enchère permet de réduire le plus possible le problème d'asymétrie d'information pouvant apparaître dans la relation d'agence entre la Personne Responsable des Marchés Publics. Ces problèmes d'asymétrie d'information sont atténués voire même résolu grâce aux apports analytiques de la théorie économique de l'enchère inversée. Le bouleversement de l'économie du contrat n'existe pas théoriquement dans la gestion de passation et d'exécution de ces types de marché, mais ceci peut être rendu possible grâce à la systématisation de publicité et notamment au recours systématique à la mise en concurrence des achats publics le respect par toute PRMP des principes généraux régissant la commande publique à savoir la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures.

En 2015, **ANDRIAMARIMIHELATRA Toky**¹⁶ pour son mémoire de fin d'étude en vue de l'obtention du diplôme de master 1 es sciences économiques en option macroéconomique intitulé « Impacts de la corruption sur la Passation des marchés publics » présenté publiquement le 27 Mars 2015. Au début de son étude l'auteur a posé la question suivante 'La corruption sur la passation de marchés publics est-elle significative dans les affaires de l'Etat ? ' Dans le but de répondre à la question l'auteur a proposé en première partie d'évoquer les notions fondamentales sur le marché publics et propose d'étudier la corruption sur le marché public sous deux types d'approches théoriques de deux courants de pensée différents. Dans la seconde partie parlera de l'immixtion de la corruption au sein de la passation des marchés publics. Et dans la dernière partie se concentrera sur les conséquences de la corruption sur la passation des marchés publics dans l'économie nationale et qui sera suivie d'une étude faite pour atténuer les risques pouvant aggraver de ces dites conséquences. Au cours de son étude l'auteur a constaté que la corruption est devenue une activité à part entière pour les agents publics malhonnêtes, qu'ils exercent avec stratégie et professionnalisme. A côté les éventuels soumissionnaires qui consacrent une somme d'argent considérable dans le but d'amadouer les responsables des marchés publics pour obtenir le marché. Les conséquences étant que l'objectif d'efficacité des dépenses publiques

¹⁶ ANDRIAMARIMIHELATRA Toky, « *Impacts de la corruption sur la Passation des Marchés Publics* », 2015, Département Economie, Université d'Antananarivo.

ne peut être quasiment atteint, le non confiance du peuple envers les dirigeants. Le développement d'un pays réside en grande partie sur la performance du système institutionnel du pays, sur le respect des lois et du droit commun et la bonne volonté de l'Etat d'instaurer l'Etat de droit.

En 2016, **RANDRIANAVONISON Mino N.**¹⁷ Dans son étude pour Mémoire de fin d'étude en vue de l'obtention du diplôme de Maîtrise-ès-Sciences Economiques, présentée le 18 Avril 2016 portant intitulé "Réflexion sur les rôles des marchés publics dans l'utilisation des dépenses publiques" il s'interroge sur "les nécessités de recours aux marchés publics dans la manière d'utiliser les dépenses publiques" pour répondre à cette interrogation l'auteur a proposé d'explicitier les hypothèses suivantes "les relations entre les marchés publics et les dépenses publiques ainsi que les contraintes auxquelles ils sont soumis" et "les solutions pour améliorer l'efficacité des dépenses publiques à travers les marchés publics" au cours de son étude il en résulte que les marchés publics sont nécessaires pour pouvoir gérer et contrôler les dépenses publiques. Aussi que pour améliorer les systèmes des réformes s'imposent, des changements au niveau de la mise en place de la conduite et du contrôle du marché public par les différentes entités comme l'ARMP et le BIANCO.

En 2017, **RAHELIARIMIADANA J.**¹⁸ Conçoit une étude en vue de l'obtention du diplôme de maîtrise en sciences économiques en option administration soutenue le Jeudi 19 Janvier 2017, sur "Le fonctionnement de la réforme du système de passation des marchés publics à Madagascar" et pose le problème "de déterminer les impacts majeurs de la réforme du système de passation des marchés publics". Dans l'objectif de résoudre le problème l'auteur propose les hypothèses suivantes: 'la réforme a un impact positif sur les organismes publics et des entreprises' et que 'la réforme connaît une limite au tant au niveau des entreprises'. Les résultats ont montré que ces réformes n'induisent pas de transformations majeures mais nécessitent des évolutions de comportement qui provoquent une résistance des fonctionnaires et des élus, et ne présentent aucun progrès quant à la qualité de la surveillance. Dans ce même optique Une détérioration des opérations extrabudgétaires et de la qualité de la communication entre Administration Centrale et collectivités territoriales. Les limites de ces

¹⁷ RANDRIANAVONISOA Mino N. « *Réflexion sur les rôles des marchés publics dans l'utilisation des dépenses publiques* », 2016, Département Economie, Faculté DEGS, Université d'Antananarivo

¹⁸ RAHELIARIMIADANA J. « *Le fonctionnement de la réforme du système de passation des marchés publics à Madagascar* », 2017, Département Economie, Faculté DEGS, Université d'Antananarivo.

réformes restent encore et toujours la corruption (l'auteur a ici insisté sur la relance d'un appel d'offre en cas de non réponses.)

Ces présentes études traitent toutes le même sujet « le marché public » mais dans divers aspect de ce dernier. Pour le cas de Madagascar, comme dans de nombreux pays, le marché public détient un rôle primordiale car il constitue une part importante dans les dépenses de l'Etat, d'où les nombreuses études portées sur le sujet. Malgré ces études et ces visions apportées sur le sujet, cette présente étude traite particulièrement de la place que détient le contrôle a posteriori faite par l'organe chargé pour cette mission qui est en l'occurrence la Commission Nationale des Marchés, sur le marché public. Au cours de cette étude nous allons voir les effets des réformes apportés par l'organe de contrôle après sa séparation de l'organe de de régulation ; l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, institué par la loi n°2016-055 du 25 Janvier 2016 portant Codes des Marchés Publics. Elle retracera aussi les évolutions des cadres juridiques instituant la modalité, le fonctionnement et les principes régissant le marché public. Elle traitera aussi des résultats des contrôles a posteriori réalisés par la Commission Nationale des Marchés au cours des années 2014 et 2015.

Mais comme tout sujet touchant l'économie, ou même une branche de l'économie, ces derniers ont des théories qui les où reposent les fondements ou qui expliquent leurs fonctionnement. Ce sont ces théories gravitant autour du marché public qui va intéresser notre chapitre suivant.

Chapitre 3 : les théories autour du marché publics

Autour de la notion de marché public nombreux sont les théories pouvant expliquer les grandes lignes du marché public.

Section 1 : la théorie du marché

Cette théorie se portera spécialement sur le marché, sa définition, les types de marché existant et le fonctionnement du marché.

1.1 Définition du marché

Selon Augustin Cournot « On sait que les économistes entendent par le marché, non pas un lieu déterminé où se consomment les achats et les ventes, mais tout un territoire dont les

parties sont unies par des rapports de libre commerce, en sorte que les prix s'y nivellent avec facilité et promptitude. »¹⁹

Selon Paul Samuelson et William D Nordhaus « Un marché est un mécanisme par lequel des acheteurs et des vendeurs interagissent pour déterminer le prix et la quantités d'un bien ou d'un service »²⁰

En résumé, le marché est un lieu réel ou fictif ou se rencontre le demande et l'offre de bien et de service, et ou les bien et service s'échange.

1.2 Typologie du marché

Selon Steckelberg, il y a différent type de marché et chaque type de marché détermine le fonctionnement de ce dernier. Or, le type de marché dépend principalement du nombre d'intervenant soient le nombre d'acheteur et de vendeur présent sur ce marché. On peut résumer ces types de marché dans le tableau suivant.

Tableau n°03: typologie du marché selon Steckelberg

Nombre d'acheteur Nombre de vendeur	Un (mono)	Quelques (Oligo)	Grand nombre (poly)
Un	Monopole bilatéral	Monopsone contrarié	monopsone
Quelques	Monopole contrarié	Oligopole bilatéral	Oligopsone
Grand nombre	Monopole	oligopole	concurrence

Source : cours d'Introduction à la Pensée Economique première année

Dans le cas du marché de monopole et monopsone ou le premier admet un seul vendeur avec un grand nombre d'acheteur, et le second montre un seul acheteur avec un grand nombre de vendeur. Dans le premier c'est le vendeur qui détermine le fonctionnement du marché ; le prix, les quantités à échanger, les modalités d'échange. Mais dans le second cas, c'est l'auteur qui en détermine le fonctionnement.

Quand le marché admet un plus grand nombre de vendeur et d'acheteur, le marché est de type concurrence. Mais, dans ce même catégorie de marché, si dans le cas où chaque intervenant n'a aucune influence sur ce marché (principe d'atomicité), une information parfaite

¹⁹ Augustin Cournot, Recherche sur les principes mathématiques de la théorie des richesses, chap. IV, V cité dans Alfred Marshall, Librairies de Droit et de Jurisprudence et Gordon & Beach, 1971, p. 105

²⁰ Samuelson et Nordhaus, 16^e édition, 1998,2000 p.27

(transparence du marché) et où les produits sont parfaitement homogène (principe d'homogénéité), dans cette situation on est face à un marché de concurrence pure et parfaite.

Dans le cas où les vendeurs sont un petit nombre, on se trouve dans une situation d'oligopole et où les vendeurs peuvent intervenir en constituant une stratégie, (tenant compte des réaction de ses concurrents). En d'autre terme, avant de prendre des décisions les quelques vendeurs intervenant sur le marché vont étudier le comportement de ses concurrents.

Selon la théorie néoclassique qui favorise le marché de concurrence pure et parfaite, ce type de marché est à la source des régulations de l'économie d'un pays, pour cela, afin d'obtenir un équilibre sur le marché, conduisant à l'équilibre de l'économie, il faut que l'offre soit égale à la demande. Et c'est par cette égalité que l'on obtient le prix d'équilibre.

1.3 Le marché de concurrence

Le type de marché détermine son fonctionnement, le courant libéral donne au marché le rôle principal de régulateur de l'économie (sans l'intervention d'aucune autorité publique). Le terme « le marché fixe le prix » signifie que l'action de l'ensemble des agents ; les offreurs ainsi que les demandeurs, permet l'équilibre entre l'offre d'un bien et la demande de ce même bien ; c'est-à-dire l'égalité entre ces deux variables en détermine le prix.

Selon l'économiste français néoclassique J.B. Say (1767-1832) ; « la monnaie n'est qu'une voile qui recouvre le troc », cette citation constitue l'un des postulats de la théorie néoclassique. La monnaie ne joue donc qu'un seul rôle, celui de permettre l'équilibre entre l'offre et la demande. Ce même courant de pensée préconise qu'il faut laisser aux agents économiques (offreurs et demandeurs) la liberté d'accès au marché, d'y participer, favorisant ainsi le fonctionnement de ce dernier, de telle sorte que le marché de concurrence pure et parfaite se mette au-devant. Le marché de concurrence, grâce à la confrontation de l'offre et de la demande conduit à l'obtention, non seulement du prix d'équilibre mais aussi à l'équilibre sur l'économie.

Section 2 : La théorie des contrats

La notion de contrat de nos jours ne se repose plus sur le régime juridique de ce dernier, dans l'inégalité des contractants, mais plus dans une optique économique. C'est ce que l'on va voir dans cette section.

2.1 Notion de contrat administratif

« Le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destinés à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligation. » (Article 1101 du Code Civil)²¹. Cette volonté, cet accord passé implique la création d'obligation.

De cette notion de contrat on peut en tirer la définition du contrat administratif qui peut être défini comme suit, « *les contrats administratifs sont des contrats passés par l'administration. Ils sont soumis à un régime particulier, et non au régime de droit commun habituellement appliqué aux contrats*²² ». Le contrat administratif s'applique sur les marchés publics, la délégation de service public, ou le partenariat public privé. Les cocontractants sont donc, d'une part l'administration (il est obligatoire que l'une des partie soit l'administration) et d'autre part, une personne physique ou morale, publique ou privé. Généralement l'objet du contrat administratif doit concerner une mission de service public et/ou le contrat conclu contient des clauses « exorbitantes de droit commun »²³.

Pour mieux comprendre la spécificité du contrat administratif, il est essentiel d'évoquer la distinction entre contrats administratifs et contrat de droit privé de l'administration. Le premier relève sur le plan contentieux de la juridiction administrative et est soumis à des règles spéciales de droit administratif, tandis que le second relève du droit privé et de la juridiction judiciaire. Ces distinctions dépendent de deux variables dont la première concerne la qualification légale et la seconde les critères jurisprudentiels. On recense cependant deux sortes de critères qui sont le critère organique et le critère matériels.

2.1.1 Le critère organique

Un contrat est jugé administratif si et seulement il est conclu par une personne publique, que cela soit, l'Etat, une collectivité territoriale ou un établissement public. Ne respectant pas cette condition le contrat relève du droit privé donc appartient à la catégorie des contrats privé.

2.1.2 Le critère matériel

Ce critère est pour un contrat administratif une condition nécessaire mais pas suffisante, ce dernier peut, en effet résulter soit d'une qualification légale soit de critère jurisprudentiel. Il

²¹ www.mondepolitique.fr « Notion de contrat » consulté le 20/01/2018

²² www.cours-de-droits.fr dans Droit administratif consulté le 26/01/2018

²³ www.cours-de-droits.fr dans Droit administratif consulté le 26/01/2018

Il y a d'une part les qualifications légales concernant les contrats administratifs déterminés par la loi, d'autre part, les critères jurisprudentiels comportant les critères jurisprudentiels de droit commun et celle comportant les solutions jurisprudentielles dérogatoires ou particulières.

2.2 La diversité des approches sur la détermination des éléments constitutifs d'un contrat administratif

La notion sur les éléments constitutifs d'un contrat administratif varie selon trois approches qui sont les résultats des recherches de trois auteurs. Ces trois auteurs sont ainsi les principales références en parlant de théorie des contrats administratifs, plus précisément en parlant de théorie sur les éléments constitutifs d'un contrat administratif leurs théories se voient naître dans la définition privatiste du contrat du fait de la définition juridique donnée au contrat, une définition selon laquelle ce dernier est un accord de volonté pour créer des obligations et des effets, cette définition est commune pour les auteurs, mais leurs théories diffèrent dans leurs approches quant à « l'essence d'un contrat » :

Selon *Léon Duguit*, les éléments constitutifs d'un contrat permettent de définir le contrat comme étant un accord intervenant entre deux personnes dans le but de créer une obligation mettant l'une dans une position de débitrice et l'autre en tant que créancière. Il n'y a pas de différence entre les contrats privés et le contrat public mais les contrats administratifs admettent des singularités en parlant de leur régime, qui est d'ailleurs justifié par le service public. En d'autres termes, le contrat administratif est comme tous les autres contrats mais sa spécificité réside l'objet de ce dernier qui est de répondre aux besoins de l'Administration.

Gaston Jèze ; le contrat administratif suppose essentiellement deux contractants, qui se reconnaissent placés sur un pied d'inégalité, Jèze montre qu'il y a une différence entre les contrats administratifs et les contrats privés, cette différence réside dans la conduite des deux parties. Selon lui, les contrats privés considèrent les parties contractantes sur un même pied d'égalité alors que les contrats administratifs trouvent leurs particularités dans l'importance des prérogatives dont disposent l'Administration vis-à-vis de son cocontractant²⁴. Les termes des contrats administratifs privilégient donc l'Administration par rapport à son cocontractant.

Georges Péquignot considère que le contrat administratif ne doit pas être perçu non pas par les volontés des parties contractantes mais par ce qui a été objectivement nécessité par les réalités du service c'est-à-dire les besoins de l'Administration. Il a pour cela introduit la

²⁴ www.doc-du-juriste.com consulté le 26/01/2018

notion de service public dans le contrat mais non plus seulement dans le régime. De ce point de vue le contrat administratif doit être considéré uniquement sous l'optique de son objet et son des parties contractantes.

2.2.1 Le problème de l'incomplétude et de l'imprévision

Dans l'élaboration des contrats mais aussi dans leurs réalisation on a tendance a rencontré des problèmes qui se porte généralement sur l'incomplétude des contrats mais aussi sur l'imprévision. Le problème d'incomplétude dans les contrats entraine à soulever la notion de bons contrats et les rôles des institutions dans les règlements des différents entre les parties.

La version néo-institutionnaliste de la théorie des contrats ou la Théorie des Couts de Transaction ou encore la TCT évoque la notion de « contrats incomplets » cela en situation d'incertitude. Selon cette version, la qualité des relations contractuelles est doublement contraint : d'abord par l'incomplétude des accords conclus entre les parties et ensuite, la défaillance des institutions. Ces dernier qui sont chargées de rendre les contrats exécutoires mais se trouvent aussi être des victimes quant aux informations imparfaites et la rationalité limitées²⁵. « L'exécution des contrats n'est ...pas parfaitement garantie par des mécanismes externes. » (Brousseau et Glachant, 2000, p. 32).

Aussi la TCT s'intéresse sur la possibilité de comportement opportuniste ainsi, des recours de protection de renégociation des contrats, encours d'exécution. L'incomplétude contrairement à bien des égards n'est pas un mal en soi mais plutôt une manière permettant une flexibilité des accords (surtout dans le cas de contrats de longue durée). L'ajustement des contrats relève donc, non pas de la justice institutionnelle mais du cadre institutionnel (l'aptitude à crédibiliser les sanctions garantissant l'exécution des engagements contractuels²⁶). La théorie économique d'incomplétude de Ayres (1998) établit deux grandes distinctions dans l'acception de l'incomplétude des contrats :

- Pour les juristes américains et des tenants de l'économie du droit, l'incomplétude est définie en terme d'obligation ne sont pas parfaitement spécifiés et nécessitant un travail juridique dont le « gap-filling », autrement dit, l'incomplétude est une des conditions essentielles permettant aux accords générateurs d'obligation de fonctionner. Dire cependant que l'incomplétude des contrats exprime l'imperfection dans la spécificité des obligations est irrecevable. La question se porte alors sur

²⁵ Thierry Kirat, « l'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats « incomplets » à la pratique des contrats administratifs », Revue internationale de droit économique 2003/1 (t. XVII, 1), p. 11-46.
DOI 10.3917/ride .171.0011

²⁶ *Ibid.*

l'obligation, la validité des obligations aux regards du droit existant, plus précisément en l'absence d'obligation spécifiée le contrat est annulable. Cependant, l'obligation considérée ici n'est pas celle dans lesquelles les économistes les conçoivent.

- Selon les économistes, hors du contexte de Law and Economics, « l'incomplétude est relative au fait que les accords conclus ex ante ne peuvent prévoir tous les états du monde futur possible, et y associer des clauses des comportements certaines ».²⁷ On peut définir, de part cela un contrat complet, comme étant un système d'échange construit « en théorie » qualifiant le modèle walrasien de marché ou les échanges et les ajustements de l'offre et de la demande fait instantanément au prix d'équilibre. Cependant le monde n'est pas walrasien, donc les contrats empiriques sont forcément des contrats incomplets.

Les économistes sortent ainsi les contrats incomplets du monde du droit pour les faire entrer dans celui de la régulation et font appel à des procédés non juridiques de la notion d'imprévision.

2.2.2 Le contrôle de l'incomplétude

Posé comme problème, l'incomplétude doit être contrôlée, l'un des moyens pour y parvenir étant la mise en place des « règles supplétives » ou le Default Rules, qui « définissent les obligations des parties en l'absence d'accord explicité sur des règles contraires » (Craswell, 2000, p. 1. Les default rules entrent principalement dans l'interprétation judiciaire des contrats, pour le droit français ce sont des règles applicables dans les silences du contrat.

Dans l'étude de l'incomplétude des contrats privés, le problème est celui de l'établissement d'accords contractuels aussi complet que possible. Pour cela, l'anticipation d'une sanction se portant sur les parties favorisera leur incitation à élaborer des clauses plus précis, en d'autre terme la peur d'une pénalité de défaut conduira les parties à élaborer des clauses plus soigneusement, à renforcer les négociations lors de l'élaboration du contrat mais aussi pour éviter que l'une des parties omette certaines informations pouvant conduire à l'annulation du contrat. L'interprétation d'un contrat, une interprétation judiciaire, se porte sur l'existence d'une obligation, en d'autre terme son contenu. Il ne s'agit cependant de complétude ou d'incomplétude mais des discussions sur les obligations.

L'incomplétude est caractérisé par quelques propriétés dont :

- L'asymétrie d'information ex ante

²⁷ *Ibid.*

- La connaissance imparfaite des états du monde futurs (ce qui porte sur les variables extérieures à la relation entre les parties)
- L'imprévisibilité des contingences de l'environnement et une connaissance imparfaite du comportement du contractant, en cours d'exécution du contrat.

Ainsi, l'incomplétude pose deux grandes séries de questions du point de vue du droit :

- Un contrat complet est un contrat qui ne pose pas de problème d'interprétation et n'implique pas la mise en œuvre des règles supposées écrites.
- Si l'incomplétude concerne l'obligation, les procédures juridiques organisant le traitement d'une part et les dispositions relatives aux conséquences de l'inexécution de l'obligation.

Le but pour dans l'élaboration d'un contrat est donc d'éviter le plus possible la possibilité d'existence d'une incomplétude provoquant ainsi la sanction de l'une des parties contractantes.

Dans le cas d'une interprétation des contrats, il s'agit ici d'une interprétation judiciaire, qui portera sur l'existence d'une obligation, donc sur son contenu.

Section 3 : la théorie des enchères et la théorie des enchères inversées

L'enchère peut être défini comme étant une offre d'un prix, supérieur à la mise à prix, ou au prix qu'un autre a déjà offert, en parlant des choses qui se vendent ou s'afferment au plus offrant .

3.1 Contexte historique

Les enchères existaient déjà quelques siècles avant Jésus Christ, elle été théorisée, c'est-à-dire, n'a été un sujet d'étude universitaire qu'en 1944 dans une thèse sur les appels d'offres concurrentiels concernant les titres boursiers²⁸. Et en 1956 un article de Milton Friedman, mettant sur l'accent le cas d'offreur unique suivi de l'article paru en 1961, par Vickrey introduisant dans cette théorie la théorie des jeux, ce qui a révolutionné le concept. Le mécanisme d'enchère peut être utilisé dans de nombreux domaines. D'un point de vue plus général, « une enchère est un mécanisme d'allocation dans lequel un agent en position de monopole (ou de monopsonne) met en concurrence par une procédure concurrentielle écrite ou orale, plusieurs demandeurs ou offreurs sur la base d'une règle préannonce d'allocation et de

²⁸ Voir la bibliographie

paiement définissant celui ou ceux qui obtiendront (ou fourniront) le ou les biens ainsi que les transferts monétaires en fonction de l'ensemble des propositions des agents »²⁹.

La formation du prix résulte de la concurrence entre les concourants, et où le monopoleur n'a pour rôle que d'annoncer les règles du jeu. Du fait de la généralité du mécanisme d'enchères, ce dernier devient un instrument utilisé par le secteur public dans de nombreux pays.

3.2 Les théories économiques des enchères

Le mécanisme d'enchère permet la maximisation du gain par l'agent initiateur du mécanisme, elle permet en même temps d'assurer l'efficacité allocative. Les démarches de formalisation de ce mécanisme a été initié par Milton Friedman en 1955, dans cette étude l'auteur montre que la stratégie des enchérisseurs est fondé sur une mise permettant la maximisation de l'espérance de gain d'un agent en considérant la valeur du bien perçu par l'agent. Cependant, cette étude, ne se porte que sur le comportement d'un seul enchérisseur, c'est à dire ne considérant pas les autres agents élaborant des stratégies. Cela porte cependant des problèmes quant à l'étude du mécanisme.

L'introduction de la « théorie des jeux » dans celle des enchères par William Vickrey en 1961, a permis de combler les failles de la théorie des enchères proposées par Friedman. Cette théorie considère le comportement stratégique des auteurs dans leur ensemble mais aussi les interactions entre stratégies individuelles. L'analyse du comportement de chaque participants va permettre de définir un équilibre stratégique du jeu déterminant la stratégie optimale pour chaque joueur donc pour chaque agent, en prenant compte des stratégies des autres joueurs.

3.3 Les mécanismes d'enchères

En fonction de la procédé mise en œuvre, du mécanisme des enchères on a recensé trois grandes catégories d'enchère, dont :

- *Les enchères standards permettant de mettre en concurrence les acheteurs* : on peut aussi appeler cette catégorie 'les enchères classiques' qui sont des enchères ascendants, c'est-à-dire que le prix du bien ou du service mis aux enchères augmente au fur et à mesure que les concourants augmentent leurs mise pour acquérir le bien ou service mise aux enchères. Ainsi, l'organisateur de la vente commence avec un prix de départ, qui est dans les cas général un prix assez bas. Chaque participant va

²⁹ Jaonasy Anivosoa, « essai sur l'analyse du fonctionnement des marchés publics à Madagascar : cas des marchés de travaux et de fourniture », 2015, p 352

proposer un prix successivement élevé, et le processus ne s'arrête que lorsqu'il n'y a plus qu'un seul candidat, le bien est alors attribué au candidat « le plus offrant ».

- *Les enchères hollandaises standards* : il s'agit d'enchères descendantes, dans laquelle durant la procédure d'enchère le prix, du fait des propositions des candidats, baisse continuellement. Au départ, on a proposé un prix élevé et ce dernier va baisser au fur et à mesure que les candidats y participent.
- *Les enchères anglaises inversées* : c'est une enchère de types descendants, où à chaque nouvelle enchère le prix baisse. C'est une procédure reconnue pour plusieurs types de marché. Dans ce modèle, les candidats sont constamment informés des offres faites par leurs concurrents et peuvent réagir en proposant un prix plus bas. A la fin des enchères les vendeurs ayant proposé le prix le moins élevé remporte le bien ou le service mis aux enchères et c'est donc à un prix que l'acheteur devra lui acheter le bien ou le service.
- *Les enchères standard sous pli cacheté* peut aussi être appelées enchères scellées au premier prix, cette forme d'enchère consiste à ce que chaque enchérisseur indépendamment de ses concurrents, remettent leurs offres à l'organisateur de la procédure d'enchère. L'organisateur va alors évaluer ces offres et va attribuer l'objet au plus offrant qui paiera le montant qu'il a proposé afin d'acquérir l'objet. En d'autres termes, chaque enchérisseur va proposer un prix sans savoir le montant proposé par les autres enchérisseurs.

Les enchères de Vickrey sont donc des enchères où le plus offrant ne paie pas le montant qu'il a proposé mais celui du deuxième meilleur enchérisseur.

Section 4 : Théorie de l'économie de la dépense publique sous l'optique macroéconomique

La dépense publique est généralement considérée comme facteur de stimulation de la croissance économique. La gestion des dépenses publiques peut être un obstacle à la réalisation des objectifs de réductions de la pauvreté mais peut aussi être un élément favorisant la croissance économique facilitant dans certaine mesure le développement d'un pays. Ces dernières constituent ainsi une part importante pour l'économie d'un pays.

4.1 L'équilibre de la dépense publique

Dans une définition simpliste de la dépense publique, elle représente l'ensemble des dépenses faites par l'Administration. D'après Richard MUSGRAVE³⁰ pour réaliser ses fonctions d'allocation des ressources, de financement la production de biens et services (notamment des biens et services non marchand), de redistribution pour une égalité économique de la population et de stabilité de l'économie du pays. La dépense publique est donc l'un des moyens utilisés par l'Administration pour la réalisation de ses fonctions. Du fait de son importance l'Etat a instauré un moyen permettant de réglementer les processus de dépenses publiques, d'où les Lois de Finance retraçant les recettes et les dépenses de l'Administration. Les recettes publiques et les dépenses publiques constituent les éléments fondamentaux inscrits dans les lois de finances³¹. « *Les lois de finances déterminent, pour un exercice, la nature, le montant et l'affectation des ressources et des charges de l'Etat ainsi que l'équilibre budgétaire et financier qui en résulte compte tenu des contraintes d'ordre macro-économique*³². » Tel est la définition donnée à la loi de finance, elle est comme toutes les lois votée au parlement.

L'exécution de la dépense publique conformément à la loi de finance doit respecter trois principes qui sont :

Le principe d'annualité qui prévoit qu'il soit rédigé chaque année une nouvelle loi de finance car les dépenses de l'année ne sont pas obligatoirement les mêmes que l'année précédente.

Le principe d'unité, qui suit les règles de l'unité (exigeant que le budget de l'Etat soit retracé dans un même document le budget de l'Etat et la règle de l'exhaustivité qui prévoit et autorise l'ensemble).

Le principe de l'universalité qui respecte les règles de non-compensation et de non-affectation. *Le principe de spécialité* qui consiste à indiquer précisément le montant et la nature des opérations prévus par la loi de finance.

Le principe de sincérité consiste à présenter de façon sincère les ressources et les charges de l'Etat.

En considérant maintenant les grandes variables qui constituent les dépenses et les ressources d'un pays ouvert. Selon la logique keynésienne en considérant ces grandes variables on peut obtenir l'équilibre macroéconomique en économie ouverte qui peut être simplifié par l'équation suivante :

³⁰ MUSGRAVE R.-A., (1910-2007), "The Theory of Public Finance", 1959

³¹ www.mefb.gov.mg consulté le 28 Janvier 2018

³² Loi organique n°2004-007 du Juillet 2004 sur les lois de Finances, article premier

$$Y = C + I + G + (X - M)$$

Où Y Représente la production nationale

C et I sont respectivement la consommation et l'investissement privés

G les dépenses publiques de l'Etat

X-M est la balance commerciale du pays avec X l'exportation et M l'importation

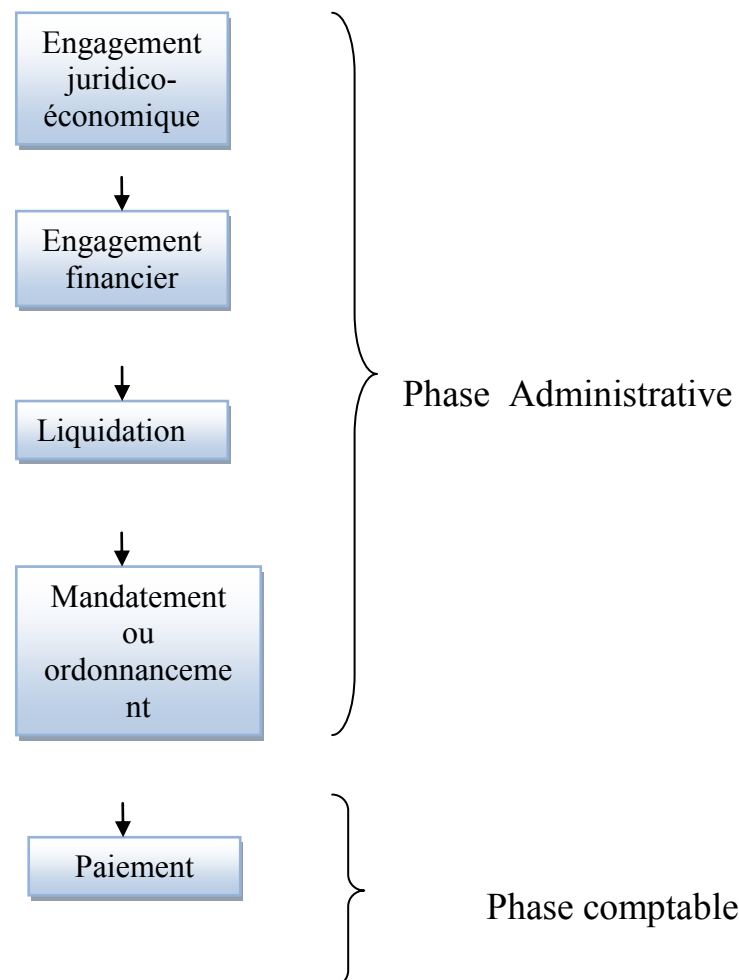
Selon cette optique Keynésien la dépense publique G entre dans l'équation d'équilibre macroéconomique de l'Etat et contribue à la relance de la croissance économique du pays. L'objet principal de l'économie des marchés publics étant l'acquisition de bien ou de service ou les deux en même temps, pour l'intérêt général de la Nation, représente une part importante dans la dépense publique. L'Etat doit se montrer, dans les processus des dépenses publiques, rationnel en garantissant une meilleure allocation optimale des ressources budgétaires (qui sont limités face aux besoins qui sont illimités).

4.2 Chaîne de la dépense publique

La dépense publique est un processus formalisé, régularisé et planifié. L'utilisation des ressources publiques n'est pas chose aisée car elle la pratique de la répartition des budgets et de la bonne gestion des deniers publics est l'un des moyens pratiques permettant à l'autorité publique notamment, l'Etat comme politique à la lutte contre la pauvreté. On a ainsi élaboré des phases normatives dans le but d'orienter le processus de dépense publique. Les grandes lignes de ces étapes sont résumées par la figure suivante :



Figure n°02 : Modélisation de la chaine de la dépense publique



Source : cours de cadrage macroéconomique par M. Randimbisoa Oliva E. Ingénieur Statisticien Economiste

Ce système de finance publique est semblable à celui des français où l'on distingue deux grandes phases dont ; la phase administrative comportant les procédures suivant³³ :

- la première étant une phase administrative comportant la phase de l'engagement ou un administrateur pose un acte ayant une implication financière pour l'Etat et cet administrateur est aussi chargé d'évaluer le montant de cette implication, contrôleur financier vérifie ainsi le reste des crédits sur la ligne budgétaire correspondante et bloque le montant,
- La seconde phase administrative étant la liquidation, l'administrateur fait savoir à l'ordonnateur que le service prévu a été fait, et arrête le montant de la dépense,

³³ Modélisation Macroéconomique, note pédagogique par M. Randimbisoa Oliva E. Ingénieur Statisticien Economiste

- L'ordonnancement ou ordonnancement ou l'ordonnateur donne l'ordre au comptable public de payer

La deuxième grande phase est phase comptable ou l'acteur principal est le comptable public qui exécute le paiement du créancier de l'Etat et vérifie le bon déroulement de la phase administrative.

La distinction de ces deux grandes phases entraîne la séparation des fonctions de l'Ordonnateur Secondaire ayant une fonction administrative et le Comptable Public qui a la fonction comptable.

Le marché public est un système par lequel l'Administration lance une procédure de mise en concurrence des secteurs privés et dans certaine mesure des secteurs pour réaliser pour le compte de l'Administration des travaux ou des services ou même des études, ou simplement la commande publique. Ce système du fait de l'utilisation des deniers publics pour sa réalisation représente est à la fois complexe et fragile. Pour faciliter sa réalisation, l'autorité a instauré différentes lois et règlement régissant les procédures à suivre dans la réalisation des diverses commandes publiques, les organes chargés de réaliser les différentes étapes dans le processus de la commande publique. Ces lois comportent aussi les principes que doit se conformer tout type de marché, tout acteur de la commande publique, toute procédure à suivre. Ces principes rappelons-nous sont le principe de liberté d'accès à la commande publique, le principe d'égalité de traitement des candidats et le principe de transparence des procédures. Atours du marché public on retrouve aussi des théories pouvant expliquer des parties du système, les principales théories sont les théories des marchés, les théories sur les contrats administratifs, les théories des enchères et les théories sur l'exécution de la dépense publique. Ce sont les grandes lignes de la première parties, dans la partie eux de cette étude nous allons voir l'analyse empirique des marchés publics et les mesures prises par l'organe de contrôle pour la réalisation de ses fonctions, les limites qui n'ont pas permis l'approfondissement du sujet et les recommandations.

PARTIE 2 :

ANALYSE EMPIRIQUE

Chapitre 1 : vérification de l'applicabilité des théories sur le marché public

Dans ce chapitre nous allons voir si les théories proposées comme étant à la base des marchés publics sont vérifiées dans la pratique de ces derniers. Voir les points sur lesquels les théories ne s'appliquent pas mais aussi les points à améliorer afin de permettre la réalisation de ces théories sur le marché public.

Section 1 la théorie des marchés dans le cadre des marchés publics

Le cadre d'application des marchés publics est au niveau du marché, on ne peut sortir de la notion qui gravite autour de ce dernier en vue de réaliser un marché public.

1.1 L'économie des marchés publics dans le cadre de la concurrence

Sur le plan théorique, le marché public se repose sur le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse résultant d'un ajustement par le prix à partir d'un choix de cadre de mise en concurrence approprié (cela en fonction du type de la commande publique mais aussi du montant estimatif du marché par rapport au seuil). Pour permettre l'équilibre concurrentiel sur le marché, le mécanisme prévoit trois niveaux d'ouverture à la concurrence de la commande publique, cela tout en considérant les résultats de la comparaison du montant estimé du contrat avec les seuils de procédures préétablis.

Le système de mise en concurrence en marché public est caractérisé à la fois par un mode d'allocation de ressources, et par l'équilibre obtenue garantissant le meilleur rapport Qualité/Prix. Chaque niveau doit correspondre à un cadre de mise en concurrence permettant de garantir la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse qui montre le plus ce rapport Qualité/Prix. Le tableau suivant montre les niveaux de mise en concurrence suivant le cadre auquel l'acheteur public peut recourir.

Tableau n°04 : Cadre de mise en concurrence en marché public

Niveau de mise en concurrence	Degré de mise en concurrence	Cadre de mise en concurrence
1	Ouverte	Appel d'offres ouvert
2	restreindre	Appel d'offres restreint Consultation restreinte
3	zéro	Marché de gré à gré Bon de commande

Source : thèse de marché public³⁴

De par ce tableau nous constatons que l'appel d'offres ouvert représente le mode de passation qui admet un niveau de mise en concurrence un(1) avec un degré de mise en concurrence ouvert. Ce mode de passation permet à toute personne estimant remplir les conditions exigées par l'autorité contractante de se porter candidat dans la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse. L'appel d'offre ouvert est le modèle type d'un marché de concurrence respectant le principe de liberté des candidats à la commande publique, le principe d'égalité de traitement des candidats conditionné par l'instauration du Dossier d'Appel d'Offre (DAO), qui doit d'abord être soumis aux contrôles de l'organe chargé de réaliser ce dernier, c'est après que les rectificatifs apportés par l'organe de contrôle que la PRMP peut **signer** le DAO.

L'appel d'offre restreint est le mode de passation de marché dans un cadre de mise en concurrence plus restreint. Dans ce dernier, il appartient à la Personne Responsable de Marché Public de choisir au moins trois candidats pouvant répondre aux exigences des critères énoncés dans les conditions d'appel d'offre pour réaliser les prestations. Sur le tableau on constate que le niveau ou le degré de mise concurrence de l'appel d'offre restreint correspond à un niveau 2, dans ce cas de figure le cadre de gouvernance des marchés publics en vigueur³⁵ déterminera le cadre de mise en concurrence de ce mode de passation. L'appel d'offre restreint appartient encore au cadre de mise en concurrence du fait que l'acheteur public, exigé par le Code de Marchés Publics, doit consulter au moins trois candidats qui vont remettre leurs offres qui seront évaluées en vue de déterminer celle qui sera l'offre

³⁴ Du Dr. Jaonasy ANIVOSOA

³⁵ La loi n°2016-055 du 25 Janvier 2016

économiquement la plus avantageuse. Il y a donc pour ce cas de figure une mise en concurrence minimale soit-elle.

Le dernier mode de passation des marchés publics est le marché de gré à gré. Ce dernier par rapport à l'appel d'offre ouvert et l'appel d'offre restreint qui nécessitent des coûts de transactions **moins** élevés³⁶, correspond à un cadre de mise en concurrence à zéro concurrence, et de niveau 3. La procédure permet à l'acheteur public d'attribuer le marché directement, sans avoir eu recours à des procédures de publicité ou de mise en concurrence, à un titulaire prédéterminé. Le marché de gré à gré est donc un mode de passation de marché dérogatoire s'appliquant dans les cas d'un marché monopolistique. En générale, l'acheteur public ne fait appel à un marché de gré à gré que dans les cas prévus par le code des marchés publics en vigueur³⁷.

1.2 Le marché public dans le cadre du marché de concurrence pure et parfaite

Rappelons les principes régissant le marché de concurrence pure et parfaite, une théorie élaborée par les économistes néoclassiques selon laquelle la confrontation de l'offre et de la demande conduit à la formation des prix. On dit qu'un marché est de concurrence pure et parfaite s'il respecte les conditions suivantes :

Principe d'atomicité : où les actions de chaque agent n'influencent pas la structure du marché. Les agents économiques participants sont en grand nombre, d'où les décisions et l'action d'un agent économique n'influencent pas le prix sur le marché.

Principe d'homogénéité des produits : les produits de chaque producteur sont jugés identiques, homogènes et substituables par les consommateurs donc interchangeables.

Principe de fluidité : est la libre entrée et sortie de chaque individu, chaque producteur peut participer au marché s'il juge la structure du marché favorable et lui permettent de faire des profits, et il en est de même pour les consommateurs.

Principe de mobilité : il s'agit de la libre circulation des facteurs de production ; les capitaux et le travail.

³⁶ Non recours aux procédures de publicité qui peuvent générer des coûts élevés au frais de l'autorité contractante

³⁷ L'acheteur peut recourir à un marché de gré à gré dans le cas d'un marché complémentaire, une urgence impérieuse,

Principe de transparence de l'information : chaque participant disposent des mêmes informations, des mêmes connaissances complètes de tous les facteurs significatifs du marché.

Ces principes peuvent être séparés en deux catégories les principes permettant la « pureté » du marché dont l'atomicité du marché, le principe de l'homogénéité des produits, le principe de la fluidité. Les principes favorisant « la perfection » du marché, qui sont la liberté des facteurs de production et le principe de transparence.

Dans le cadre du marché de concurrence, on peut considérer le marché public selon deux points de vue, le premier sous l'optique de l'autorité contractante qui est généralement l'acheteur public et le second sous l'optique du cocontractant de l'administration. Pour le second, au cours des procédures de passation de marché dans le cadre d'un appel d'offre ouvert et d'un appel d'offre restreint, la théorie de la concurrence pure et parfaite du marché n'est pas vérifiée. Les candidats dans leurs concours pour devenir l'attributaire du marché, disposent des mêmes informations, mais peuvent ne pas disposer des mêmes possibilités de mobilités, l'homogénéité des produits proposés par chaque candidat, la possibilité pour chaque individu de participer ou non au concours de la commande publique peuvent ne pas vérifier la théorie de la concurrence pure et parfaite.

Du point de vue de l'acheteur public, la théorie n'est pas vérifiée car l'acheteur public représenté par une seule personne (morale) qui à chaque décision influe le marché. Sous cet optique le marché public ne correspond pas à un marché de concurrence pure et parfaite où participe un grand nombre d'acheteur ; demandeur et de vendeur qui sont les offreurs pour en fixer le prix. En matière de marché public, c'est le concours entre des offreurs qui en détermine le prix. Du point de vue général, en prenant en considération en même temps les deux points de vue, c'est-à-dire du côté des acheteurs et du côté des demandeurs, en nous référerons au tableau montrant la typologie des marchés ; le marché public correspond à une situation où le nombre d'acheteur est unique (un seul acheteur) et le nombre de vendeur est de quelques nombres, cette situation correspond à un marché de type *monopsonne contrarié*. C'est en effet le cas dans la pratique des marchés publics car l'acheteur public détermine les critères permettant aux offreurs de participer ou non au marché. Aussi, c'est le concours des offres qui va en déterminer le prix d'équilibre et non la confrontation des offreurs et des demandeurs.

Tableau n°05 : tableau récapitulatif montrant l'applicabilité de la théorie des marchés sur le marché public

Considération du point de vue	Type de marché	<u>Les principes réalisés</u>
De l'acheteur public	Monopole	Unique
Des offreurs	Concurrence	Quelques nombres
Du marché public	Monopsonne contrarié	Demandeur unique et quelque nombre d'offreur

Source : construction de l'auteur

Le tableau ci-dessus montre les types de marché en considérant chaque partie séparément ; le type de marché correspondant et le type de marché correspondant au marché public en considérant à la fois les deux parties.

Section 2 : la théorie du contrat dans le cadre du marché public

Le contrat est un élément essentiel dans le marché public, c'est à partir du contrat que les parties retracent leur accord de volonté les attentes de l'acheteur ainsi que l'acceptation de son cocontractant à réaliser la commande de l'autorité publique.

2.1 Le contrat administratif dans les marchés publics

Dans la définition attribuée au marché public par le Code des Marchés Publics, le marché public est un contrat administratif écrit ; conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privée par les Autorités Contractantes³⁸. Cette définition donnée au marché public correspond à la définition générale donnée au contrat administratif, selon laquelle un contrat est dit administratif lorsque l'une des parties contractantes est l'Administration. La simple présence de l'Administration en tant que contractant suffit donc à dire que le un contrat administratif, cela nous conduit donc à considérer tous les contrats réalisés par l'Administration comme étant tous des contrats administratifs. Cependant ; cette définition n'est pas suffisante pour dire si un contrat est effectivement un contrat administratif ou non en considérant les nombreuses théories portant sur les contrats administratifs. En effet, la théorie de *George Péquignot* considérant que le contrat administratif ne doit pas être perçu seulement en considérant les parties contractantes mais aussi par son objet, la source du

³⁸ Loi n°2016- 055 portant Code des Marchés Publics article 2

contrat qui est la réalisation des commandes publiques. En approfondissant cette théorie, on peut dire que toutes les contrats concluent par des autorités publiques ne sont pas tous des contrats administratifs mais il faut considérer aussi l'objet du contrat. Le marché public correspond donc à un contrat administratif, en considérant cette optique du contrat administratif, du fait qu'il a pour objet la réalisation de la commande publique selon la fonction régaliennne de l'Etat.

Selon une autre considération du contrat administratif, celui de *Léon Duguit*, comme étant un contrat semblable aux contrats privés, car tous contrats notamment les contrats privés et les contrats publics ont les mêmes effets ; en d'autre terme, selon l'auteur, le régime appliqué aux contrats privés est semblable à celui des contrats administratifs. La définition du contrat administratif repose donc pour cela à sa définition générale qui exige la simple présence de l'Administration comme étant l'une des parties contractante. Dans ce sens, la définition du marché public comme étant un contrat administratif est vérifiée du fait qu'il fait intervenir deux personnes (morales ou physique) dans le but de créer une obligation qui met l'une des parties, notamment l'Administration ou l'autorité contractante, dans une position de débitrice ; et l'autre partie, le cocontractant, dans une position de créancière. Mais cette dernière doit réaliser pour le compte de l'Etat un service.

La vision de *Gaston Jèze* du contrat administratif est plus ou moins conforme au contrat administratif appliqué en marché public car c'est l'autorité qui rédige le contrat et l'attributaire du marché ne prend connaissance du contenu du contrat qu'après la notification de l'autorité contractant sur la personne dont l'offre est l'économiquement la plus avantageuse. A ce moment l'attributaire du marché n'a d'autre choix que de signer le contrat car dans le cas contraire (dans le cas où l'attributaire du marché se désiste) l'autorité contractante saisira la garantie de soumission³⁹ de l'attributaire du marché.

2.2 L'incomplétude des contrats administratifs

Rappelons que l'incomplétude en matière de contrat représente tous les contrats qui ne sont pas exécutables par un tiers, notamment le juge. L'incomplétude d'un contrat peut avoir deux formes dont la première étant l'incomplétude par rapport à la contingence et le second l'incomplétude obligationnelle (Ayres et Gertner 1989,1992). La première forme

³⁹ La garantie de soumission a pour but d'éviter la remise des offres non sérieuses qui pourront entraîner l'annulation des procédures

d'incomplétude tend, dans la mesure où les variables sont vérifiables par le juge, à considérer certaines variables ne faisant pas parties du contrat soit du fait de la contrainte d'indéscriptibilité (difficulté de décrire certaines variables) ou l'asymétrie d'information (détention d'information par une partie sur une des variables). La deuxième forme considère simplement les variables qui ne sont pas vérifiables par le juge donc ne sont pas incluse dans les contrats. Dans le cadre de l'incomplétude la considération de l'asymétrie d'information fait entrer la théorie de l'agence dans la considération de la notion.

Le contrat administratif, cependant n'est pas toujours applicable en marchés publics, dans certaine forme de marché public l'autorité contractante peut se passer d'une convention écrite pour passer directement à la réalisation de la commande publique. Ce cas de figure est déterminé, dépend d'un seuil qui est donné par le Code des Marchés Publics, en son article 4 alinéa V, qui précise que « Les fournitures, prestations de services et de travaux ayant un cout estimatif inférieur à un montant hors toutes taxes fixé par voie réglementaire, après application du mode de computation des seuils prévus l'article 6 du présent Code, sont dispensé de mise en concurrence formelle et sont exécutés directement par bon de commande..... ». Inférieur aux seuils prévus par la loi règlementaire, la PRMP peut ne pas recourir à un contrat et peut passer directement à la commande publique nécessitant seulement un bon de commande. A chaque procédure de passation de marché qui sont rappelons-nous ; l'appel d'offre, la consultation par voie d'affichage et l'achat direct correspondent aux formes de contrat qui sont respectivement le marché ; la convention et l'acte d'engagement avec un bon de commande. Parmi ces procédures de passation des marchés, l'appel d'offre, seul nécessite comme forme de contrat le marché.

Tableau n°06 : tableau récapitulatif des formes de contrat par rapport à la procédure de passation

Procédure de passation	Forme de contrat
Appel d'offre	Marché
Consultation par voie d'affichage	Convention
Achat direct	Acte d'engagement et bon de commande

Source : cours de marché public

Ce tableau met en évidence pour chaque procédure de passation de marché les formes de contrat qui s'ensuivent.

Section 3 : La théorie des enchères dans le marché public

La théorie des enchères est l'une des principales théories considérée en marché public, le mécanisme d'enchère est la base même des procédures appliquées dans la mise en œuvre des mécanismes de la commande publique.

3.1 Le mécanisme des enchères appliquées sur le marché public

L'enchère est le mécanisme par lequel l'enchérisseur lance les procédures d'enchères où un nombre non déterminé d'individu concourant en vue d'acheter ou de vendre un bien ou réaliser un service. C'est ce système qui va être utilisé par l'autorité contractante ; représentée par la Personne Responsable des Marchés Publics (PRMP) qui va jouer le rôle du responsable de l'enchère. Cette dernière va lancer la procédure de mise en concurrence et après avoir reçu les informations nécessaires sur l'enchère les enchérisseurs vont remettre leurs offres.

3.2 Les enchères sous pli et cacheté

Selon le Code prévue par la loi, les enchérisseurs vont alors remettre leur offre et qui seront les unes des autres. Chaque enchérisseur va estimer la valeur du marché à indépendante exécuter et c'est cette estimation est la seule variable à la base de la formation du prix en marché public. Après que tous les candidats ont remis leur offre, le responsable des enchères va évaluer chaque offre et va déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Ici, le responsable des enchères n'est pas une seule personne mais tout l'ensemble de l'organe de la commande publique qui sont, la PRMP qui a pour fonction de lancer la procédure de mise en concurrence, la CAO qui est chargé de l'ouverture des plis et de l'évaluation des offres et propose à la PRMP l'attributaire du marché et c'est ce dernier qui va nommer l'attributaire du marché.

Section 4 : Le marché public sous l'optique des dépenses publiques

Le marché public est une partie des dépenses publiques du fait de l'utilisation des ressources publique pour sa réalisation. Dans les cas les plus fréquents, le financement des marchés publics proviennent des recettes de l'Etat, c'est pour cette raison que le marché public détient une rubrique spéciale dans les lois de finances afin de respecter les principes à la base de ce dernier. En outre, les marchés publics sont perçus comme étant des investissements de l'Etat

ou plus précisément des dépenses d'investissement de l'Etat, en ce sens, le marché public entre donc ou si l'on peut dire permet l'équilibre des macroéconomique.

Chapitre 2 : les mesures prises par la commission nationale des marchés

Etant un organe nouvellement institué, la commission nationale des marchés va reformer les moyens de contrôle au niveau des marchés publics et ces nouveaux moyens de contrôle et leur résultat que nous allons voir dans ce chapitre.

Section 1 : Du Commission Centrale des Marché à la Commission Nationale des Marchés

Dans le titre VII du Code des Marchés Publics du 26 Juillet 2004, consacré à l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, portant sur l'organisation et fonctionnement (article 53) et les missions et attributions de l'organe de régulation. Les fonctions de l'autorité de régulation et celle des contrôles ont été confondu et rôle de contrôle a été attribué à la Commission Centrale des Marchés⁴⁰. L'autorité de régulation des marchés et la commission des marchés publics sont, depuis l'institution du nouveau Code des Marchés Publics du 25 Janvier 2016, des entités indépendantes ayant respectivement pour rôle principal de veiller à l'application des principes régissant le marché public et le rôle de procéder à l'examen a priori et a posteriori, suivant les seuils de contrôle fixés par voie réglementaire de la conformité des procédures de passation et des propositions liées à l'exécution des marchés publics. Cette séparation visant à éviter les conflits d'intérêt et l'indépendance fonctionnelle. En effet, le nouveau code a eu pour principal objet la séparation de la fonction de l'autorité de régulation qui est, selon le nouveau code des marchés publics, dotée de pouvoir d'administration de décision et de sanction. Dotée de la personnalité juridique, d'une autonomie administrative et financière. Les missions et les attributions ainsi que la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement de la commission nationale des marchés sont fixées par voie réglementaire⁴¹.

1.1 Le fonctionnement de la commission nationale des marchés

Pour assurer ses fonction en tant qu'organe de contrôle, la Commission Nationale des Marchés est composée de⁴² :

- Un président chargé de :

⁴⁰ Ceci jusqu'à la mise en place de la Commission Nationale des Marchés

⁴¹ Jusqu'à ce jour le décret d'application de ce code n'a pas encore été institué

⁴² www.ARMP.com consulté le 15 Décembre 2017

- Diriger et conduire les travaux en séance de la commission ;
 - Coordonner et assurer le suivi des activités de la Commission ainsi que celles du service de coordination ;
 - Veiller au bon fonctionnement et une meilleure organisation des activités de la Commission ;
 - Rendre compte instamment au Directeur Général de l'ARMP de tous faits irrégulier constatés dans les séances d'examen des dossiers ;
 - Soumettre des rapports périodiques d'activités au Directeur Général de L'ARMP ;
 - S'assurer des bonnes relations de service de la Commission Nationale des Marché aux autres services de l'ARMP.
- De quatre (04) membres qui :
 - Participent à l'examen des dossiers assortis d'observations et aux travaux en séance ;
 - Assistent le Président dans tous les cas où le besoin de fait sentir (réunion, atelier, conception et élaboration des textes)
 - Remplacent le Président, sur désignation à son absence.
 - Le secrétariat composé d'un secrétaire chargé du Courrier et trois secrétaires qui se relaient à assurer les travaux de secrétariat en séance de commission à raison de trois séance par semaine et d'un secrétaire différent d'une séance à une autre dans la semaine.
 - Le Service de Coordination, dirigé par le chef de Service et assure
 - La réception et la vérification des dossiers reçus ;
 - L'établissement de l'ordre du jour-convocation ;
 - Le respect de l'ordre du secrétariat ;
 - Le collationnement des procès-verbaux ;
 - Le classement physique des archives ;
 - L'établissement des rapports périodiques ;
 - Certifie la copie des procès-verbaux établis en un seul original signé par le Président et les membres de la Commission Nationale des Marchés.

L'organigramme de la CNM montre une disparité des fonctions permettant une plus grande performance des actions dans le processus de contrôle des passations des marchés.

1.2 L’audit administratif et l’audit pénal

Les procédures en marché public sont confrontées à deux sortes de suivi, la première concerne l’audit administratif et la seconde se porte sur l’audit pénal. Ces suivis sont réalisés respectivement par l’organe de contrôle, la commission nationale des marchés publics et le Bureau Indépendant Anti-Corruption. Le premier qui consiste à vérifier, à examiner le respect des procédures par les acteurs de la commande publique et le second consiste à procéder à des vérifications de la neutralité des acteurs de la commande publique. Plus précisément, l’organe de contrôle dans sa mission de réalisation des contrôle a priori met en place des systèmes de vérification de la normalité de la procédure de passation des marchés cela en se référant au seuil des marchés selon la loi réglementaire en vigueur. Dans cette même approche l’organe de contrôle va aussi procéder au contrôle a posteriori qui consiste en la vérification des respects de la procédure de passation des marchés ainsi que du respect du contrat par les deux parties.

L’audit pénal est réalisé par le Bureau Indépendant Anti- Corruption ou le BIANCO qui a pour rôle principal de contrôler les possibles mauvaises actions et mauvaise foi ; comme le favoritisme, le détournement, faux et usage de faux dans l’attribution de marché public, des responsables de la commande publique. Tel a été le cas de l’affaire ayant impliquée une femme d’affaire proche de la présidence, « corruption dans l’attribution de marchés publics..... Il s’agit d’un déferrement dans le cadre d’un autre dossier la concernant. Selon les informations, cette fois-ci, la femme d’affaires connue et reconnue comme étant proche du président de la République est impliquée dans un nouveau dossier de favoritisme, de détournement, de faux et usage de faux dans l’attribution de marchés publics. Plusieurs responsables au sein du ministère de l’Emploi, de l’enseignement technique et de la Formation professionnelle, ainsi que les entreprises bénéficiaires dans le cadre de la passation d’un marché pour la construction d’un lycée technique dans la Commune rurale d’Ambalavao, sont soupçonnés impliqués dans ce dossier d’être. »⁴³ L’affaire a été suspectes de corruption et de détournement de deniers publics commis avec la complicité des responsables du ministère de l’Intérieur et de la décentralisation ce qui a entraîné l’intervention de la BIANCO.

Le BIANCO qui est statué comme étant une personnalité juridique ayant une autonomie administrative et financière. Il est catégorisé comme faisant partie de favoritisme en marché public et sera puni de deux à cinq ans d’emprisonnement et d’une amende de dix millions à

⁴³ Rédaction Midi Madagascar du 14 Décembre 2017

deux cent million toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission publique tentant de donner avantage injustifié par un acte contraire aux dispositifs réglementaires garantissant le principe de l'égalité d'accès et l'égalité des candidats en matière de marchés publics et transfert contractuels de gestion de services publics⁴⁴. Il relève aussi de l'action du BIANCO, en matière de marché public, de sanctionner, d'annuler tout contrat, licence obtenu en ayant fait de la corruption.

Section 2 : Les actions de la Commission Nationale des Marchés en matière de contrôle a posteriori

Etant nouvellement institué comme étant l'organe de contrôle la Commission Nationale des Marchés, ce dernier procède à de nouvelles stratégies de contrôle et de nouvelles méthodologies de contrôle. Cela toujours dans le but de respecter le principe de transparence des procédures en vues d'une amélioration des procédures de la commande publique.

2.1 Stratégies et objectifs du contrôle a posteriori

Après avoir été institué en tant qu'organe indépendant de l'autorité de régulation en 2016, la Commission Nationale des Marchés procède à une évaluation du système actuel de contrôle des passations des marchés à l'aide de l'organisation d'un atelier de réflexion avec les autres organes de contrôle des finances publiques⁴⁵ et d'investigation dont la BIANCO et SAMIFIN, qui s'est déroulé du 08 au 12 Février à Toamasina. Pour cela, l'organe de contrôle a adopté et a élaboré des stratégies d'intervention dont⁴⁶ :

- Renforcer les capacités de la Commission Nationale des Marchés ;
- Rendre effectif le champ d'application du Code ;
- Revoir les modalités de l'assistance technique aux autorités contractantes ;
- Procéder au suivi de l'application des recommandations ;
- Dénonciation des irrégularités

Une nouvelle stratégie touchant le contrôle a posteriori sur les marchés jugés à risque concernant plusieurs entités publiques, durant les années 2014 et 2015, se portant plus particulièrement sur les contrats passés par trois (03) Institutions, treize (13) Ministères, deux (02) sociétés à participation majoritaire de l'Etat, sept (07) Etablissements Publics

⁴⁴ Loi n° 2016-020 sur la lutte contre la corruption article 19

⁴⁵ Ces organes de contrôles comprennent l'Inspection Générale d'Etat, le Contrôle Financier, la Cour des Comptes

⁴⁶ Rapport Public de contrôle a posteriori des contrats passé en 2014 et 2015

totalisant trente-six (36) Personne Responsable des Marchés Publics, ainsi qu'au niveau de quatre-vingt (80) Services Territoriaux et sur six (06) régions⁴⁷.

Le contrôle a posteriori a pour objectifs principale, d'une part vérifier la conformité des procédures de passation des marchés vis-à-vis des rapports de réglementations, et d'autre part la détermination du système et évoqué ainsi les recommandations nécessaires pour une meilleure pratique de passation des marchés.

2.2 Méthodologie de contrôle appliqué

La méthode élaborée et mise en œuvre par l'organe de contrôle se résume en trois étapes qui sont respectivement :

- ❖ La définition de la liste des entités et des contrats faisant l'objet de contrôle par le biais des informations recueillis au niveau des services informatique où sont centralisé les données. Faute de moyen, l'organe de contrôle ne peut procéder à l'évaluation de toutes les entités, la CNM a donc rédigé des critères correspondant aux entités à contrôler⁴⁸. Parmi les listes ayant été contrôlé, il y a les contrats passés en mode dérogatoire, les contrats ayant été passé par des établissements publics, des échantillons de contrats ;
- ❖ L'analyse de la conformité ou non de la procédure de passation de la planification du contrat à son établissement, cette analyse se base essentiellement sur les principes généraux régissant les marchés publics. L'établissement des critères de non-conformité définie pour chaque mode de passation de marché et pour chaque procédure de transmission des marchés ;
- ❖ La restitution des résultats consistant à remettre à chaque entité de toutes les constatations ayant été mises à la connaissance de la PRMP, à la fin des procédures de contrôles deux types de rapports ont été établis dont un rapport confidentiel rédigé par la PRMP retraçant le résultat du contrôle et les irrégularités constatés et un rapport public qui résume les résultats du contrôle, les principales constatations et les recommandations.

Au cours des vérifications réalisées par l'organe de contrôle selon le rapport public établi pour le résultat des contrôles a posteriori des contrats passés en 2014-2015, la mission des

⁴⁷ Rapport Publics de contrôle a posteriori des contrats passé en 2014 et 2015

⁴⁸ Ces critères concernent les entités ayant eu recours aux modes dérogatoires, n'ayant pas soumis des dossiers au contrôle a priori, et les entités non soumis au contrôle a priori

agents contrôleurs a été facilité par la coopérativité des entités contrôlées, ce qui consistait en la facilitation de ces agents à accéder archives et documentations.

Section 3 : les effets de l'action de l'organe de contrôle

La reforme mise en place par ce nouvel organe de contrôle de a d'abord été initié par la recherche des principales causes de la non-conformité des procédures pour pouvoir apporter une meilleure approche concernant la méthodologie de contrôle à appliquer.

3.1 Les principales causes de la non-conformité

Dans le cadre d'un suivi systématique des procédures de passation de marché la Commission des Marchés Publics a recensé et a étudié les principales causes de la non-conformité des procédures, à savoir⁴⁹ :

- ✓ l'inexistence de preuve de publication des différents avis de mise en concurrence et d'attribution dans les journaux ainsi que le non-respect des délais de publication desdits avis et de remise des offres,
- ✓ l'inexistence de documents justificatifs pour les marchés de gré à gré,
- ✓ l'attribution d'un marché à un candidat non sélectionné lors de l'évaluation et l'attribution d'un marché à une société n'ayant pas participé à l'appel d'offres,
- ✓ la notification anticipée d'un ordre de service de commencer les prestations,
- ✓ les documents de réception qui interviennent avant l'achèvement des prestations,
- ✓ l'absence de planification et/ ou l'écart de réalisation réelle par rapport à la planification existante, notamment durant l'année 2014,
- ✓ le non-respect des dispositions des documents types, notamment l'absence de spécifications techniques ou spécifications techniques orientées pour les marchés de fournitures.

A l'issue des séances de restitution avec les PRMP, et selon leurs réponses à la lettre d'information des irrégularités, il ressort que la grande majorité des irrégularités ont été commises à cause des facteurs ci-après:

- ✓ la non-maîtrise des différentes procédures pratiques en matière de passation des marchés, résultant de l'absence et/ou de l'insuffisance des documents pratiques de

⁴⁹ Rapport public de mission de contrôle a posteriori des contrats passés en 2014 et 2015 auprès de 116 entités publiques

passation et de gestion des marchés publics, et de l'insuffisance d'une formation pratique axée sur des études de cas,

- ✓ la mauvaise organisation des archives, à l'origine du fait que les contrôleurs n'ont pas pu trouver la preuve de certains documents,
- ✓ et dans une moindre mesure, les pressions exercées par les autorités supérieures sur les différents organes de la commande publique dans la gestion de la passation des marchés.

3.2 Les résultats des contrôles a posteriori de la commission nationale des marchés

L'étude s'est ici porté sur un total de 677 échantillons de contrats contrôlés dans tout Madagascar, 316 sont jugés conformes à la réglementation, soit 46.68 %. Ce résultat est présenté par le tableau suivant

Tableau n°07 Récapitulatif des résultats du contrôle au niveau national

	NOMBRE D'ENTITES CONTROLEES	NOMBRE D'ECHANTILLON			NOMBRE PROCEDURES CONFORMES			% DES PROCEDURES CONFORMES		
		2014	2015	TOTAL	2014	2015	TOTAL	2014	2015	TOTAL
ENTITES CENTRALES	35	121	212	333	35	98	173	61,98%	46,23%	51,95%
ENTITES REGIONALES	80	160	184	344	80	73	143	43,75%	39,67%	41,57%
TOTAL	115	281	396	677	115	171	316	51,60%	43,18%	46,68%

Source : rapport de contrôle a posteriori de l'ARMP

Nous constatons que le nombre des procédures conformes en 2015 a baissé pour être 46,23% alors qu'en 2014 ce nombre a été de 51,95%

2015 par rapport en 2014, passant de 51.60% à 43.18%. Cette baisse peut s'expliquer par le fait que, en 2014, la plupart des marchés, notamment ceux des régions, ont été passés par la procédure simplifiée dite « comparaison de prix auprès d'au moins trois prestataires ». Cette procédure ayant été supprimée en 2015, les autorités contractantes ont été contraintes de recourir à la procédure de consultation ouverte, même pour les contrats de très faible montant.

Pour l'amélioration de la transparence des procédures, la CNM propose ainsi l'optimisation du système informatique actuel pour permettre la publication en ligne de tous

les avis en relation avec les marchés publics ainsi que leur accès aux publics et candidats à la commande publique.

L'organe de contrôle estime que le contrôle a posteriori a relevé le défi, d'abord de décortiquer tous les aspects de la passation des marchés publics en récoltant toutes les informations et renseignements utiles, ensuite, de jeter la base d'un processus d'application des sanctions prévues par le Code d'éthique des marchés publics en cas de constatations d'irrégularités graves en matière de passation de marchés, et enfin, de mettre en pratique la nouvelle stratégie de contrôle récemment adoptée par la Commission Nationale des Marchés, notamment la collaboration avec les autres organes de contrôle, tout cela en mobilisant le peu de ressources disponibles.

Chapitre 3 : limites et recommandation par rapport à la réalisation de l'étude

Comme toute étude, celle-ci représente toute aussi des limites dans sa réalisation, c'est ce que contient ce chapitre, ainsi que les recommandations liées à ces limites.

Section 1 : Limites dans la réalisation du travail

L'approfondissement de cette étude n'a pas été réalisé face aux problèmes de temps qui est principal facteur à utiliser pour n'importe quel travail de recherche. Parallèlement à cela, le manque de données pouvant entraîner l'incomplétude du travail qui est aussi provoqué par la situation par manque de timing.

Section : 2 Les Recommandations quant à la limite de l'étude

Nous avons évoqué le problème de temps, l'idéale dans ce cas serait donc d'élargir le temps nécessaire à la fois dans la conception dudit devoir mais aussi dans la récolte des informations.

Conclusion

Le marché public est l'un des moyens permettant à l'Administration d'acquérir des biens ou de service en faisant appel généralement au secteur privé. Etant une part importante dans les dépenses publique, l'Etat a instauré des lois et règlements qui régissent tout ce qui concerne le marché public. Pour ce faire l'Administration lance des procédures qui permettront une mise en concurrence afin de déterminer l'attributaire dudit marché.

Nombreux sont les théories qui peuvent expliquer le fonctionnement, le mécanisme du marché public mais le marché public montre de nombreuses cas de figure qui ne vérifient pas ces théories.

Le problème posé au début de cette étude se porte sur le contrôle a posteriori de la commission nationale du marché, nous avons vu qu'après la mise en place de cette dernière, il y a eu des contrôles du marché qui et l'organe de contrôle a relevé de nombreuses formes d'irrégularité et a proposé des solutions, des moyens permettant une amélioration des procédures. Les actions de l'organe de contrôle restent vaines du fait de la manque de ressources pour leur permettre de réaliser de façon performante leurs fonctions, les limites des actions de la CNM résident donc dans les ressources leur permettant de réaliser leurs fonctions. Aussi, la corruption qui a été et qui est encore un mal pour le marché public, persiste encore. Si tel est le cas, si la corruption ne permet pas une transparence des procédures quels sont alors les moyens mis en œuvre par l'Etat pour la faire éradiquer permettant une amélioration des systèmes publics ?

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Ouvrages :

CROS, R. (1994) « *Finances Publiques* », Ed. Cujas, 267p

GENEREUX, J. (1996) « *L'économie Politique* », Ed. Larousse Bordas

ORSONI, G. (1998) « L'exécution de la Loi de Finances », Ed. Economica, 112p

SEMEDO, G. (2001) « *Economie de Finances Publiques* », Ellipses Editions Marketing S.A, 319p

Revues :

Thierry, K. « *L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats « incomplet » à la pratique des contrats administratifs* », Revue internationale de droit économique 2003/1 (t. XVII, 1), p. 11-46. DOI 10.3917/ride.171.0011

Rapports :

ARMP. (31 décembre 2009) « *Rapport 2009* ».

ARMP. (juillet-août 2010) « *Rapport de mission de contrôle a posteriori des contrats passés au cours du 1^{er} quadrimestre de l'année 2010 au niveau de 3 institutions et 21 ministères* », 99 p.

BANQUE MONDIALE. (30 décembre 2002), « *Rapport analytique sur la passation des marchés Madagascar* », Révision Mai et Juin 2003, vol.1 et 2

CIPRIANI R. (4 février 2008) « *Contrôle a posteriori des Marchés supérieurs à 50 000 USD des Ministère de l'Agriculture, de l'Elevage et de la Pêche ; Ministère des travaux Publics et de la Météorologie ; et Ministère des Transports : Rapport provisoire* ».

CNM/CRR. (Juin 2017) « *Rapport public de mission de contrôle a posteriori des contrats passés auprès de 116 entités publiques* », 49 p.

PREA et all. (Juillet 2016) « *Appui à l'élaboration de la stratégie nationale de modernisation de la gestion des finances publiques et son plan d'action à Madagascar* », 65p
THIRION, D. (Janvier 2008) « *Evaluation de la mise en œuvre du Nouveau Code des marchés Publics et contrôle a posteriori de Procédure de Passation des Marchés : cas des Ministère de l'éducation Nationale et de la recherche Scientifique et Ministère de la Santé, du Planning Familial et de la Protection Sociale* ». Rapport de l'ARMP, 58 p.

Thèses et mémoires :

ANDRIAMARIMIHETRA Toky, « *Impacts de la corruption sur la Passation des Marchés Publics* », 2015, Département Economie, Université d'Antananarivo.

JAONASY Anivosoa, « *Essai sur l'analyse du fonctionnement des marchés publics à Madagascar : cas des marchés de travaux et de fournitures* », 2015, Ecole doctorale du Département Economie, Faculté DEGS, Université d'Antananarivo

MARCELLE Nénée T. « *Le recours en marchés publics* », 2007, Département Economie, Faculté DEGS, Université d'Antananarivo.

RAHELIARIMIADANA J. « *Le fonctionnement de la réforme du système de passation des marchés publics à Madagascar* », 2017, Département Economie, Faculté DEGS, Université d'Antananarivo.

RAMANANJAONA Gaston D. « *Projet d'amélioration de l'audit des passations des Marchés Publics : cas ARMP en 2010* », 2014, Département Economie, Faculté DEGS, Université d'Antananarivo

RANDRIANAVONISOA Mino N. « *Réflexion sur les rôles des marchés publics dans l'utilisation des dépenses publiques* », 2016, Département Economie, Faculté DEGS, Université d'Antananarivo

TSIMALISA Aristide F. « *La réforme du système de la passation des marchés publics à Madagascar : portées et limites* », 2013, Département Economie, Faculté DEGS, Université d'Antananarivo.

Lois et textes réglementaires :

Loi organique n° 2004-007 du 26 juillet 2004 sur les lois de finances (LOLF)

Loi n° 2004-009 du 26 juillet 2004 portant Code des Marchés Publics

Loi n° 2016-055 du 25 janvier 2017 portant Code Des Marchés Publics

Loi n° 2016-020 sur la lutte contre la corruption

Décret n° 2005-215 du 03 mai 2005 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP

Webographie

<http://www.armp.mg> consulté le 15 Décembre 2017

<http://www.cairn.info.mg> consulté le 20 Octobre 2017

<http://www.cours-de-droit.net> consulté le 06 Janvier 2018

<http://www.oecd.org> consulté le 19 Novembre 2017

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	i
SOMMAIRE	ii
LISTE DES TABLEAUX.....	iii
LISTE DES FIGURES	iv
LISTE DES ABREVIATIONS ; SIGLES ET ACRONYMES	v
Introduction	1
 SOUBASSEMENT THEORIQUE SUR LE MARCHÉ PUBLIC	
<i>Chapitre 1: Définitions et concepts liés aux marchés publics</i>	<i>4</i>
Section 1 : Généralité sur le marché public	4
1.1 Evolution des cadres juridiques portant sur le marché public	4
1.2 Définition des marchés publics	6
Section2 : principes généraux et organisation des marches publics	7
2.1 Principes généraux régissant le marché public.....	7
2.1.1 Principe de la liberté d'accès à la commande publiques.....	7
2.1.2 Principe de l'égalité de traitement des candidats	7
2.1.3 Principe de transparence de la procédure.....	8
2.2 Type de marchés.....	8
2.2.1 Marché des travaux.....	8
2.2.2 Marché des fournitures	8
2.2.3 Marchés des prestations de service	8
2.2.4 Marché des prestations intellectuelles	8
2.3 Les intervenants sur les marchés publics et leurs rôles respectifs	9
2.3.1 L'autorité contractante.....	9
2.3.2 L'autorité de régulation des marchés publics	10
2.3.3 La Commission Nationale des Marchés	10
2.3.4 Les cocontractants de l'administration	10
2.3.5 Les étapes dans la réalisation de la commande publique	11
Regroupement des besoins	12
Signature	12
Exécution de la commande publique conformément au terme du contrat	12
2.4 Mode de passation de marché.....	12
2.4.1 L'appel d'offre ouvert	12
2.4.2 L'appel d'offre restreint.....	12
2.4.3 Le marché de gré à gré.....	13
2.5 Procédure de passation de marché et contrôle	13
2.5.1 Procédures de passation de marché	13
2.5.2 Les différents contrôles appliqués sur le marché publics	14
<i>Chapitre 2 : Revue de la littérature</i>	<i>15</i>
<i>Chapitre 3 : les théories autour du marché publics</i>	<i>20</i>
Section 1 : la théorie du marché	20
1.1 Définition du marché	20
1.2 Typologie du marché	21
1.3 Le marché de concurrence	22
Section 2 : La théorie des contrats	22
2.1 Notion de contrat administratif.....	23
2.1.1 Le critère organique.....	23
2.1.2 Le critère matériel.....	23
2.2 La diversité des approches sur la détermination des éléments constitutifs d'un contrat administratif	24
2.2.1 Le problème de l'incomplétude et de l'imprévision	25

2.2.2 Le contrôle de l'incomplétude	26
Section 3 : la théorie des enchères et la théorie des enchères inversées	27
3.1 Contexte historique.....	27
3.2 Les théories économiques des enchères	28
3.3 Les mécanismes d'enchères	28
Section 4 : Théorie de l'économie de la dépense publique sous l'optique macroéconomique.....	29
4.1 L'équilibre de la dépense publique.....	30
4.2 Chaîne de la dépense publique	31

ANALYSE EMPIRIQUE

<i>Chapitre 1 : vérification de l'applicabilité des théories sur le marché public</i>	<i>35</i>
Section 1 la théorie des marchés dans le cadre des marchés publics.....	35
1.1 L'économie des marchés publics dans le cadre de la concurrence	35
1.2 Le marché public dans le cadre du marché de concurrence pure et parfaite	37
Section 2 : la théorie du contrat dans le cadre du marché public.....	39
2.1 Le contrat administratif dans les marchés publics	39
2.2 L'incomplétude des contrats administratifs.....	40
Section 3 : La théorie des enchères dans le marché public	42
3.1 Le mécanisme des enchères appliquées sur le marché public	42
3.2 Les enchères sous pli et cacheté	42
<u>Toc504982218</u>	
Section 4 : Le marché public sous l'optique des dépenses publiques.....	42
<i>Chapitre 2 : les mesures prises par la commission nationale des marchés</i>	<i>43</i>
Section 1 : Du Commission Centrale des Marché à la Commission Nationale des Marchés.....	43
1.1 Le fonctionnement de la commission nationale des marchés	43
1.2 L'audit administratif et l'audit pénal	45
Section 2 : Les actions de la Commission Nationale des Marchés en matière de contrôle a posteriori	46
2.1 Stratégies et objectifs du contrôle a posteriori.....	46
2.2 Méthodologie de contrôle appliqué	47
Section 3 : les effets de l'action de l'organe de contrôle.....	48
3.1 Les principales causes de la non-conformité	48
3.2 Les résultats des contrôles a posteriori de la commission nationale des marchés	49
<i>Chapitre 3 : limites et recommandation par rapport à la réalisation de l'étude</i>	<i>50</i>
Section 1 : Limites dans la réalisation du travail.....	50
Section : 2 LE Recommandations quant à la limite de l'étude.....	50

Auteur : RAMBOAMAMPIANINA Ony

Titre du mémoire : ETUDE SUR LE CONTROLE DES MARCHES PUBLICS A MADAGASCAR DEPUIS L'INSTAURATION DE L'ORGANE DE CONTROLE

Nombre de pages : 50

Nombre de figure : 02

Nombre de tableaux : 07

Contacts : onyboma@gmail.com / 034 02 141 12

Adresse : II F 34 TA Andraisoro-Antshanierana

RESUME

Le marché public est un système fragile d'où l'instauration de nouvelles lois, la loi n°2016-055 du 25 Janvier 2016 portant code des marchés publics qui diffère du premier dans la séparation de l'organe de contrôle et celui de la régulation pour une meilleure transparence des procédures et une efficience dans l'utilisation des ressources publiques. D'où une réforme des procédures de contrôle établit par l'organe de contrôle, notamment pour le contrôle a posteriori, un contrôle systématique ayant pour résultat d'avoir déterminer nombreuses procédures non conforme et pour y remédier l'organe de contrôle a établi de nouvelles stratégies de contrôle.

Mots clés : marché public, contrôle a posteriori, commission nationale des marchés publique, transparence des procédures

Encadreur : Monsieur FANJAVA Ruddy Karl i Bond, Enseignant Chercheur