REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail - Liberté - Patrie

ARCOP

Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE

RECUEIL DES TEXTES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

DISTRIBUTION GRATUITE

DIRECTIVES UEMOA - LOIS - DECRETS

Edition 2024

REPUBLIQUE TOGOLAISE

Travail - Liberté - Patrie

ARCOP

Transparence - Equité - Développement

AUTORITE DE REGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE

RECUEIL DES TEXTES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

DIRECTIVES UEMOA - LOIS - DECRETS

Edition 2024

PREFACE

Le droit togolais de la commande publique se construit progressivement au rythme des réformes successives amorcées par le gouvernement dans le secteur des finances publiques. Depuis les premières réformes initiées par l'ordonnance n° 93-006 du 4 août 1993 portant code des marchés publics en passant par celles de 2009[1] caractérisées par la séparation des fonctions de passation, de contrôle et de régulation des marchés publics à la suite des prémices communautaires[2], la maturation de la commande publique togolaise prend forme avec la modernisation des outils de contractualisation publique que sont les marchés publics et les partenariats public-privé.

En effet, pour favoriser une transformation structurelle de l'économie togolaise, le gouvernement a élaboré des documents stratégiques de programmation du développement du Togo basés sur le Programme national de développement (PND) 2018-2022 et la feuille de route gouvernementale 2020-2025.

Afin d'assurer l'effectivité de l'exécution des projets d'investissement contenus dans lesdits documents, une réforme des outils de contractualisation publique était nécessaire dans l'optique d'améliorer le taux de consommation des crédits budgétaires affectés auxdits projets, d'une part et de renforcer l'attractivité et les bases du climat des affaires, d'autre part, un nouveau cadre juridique a été mis en place. C'est dans cette optique que la loi n° 2021-033 du 31 décembre 2021 relative aux marchés publics et la loi n° 2021-034 du 31 décembre 2021 relative aux contrats de partenariat public-privé ont été promulguées.

En plus d'avoir étendu la compétence des organes existants du système des marchés publics aux contrats de partenariats public-privé, le nouveau cadre juridique a introduit une innovation dans le cadre institutionnel en créant l'Unité de partenariat public-privé (Unité PPP), un organisme d'expertise et de conseil et l'Observatoire économique de la commande publique (OECP) qui se veut un organisme de recensement économique des contrats de la commande publique et un cadre de concertation et d'échanges d'information entre les autorités contractantes, les opérateurs économiques et les organisations de la société civile.

Réaffirmant sa mission de régulateur indépendant du système de la commande publique, notamment en matière d'élaboration et de diffusion de la réglementation ainsi que les documents-types nécessaires, les manuels de procédures, les guides pratiques et progiciels appropriés, l'Autorité de régulation de la commande publique met le présent recueil des textes de la commande publique au Togo à la disposition

[1] Il est essentiellement question de la Loi n° 2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public et son principal décret d'application, le décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public.

[2] Il s'agit de la Directive n° 04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et de délégations de service public dans l'UEMOA et la Directive n°05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA.

des autorités contractantes, des opérateurs économiques, des acteurs de la société civile ainsi que des universitaires et des praticiens.

Ce recueil qui se veut simple et pratique comporte, dans un volume unique, l'ensemble des lois et décrets applicables aux marchés publics et aux partenariats public-privé. De plus, il constitue un outil de travail qui va certainement contribuer à la promotion et à la vulgarisation de la réglementation au sein de la population afin que « nul n'en ignore l'existence »[3].

J'invite, pour ce faire, tous les acteurs de la commande publique à s'approprier le contenu du présent recueil qui a pour objectif de contribuer à améliorer la qualité des procédures de passation, d'exécution, de contrôle et de régulation des marchés publics et des contrats de partenariat public privé au Togo.

Le Directeur général pi

Aftar Touré MOROU

[3] Suivant la célèbre maxime « *Nemo censetur ignorare legem* » (Nul n'est censé ignorer la loi).

CONTENU

Ce recueil édité par l'ARCOP contient les textes suivants :

I- DIRECTIVES COMMUNAUTAIRES / UEMOA

- Directive n° 04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

- Directive n° 05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

- Directive n° 01/2022/CM/UEMOA portant cadre juridique et institutionnel des partenariats public privé dans l'Union économique et monétaire ouest africaine.

II- MARCHES PUBLICS

- Loi n° 2021-033 du 31 décembre 2021 relative aux marchés publics ;

- Décret n° 2022-080/PR du 06 juillet 2022 portant code des marchés publics ;

- Décret n° 2022-070/PR du 30 mai 2022 portant attributions, organisation et fonctionnement de la direction nationale de contrôle de la commande publique (DNCCP) ;

- Décret n° 2022-063/PR du 11 mai 2022 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique (ARCOP) ;

- Décret n° 2019–096/PR du 8 juillet 2019 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage public déléguée et de la maîtrise d'oeuvre en République togolaise ;

- Décret n° 2019–097/PR du 8 juillet 2019 portant code d'éthique et de déontologie dans la commande publique ;

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

- Décret N°2018-028/PR portant attribution d'un quota de marches publics aux jeunes et femmes entrepreneurs

- Arrêté N°087/MEF/CAB portant rehaussement a vingt-cinq pour cent (25%) de la part des marches publics a réserver aux jeunes et femmes entrepreneurs

III- PARTENARIATS PUBLIC -PRIVE

- Loi n° 2021-034 du 31 décembre 2021 relative aux contrats de partenariat public-privé ;

- Décret n° 2022-065/PR du 11 mai 2022 portant modalité de mise en oeuvre des procédures de passation et d'exécution des contrats de partenariat public-privé ;

- Décret n° 2022-066/PR du 11 mai 2022 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de l'unité de partenariat public-privé.

SOMMAIRE

LES DIRECTIVES 17

DIRECTIVE N°04/2005/CM/UEMOA PORTANT PROCEDURES DE PASSATION, D'EXECUTION ET DE REGLEMENT DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC DANS L'UNION ECONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST AFRICAINE 18

Chapitre préliminaire 19

TITRE 1 : DISPOSITIONS GENERALES 20

Chapitre 1 : Le champ d'application de la Directive 23

Chapitre 2 : Les personnes chargées de la passation 25

Section 1 : Les autorités contractantes 25

Section 2 : La commission d'ouverture des plis et d'évaluation des offres 26

Section 3 : Les autorités d'approbation 26

Chapitre 3 : Les candidats et soumissionnaires 26

Section 1 : Des règles relatives à la participation des candidats et soumissionnaires 26

Section 2 : Les capacités requises 27

Section 3 : Les groupements et la sous-traitance 29

TITRE II : PROCEDURES DE PASSATION 31

Chapitre 1 : Les procédures de passation 31

Chapitre 2 : La forme et la publication de la commande 35

Section 1 : Les règles communes en matière de publicité 35

Section 2 : Le dossier d'appel d'offres 37

Chapitre 3 : Les délais de réception des offres 40

Chapitre 4 : La présentation, l'ouverture et l'évaluation des offres 41

Section 1 : La présentation des offres 41

Section 2 : L'ouverture des plis 41

Section 3 : L'évaluation et attribution des marchés 42

Chapitre 5 : La signature, l'approbation et l'entrée en vigueur du marché 45

Chapitre 6 : Le régime spécial de passation des délégations de service public 46

TITRE III : EXECUTION ET REGLEMENT DES MARCHES PUBLICS 48

Chapitre 1 : Les conditions du marché public 48

Chapitre 2 : Le changement en cours d'exécution du marché 50

Chapitre 3 : La résiliation et l'ajournement des marchés 51

Chapitre 4 : Le règlement des marchés 51

TITRE IV : DISPOSITIONS FINALES 53

DIRECTIVE N°05/2005/CM/UEMOA PORTANT CONTROLE ET REGULATION DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC DANS L'UNION ECONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST AFRICAINE 54

TITRE I : CONTROLE ET REGULATION DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC 56

Chapitre préliminaire : 56

Chapitre 1 : Les fonctions et mécanismes de contrôle et de régulation des marchés publics et des délégations de service public 57

TITRE II : DISCIPLINE ET RECOURS 58

Chapitre 1 : La discipline et les sanctions 58

Chapitre 2 : Les recours 60

TITRE III : DISPOSITIONS FINALES 61

DIRECTIVE N°01/2022/CM/UEMOA PORTANT CADRE JURIDIQUE ET INSTITUTIONNEL DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE DANS L'UNION ECONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST AFRICAINE 63

TITRE I : DISPOSITIONS GENERALES 65

TITRE II : CADRE INSTITUTIONNEL 70

TITRE III : PLANIFICATION DES PROJETS 71

TITRE IV : MECANISMES DE FINANCEMENT 72

TITRE V : PROCEDURES DE PASSATION 73

Chapitre 1 : Modes de passation 73

Section 1 : Typologie des procédures 73

Section 2 : Procédures de droit commun 73

Section 3 : Procédures dérogatoires 74

Section 4 : Situations spécifiques 76

Chapitre 2 : Déroulement de la procédure 77

Section 1 : Transmission d'informations 77

Section 2 : Publicité 78

Section 3 : Modalités d'organisation des candidats et des soumissionnaires 79

Section 4 : Examen des capacités des candidats et des offres 80

Section 5 : Achèvement de la procédure 82

TITRE VI : DISPOSITIF CONTRACTUEL ET CONTROLE DE L'EXECUTION 83

TITRE VII : DROIT APPLICABLE ET REGLEMENT DES DIFFERENDS 86

TITRE VIII : DISPOSITIONS FINALES 88

MARCHES PUBLICS 89

LOI N° 2021 - 033 RELATIVE AUX MARCHES PUBLICS 91

TITRE I : OBJET-PRINCIPES GENERAUX-CHAMP D' APPLICATION 91

TITRE II : CADRE INSTITUTIONNEL DES MARCHES PUBLICS 95

TITRE III : REGLES GENERALES APPLICABLES AUX PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS 99

Chapitre 1 : Planification des marchés publics 99

Chapitre 2 : Conditions de participation aux marchés publics et procédures de passation 100

TITRE IV : EXECUTION ET REGLEMENT DES MARCHES PUBLICS 103

Chapitre 1 : Exécution des marchés publics 103

Chapitre 2 : Règlement des marchés publics 105

Chapitre 3 : Garanties-Cessions-Nantissements 106

Chapitre 4 : Contrôle de coûts 106

TITRE V : CONTENTIEUX RELATIF A LA PASSATION ET A L'EXECUTION DES MARCHES PUBLICS 107

Chapitre 1 : Contentieux de la passation 107

Section 1 : Recours devant l'autorité contractante 107

Section 2 : Recours devant l'autorité de régulation de la commande publique 108

Chapitre 2 : Contentieux de l'exécution des marchés publics 110

TITRE VI : REGLES D'ETHIQUE, SANCTIONS DES VIOLATIONS COMMISES DANS LES MARCHES PUBLICS ET GOUVERNANCE 112

Chapitre 1 : Ethique, déontologie, alerte et signalement 112

Chapitre 2 : Sanctions des violations commises en matière de marchés publics 113

Section 1 : Sanctions des violations commises par les candidats soumissionnaires ou titulaires 113

Section 2 : Sanctions des violations commises par les agents publics 115

Chapitre 3 : Observatoire économique de la commande publique 116

TITRE VII : DEMATERIALISATION DES MARCHES PUBLICS 117

TITRE VIII : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES 119

LES DECRETS 121

DECRET N° 2022 - 080/PR PORTANT CODE DES MARCHES PUBLICS 122

TITRE I : DISPOSITIONS GENERALES 123

Chapitre 1 : Définitions 123

Chapitre 2 : Objet, principes et seuils 131

TITRE II : ORGANES DE PASSATION, DE CONTROLE ET DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS 133

Chapitre 1 : Organes de passation 133

Section 1 : Personne responsable des marchés publics 133

Section 2 : Cellule de gestion des marchés publics 137
Section 3 : Les groupements de commandes 140

Chapitre 2 : Organes de contrôle et de régulation 141
Section 1 : Organes chargés du contrôle des marchés publics 141
Section 2 : Organe chargé de la régulation des marchés publics 143

Chapitre 3 : Autorités chargées de la signature et de l'approbation des marchés publics 143

TITRE III : PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS 144

Chapitre 1 : Préparation de la passation des marchés publics 144
Section 1 : Détermination des besoins, planification et définition des prestations 144
Section 2 : Constitution du dossier d'appel à la concurrence 148
Section 3 : Documents constitutifs du marché 150
Section 4 : Prix des marchés 152

Chapitre 2 : Procédures de passation des marchés publics 158
Section 1 : Typologie des marchés et accords-cadres 158

Chapitre 3 : Modes de passation des marchés publics 166
Section 1 : Appel d'offres et ses dérivés 167
Section 2 : Autres modes de passation 171
Section 3 : Marchés de prestations intellectuelles 173
Section 4 : Marchés par entente directe - marchés de défense et de sécurité nationales - Procédure d'offre spontanée 178

Chapitre 4: Règles générales de passation des marchés publics 182
Section 1 : Publicité, moyens de communication et modalités de réception des offres 182
Section 2 : Présentation - Réception des candidatures, des offres ou propositions 186
Section 3 : Ouverture des offres ou propositions 187
Section 4 : Procédure et critères d'évaluation des offres 189
Section 5 : Attribution des marchés publics 194
Section 6 : Signature, approbation et notification du marché 196

TITRE IV : EXECUTION ET REGLEMENT DES MARCHES PUBLICS 198

Chapitre 1 : Exécution des marchés publics 198
Section 1 : Dispositions générales 198
Section 2 : Suivi de l'exécution du marché 199
Section 3 : Garanties exigées des candidats et titulaires de marché 200
Section 4 : Nantissement du marché 201
Section 5 : Durée des marchés publics et prestations en régie 204
Section 6 : Modifications en cours d'exécution du contrat 205
Section 7 : Résiliation et réception des prestations 206

Chapitre 2 : Règlement des marchés publics 212
Section 1 : Nature des règlements 212
Section 2 : Régime des paiements, Intérêts moratoires, pénalités et paiement direct du sous-traitant 214

TITRE V : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES 217

DECRET N° 2022 - 063/PR PORTANT ATTRIBUTION, ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE L' AUTORITE DE REGULATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE 219

Chapitre 1 : Dispositions générales 220

Chapitre II : Attribution de l'autorité de régulation de la commande publique 221

Section 1 : Attribution en matière administrative et consultative 222

Section 2 : Attribution en matière d'investigations et d'enquêtes 223

Section 3 : Attribution en matière contentieuse et disciplinaire 224

Section 4 : Attributions en matière d'audits annuels et rapport d'activités 224

Chapitre III : Organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation de la commande publique 225

Section 1 : Conseil de régulation 225

Section 2 : Comité de règlement des différends 230

Section 3 : Direction générale 232

Chapitre IV : Ressources de l'autorité de régulation de la commande publique 238

Section 1 : Ressources humaines 238

Section 2 : Ressources financières 239

Section 3 : Budget et comptes 240

Section 4 : Contrôle de gestion budgétaire 240

Chapitre V : Dispositions diverses et finales 240

DECRET N° 2022 - 070/PR PORTANT ATTRIBUTIONS, ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE LA DIRECTION NATIONALE DU CONTROLE DE LA COMMANDE PUBLIQUE 242

Chapitre I : Attributions de la direction nationale du contrôle de la commande publique 243

Section 1 : Attributions en matière de contrôle des procédures de passation de la commande publique et de suivi de leur exécution 244

Section 2 : Attributions en matière administrative et consultative 244

Chapitre II : Organisation de la direction nationale du contrôle de la commande publique 245

Section 1 : Structures 245

Section 2 : Attributions du directeur national 246

Section 3 : Attributions des directions et des services rattachés au directeur national 246

Chapitre III : Fonctionnement de la direction nationale du contrôle de la commande publique 249

Chapitre IV : Dispositions diverses et finales 250

DECRET N° 2022-092/PR DU 25/08/2022 FIXANT LE TAUX, LES MODALITÉS DE RECOUVREMENT ET D'AFFECTATION DE LA REDEVANCE DE RÉGULATION DU SYSTÈME DES MARCHÉS PUBLICS..... 252

DECRET N° 2019 - 096/PR PORTANT REGLEMENTATION DE LA MAITRISE D'OUVRAGE PUBLIC DELEGUEE ET DE LA MAITRISE D'ŒUVRE EN REPUBLIQUE TOGOLAISE 256

TITRE PRELIMINAIRE : DEFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION 257

TITRE I : REGLES REGISSANT LA COLLABORATION ENTRE LA MAITRISE D'OUVRAGE PUBLIC, L' ASSISTANCE A MAITRISE D'OUVRAGE ET LA MAITRISE D'ŒUVRE 259

Chapitre I : Maîtrise d'ouvrage public 259

Chapitre II : Assistance à maîtrise d'ouvrage 260
Chapitre III : Maîtrise d'œuvre 261
TITRE II : REGLES REGISSANT LA COLLABORATION ENTRE LA MAITRISE D'OUVRAGE PUBLIC ET LA MAITRISE D'OUVRAGE PUBLIC DELEGUEE 263
Chapitre I : Missions déléguées par le maître d'ouvrage public 263
Chapitre II : Conditions d'exercice de la maitrise d'ouvrage public déléguée 266
Chapitre III : Exécution du mandat et son contrôle 268
Chapitre IV : Modalités de réception-achèvement de la mission-rémunération 271
Chapitre V : Garanties - assurances - sanctions 274
TITRE III : DISPOSITIONS DIVERSES ET FINALES 275
DECRET N° 2019 - 097/PR PORTANT CODE D'ETHIQUE ET DE DEONTOLOGIE DANS LA COMMANDE PUBLIQUE 277
TITRE PRELIMINAIRE : OBJET, DEFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION 278
TITRE I : VALEURS ET PRINCIPES GENERAUX INHERENTS A TOUTE ACTIVITE PUBLIQUE ... 281
Chapitre 1 : Obligations en matière d'éthique et de déontologie 281
Section 1 : Principes fondamentaux du service public 281
Section 2 : Règles déontologiques générales de l'agent public 282
Chapitre II : Valeurs de la référence des agents publics 283
Section 1 : La conduite morale 283
Section 2 : Contrôle hiérarchique de la mise en œuvre des valeurs de référence 283
TITRE II : NORMES DE COMPORTEMENT REQUISES EN MATIERE DE COMMANDE PUBLIQUE 285
Chapitre I : Règles spécifiques d'éthique et de déontologie applicables aux acteurs publics 285
Section 1 : Le respect des principes fondamentaux de la commande publique 285
Section 2 : Respect des règles de procédures 287
Section 3 : Règles gouvernant les relations avec les candidats et soumissionnaires 289
Chapitre II : Règles d'éthique et de déontologie applicables aux candidats, soumissionnaires et titulaires 293
Section 1 : Règles applicables aux candidats et soumissionnaires 293
Section 2 : Règles applicables au titulaire des contrats de la commande publique 295
Chapitre III : Dispositions spécifiques aux conflits d'intérêts 296
Chapitre VI : Lobbying et parrainage 298
TITRE III : DISPOSITIONS DIVERSES ET FINALES 299
DECRET N° 2018 - 171/PR PORTANT ADOPTION DES SEUILS DE PASSATION, DE PUBLICATION, DE CONTROLE ET D'APPROBATION DES MARCHES PUBLICS ET DES PROCEDURES DE SOLLICITATION DE PRIX 300
Chapitre I : Dispositions générales 301
Chapitre II : Seuils de passation des marchés publics 302
Chapitre III : Seuils de publication des marchés publics 303

Chapitre IV : Seuils de contrôle a priori des marchés publics 304
Chapitre V : Seuils d'approbation des marchés publics 304
Chapitre VI : Procédures de sollicitation de prix 305
Chapitre VII : Dispositions transitoires et finales 307

DECRET N°2018-028/PR PORTANT ATTRIBUTION D'UN QUOTA DE MARCHES PUBLICS AUX JEUNES ET FEMMES ENTREPRENEURS 309

ARRETE N°087/MEF/CAB PORTANT REHAUSSEMENT A VINGT-CINQ POUR CENT (25%) DE LA PART DES MARCHES PUBLICS A RESERVER AUX JEUNES ET FEMMES ENTREPRENEURS 311

PARTENARIATS PUBLIC - PRIVE 313

LOI N° 2021 - 034 RELATIVE AUX CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC - PRIVE 314

LOI N° 2021 - 034 RELATIVE AUX CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC - PRIVE 315

TITRE I : OBJET-DEFINITIONS ET PRINCIPES GENERAUX 315

TITRE II : DOMAINE D'APPLICATION MATERIEL, ORGANIQUE ET SECTORIEL-EXCLUSIONS 319

TITRE III : DUREE-REMUNERATIONS ET REDEVANCES 320

TITRE IV : CADRE INSTITUTIONNEL 321

TITRE V : CONDITIONS PREALABLES A LA PASSATION DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC - PRIVE 325

Chapitre I : Planification des projets 325
Chapitre II : Financement des contrats de partenariat public-privé 327

TITRE VI : PASSATION DES CONTRATS DE PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE 328

Chapitre I : Procédures de passation et conditions de participation 328
Chapitre II : Transparence des procédures et modalités de communication d'information 332
Chapitre III : Obligations de publicité et de confidentialité 333
Chapitre IV : Achèvement de la procédure 334

TITRE VII : EXECUTION DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE 336

Chapitre I : Modalités d'organisation des entreprises 336
Chapitre II : Dispositif contractuel 337
Chapitre III : Régime des biens 341
Chapitre IV : Contrôle et suivi de l'exécution du contrat 342
Chapitre V : Dispositions financières 343

TITRE VIII : CONTENTIEUX RELATIF A LA PASSATION ET A L'EXECUTION DES CONTRATS DE

PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE 344

Chapitre I : Contentieux de la passation 344

Section 1 : Recours devant l'autorité contractante 344

Section 2 : Recours devant l'autorité de régulation de la commande publique 345

Chapitre II : Contentieux de l'exécution des contrats de partenariats public-privé ... 347

TITRE IX : REGLES D'ETHIQUE,SANCTIONS DES VIOLATIONS COMMISES DANS LES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC ET GOUVERNANCE 349

Chapitre I : Ethique, déontologie, alerte et signalement 349

Chapitre II : Sanctions des violations commises en matière de contrats de partenariat public-privé 350

Section 1 : Sanctions des violations commises par les candidats, soumissionnaires ou titulaires 350

Section 2 : Sanctions des violations commises par les agents publics 352

TITRE X : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES 353

LES DECRETS 355

DECRET N° 2022 - 065/PR PORTANT MODALITES DE MISE EN OEUVRE DES PROCEDURES DE PASSATION ET D'EXECUTION DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE 356

Chapitre I : Dispositions générales 357

Chapitre II : Organes d'expertise, de passation, de contrôle et de régulation des contrats de partenariat public-privé 358

Chapitre III : Procédures de passation 359

Chapitre IV : Règles de publicité, de communication et modalités de réception, d'ouverture et d'évaluation des offres 364

Section 1 : Obligations de publicité et de communication 364

Section 2 : Modalités de réception et d'ouverture des offres 366

Section 3 : Procédure et critères d'évaluation des offres 367

Chapitre V : Garanties contractuelles au bénéfice de l'autorité contractante 369

Chapitre VI : Dispositions finales 371

DECRET N° 2022 - 066/PR PORTANT MISSIONS, ATTRIBUTIONS, ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE L'UNITE DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE 372

Chapitre I : Dispositions générales 373

Chapitre II : Attributions de l'unité PPP 373

Chapitre III : Relations avec les autres organismes 376

Chapitre IV : Organisation et fonctionnement de l'unité PPP 377

Section 1 : Comité d'orientation et de décision 377

Section 2 : Cellule opérationnelle 379

Chapitre V : Les ressources de l'unité PPP 381

Chapitre VI : Dispositions diverses et finales 382

LES DIRECTIVES

DIRECTIVE N°04/2005/CM/ UEMOA PORTANT PROCEDURES DE PASSATION, D'EXECUTION ET DE REGLEMENT DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC DANS L'UNION ECONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST AFRICAINE

DIRECTIVE N° 04/2005/CM/UEMOA PORTANT PROCEDURES DE PASSATION, D'EXECUTION ET DE REGLEMENT DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC DANS L'UNION ECONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST AFRICAINE

LE CONSEIL DES MINISTRES DE L'UNION ECONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST AFRICAINE (UEMOA)

VU le Traité de l'UEMOA, notamment en ses articles 16, 20, 21, 42 à 45, 60, 61 et 67;

VU les Déclarations de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement du 28 janvier et du 8 décembre 1999 ;

VU la Directive N° 02/2000/CM/UEMOA du 29 juin 2000 portant adoption du Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA ;

VU la Décision N° 01/2000/CM/UEMOA du 29 juin 2000 portant adoption du document de conception du projet de réforme des marchés publics des Etats membres de l'UEMOA ;

CONSIDERANT que la stabilité macroéconomique et une croissance durable sont soutenues, notamment, par la bonne gestion des affaires publiques ;

CONSIDERANT que l'accélération du processus de mondialisation caractérisée par une mobilité croissante des capitaux à la recherche de rentabilité et de sécurité exige de la part des Etats, la mise en œuvre de politiques et de procédures financières crédibles et transparentes ;

CONSIDERANT la nécessité de réformer les systèmes de passation des marchés publics et des délégations de service public des Etats membres de l'UEMOA, en vue, notamment, d'en accroître la transparence et l'efficacité ;

CONSIDERANT que toute réglementation en matière de marchés publics doit concourir à la réalisation des objectifs visant à mettre en œuvre une déconcentration et une décentralisation performantes, améliorer la productivité de la dépense publique, encourager la professionnalisation des acteurs de la commande publique, renforcer l'efficacité de la lutte contre la corruption, promouvoir les petites et moyennes entreprises, favoriser les échanges intra-communautaires, développer la convergence économique à travers le développement des marchés publics et garantir des voies de recours efficaces ;

CONSIDERANT que les procédures de passation des marchés et délégations de service public conclus dans les Etats membres doivent respecter les principes de libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, de reconnaissance mutuelle, de non discrimination et de transparence, et ce à travers la rationalité, la modernité et la traçabilité des procédures de passation de marchés publics et délégations de service public ;

CONSIDERANT que l'hétérogénéité des règles de passation des marchés publics et délégations de service public au sein de l'Union est préjudiciable au processus d'intégration et qu'il convient de les harmoniser ;

CONSIDERANT que le processus d'harmonisation des législations et des réglementations des Etats membres nécessite l'édiction de règles communes en matière de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et de passation des délégations de service public ;

Sur proposition de la Commission ;

Après avis en date du 03 décembre 2005, du Comité des Experts statutaire ;

ADOPTE LA DIRECTIVE DONT LA TENEUR SUIT :

TITRE I : DISPOSITIONS GENERALES

Chapitre préliminaire

Article 1er : Des définitions

Aux fins de la présente Directive, on entend par :

- **Accord-cadre** : L'accord conclu entre une ou plusieurs autorités contractantes ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

- **Affermage** : Le contrat par lequel l'autorité contractante charge le fermier, personne publique ou privée, de l'exploitation d'ouvrages qu'elle a acquis préalablement afin que celui-ci assure la fourniture d'un service public, le fermier ne réalisant pas les investissements initiaux.
- **Attributaire** : Le soumissionnaire dont l'offre a été retenue avant l'approbation du marché.
- **Autorité contractante** : La personne morale de droit public ou de droit privé visée aux articles 4 et 5 de la présente Directive, signataire d'un marché public, tel que défini dans le présent article.
- **Autorité délégante** : L'autorité contractante ci-dessus définie, cocontractante d'une convention de délégation de service public.
- **Candidat** : La personne physique ou morale qui manifeste un intérêt à participer ou qui est retenue par une autorité contractante pour participer à une procédure de passation de marchés.
- **Candidature** : Acte par lequel le candidat manifeste un intérêt à participer, sans que cet acte ne l'engage ni ne lui impose d'obligations vis-à-vis de l'autorité contractante.
- **Concession de service public** : Le mode de gestion d'un service public dans le cadre duquel un opérateur privé ou public, le concessionnaire, est sélectionné conformément aux dispositions de la présente Directive. Elle se caractérise par le mode de rémunération de l'opérateur à qui est reconnu le droit d'exploiter l'ouvrage à titre onéreux pendant une durée déterminée.
- **Délégataire** : La personne morale de droit privé ou de droit public signataire d'une convention de délégation de service public et à laquelle l'autorité délégante confie, conformément aux dispositions de la présente Directive, l'exploitation d'un service public avec ou sans prestations complémentaires.
- **Délégation de service public** : Le contrat par lequel une des personnes morales de droit public ou de droit privé visées aux articles 4 et 5 de la présente Directive confie la gestion d'un service public relevant de sa compétence à un délégataire dont la rémunération est liée ou substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service. Au sens de la présente Directive, les délégations de services publics comprennent les régies intéressées, les affermages, (l'opération de réseau) ainsi que les concessions de service public, qu'elles incluent ou non l'exécution d'un ouvrage.
- **Entreprise communautaire** : L'entreprise dont le siège social est situé dans un Etat membre de l'UEMOA.
- **Maître d'ouvrage** : La personne morale de droit public ou de droit privé visée aux articles 4 et 5 de la présente Directive qui est le propriétaire final de l'ouvrage ou de l'équipement technique, objet du marché.
- **Maître d'ouvrage délégué** : La personne morale de droit public ou de droit privé qui est le délégataire du maître d'ouvrage dans l'exécution de ses missions.
- **Marché public** : Le contrat écrit conclu à titre onéreux par une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services au sens de la présente Directive.
- **Marché public de fournitures** : le marché qui a pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente avec ou sans option d'achat de biens de toute nature y compris des matières premières, produits, équipements et objets sous forme solide, liquide ou gazeuse, ainsi que les services accessoires à la fourniture de ces biens.

- **Marché public de services** : Le marché qui n'est ni un marché de travaux ni un marché de fournitures. Il comprend également le marché de prestations intellectuelles, c'est-à-dire le marché de services dont l'élément prédominant n'est pas physiquement quantifiable.
- **Marché public de travaux** : le marché qui a pour objet soit, l'exécution, soit, conjointement, la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage.
- **Marché public de type mixte :** Le marché relevant d'une des trois catégories mentionnées ci-dessus qui peut comporter, à titre accessoire, des éléments relevant d'une autre catégorie. Les procédures de passation et d'exécution des marchés publics devront prendre compte les spécificités applicables pour chaque type d'acquisition.
- **Moyen électronique** : Le moyen utilisant des équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et utilisant la diffusion, l'acheminement et la réception par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.
- **Offre** : L'ensemble des éléments techniques et financiers inclus dans le dossier de soumission.
- **Organisme de droit public** : l'organisme,
    a) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;
    b) doté de la personnalité juridique, et
    c) dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.
- **Ouvrage** : Le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. Il peut comprendre notamment des opérations de construction, de reconstruction, de démolition, de réparation ou rénovation, tel que la préparation du chantier, les travaux de terrassement, l'érection, la construction, l'installation d'équipement ou de matériel, la décoration et la finition ainsi que les services accessoires aux travaux si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des travaux eux-mêmes.
- **Personne responsable du marché** : Le représentant dûment mandaté par l'autorité contractante pour la représenter dans la passation et dans l'exécution du marché.
- **Régie intéressée** : Le contrat par lequel l'autorité contractante finance elle-même l'établissement d'un service, mais en confie la gestion à une personne privée ou publique qui est rémunérée par l'autorité contractante tout en étant intéressée aux résultats que ce soit au regard des économies réalisées, des gains de productivité ou de l'amélioration de la qualité du service.
- **Soumissionnaire** : La personne physique ou morale qui participe à un appel d'offres en soumettant un acte d'engagement et les éléments constitutifs de son offre.
- **Soumission** : L'acte d'engagement écrit au terme duquel un soumissionnaire fait connaître ses conditions et s'engage à respecter les cahiers des charges applicables.

- **Titulaire** : La personne physique ou morale, attributaire, dont le marché conclu avec l'autorité contractante, conformément à la présente Directive, a été approuvé.

Article 2 : Des principes

Les procédures de passation des marchés publics et des délégations de service public, quel qu'en soit le montant, sont soumises aux principes suivants :

- L'économie et l'efficacité du processus d'acquisition ;
- Le libre accès à la commande publique ;
- L'égalité de traitement des candidats, la reconnaissance mutuelle ;
- La transparence des procédures, et ce à travers la rationalité, la modernité et la traçabilité des procédures.

Sous réserves des dispositions visées à l'article 62 de la présente Directive, les Etats membres s'engagent à interdire toute mesure ou disposition fondée sur la nationalité des candidats de nature à constituer une discrimination à l'encontre des ressortissants des Etats membres de l'UEMOA.

Les États membres s'engagent à ce que la participation d'un soumissionnaire qui est un organisme de droit public à une procédure de passation de marché public ne cause pas de distorsion de concurrence vis-à-vis de soumissionnaires privés.

Chapitre 1 : Le champ d'application de la Directive

Article 3 : De l'objet de la présente Directive

La présente Directive s'applique aux procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et aux procédures de passation des délégations de service public, au sein de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, mises en oeuvre par les autorités contractantes visées en ses articles 4 et 5 ci-dessous.

Article 4 : Des autorités contractantes personnes morales de droit public

Les dispositions de la présente Directive s'appliquent aux marchés publics et délégations de service public conclus par l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, les agences et organismes, personnes morales de droit public bénéficiant du concours financier ou de la garantie de l'Etat, les sociétés d'Etat, les sociétés à participation financière publique majoritaire et les associations formées par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public.

Article 5 : Des autorités contractantes personnes morales de droit privé

Les dispositions de la présente Directive s'appliquent :

a) aux marchés et délégations de service public passés par les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'une personne morale de droit public, d'une société d'Etat, d'une société à participation financière publique majoritaire, ou d'une association formée par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public ;

b) aux marchés et délégations de service public passés par des personnes de droit privé, ou des sociétés d'économie mixte, lorsque ces marchés bénéficient du concours financier ou de la garantie de l'Etat ou d'une des personnes morales de droit public mentionnées à l'article 4 de la présente Directive.

Article 6 : Des personnes morales bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs

Lorsqu'une autorité contractante octroie à une autre entité des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public, l'acte par lequel ce droit est octroyé prévoit que l'entité concernée doit, pour les marchés publics qu'elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité, respecter les dispositions de la présente Directive.

Article 7 : De la coordination, du groupement de commandes et des centrales d'achat

Les dispositions de la présente Directive s'appliquent aux marchés passés dans le cadre d'une coordination ou d'un groupement de commandes, ou par une centrale d'achat qui acquiert des fournitures et /ou des services destinés à des autorités contractantes, ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des autorités contractantes.

Article 8 : Des marchés sur financement extérieur

Les marchés financés par des ressources extérieures sont soumis aux dispositions de la présente Directive, dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux dispositions des accords de financement.

Article 9 : Des exclusions

La présente Directive ne s'applique pas aux marchés de travaux, de fournitures et de services, lorsqu'ils concernent des besoins de défense et de sécurité nationales exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité.

Article 10 : Du seuil d'application

La présente Directive s'applique aux marchés publics qui n'en sont pas exclus en vertu de l'article 9 et dont la valeur estimée hors taxes est égale ou supérieure aux seuils nationaux de passation des marchés tels que définis par les réglementations nationales applicables des Etats membres.

Article 11 : De l'évaluation du seuil

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

- En ce qui concerne les travaux, est prise en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une opération de travaux portant sur un ou plusieurs ouvrages. Il y a opération de travaux lorsque le maître d'ouvrage prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limités, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique, économique ou

comptable. La délimitation d'une catégorie homogène de travaux ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu de la présente Directive ;

- En ce qui concerne les fournitures et les services, est prise en compte la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit, en raison de leurs caractéristiques propres, soit, parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle. La délimitation d'une catégorie homogène de fournitures ou de services ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu de la présente Directive ;

- Pour les marchés mixtes, l'évaluation du seuil est fonction de la procédure d'acquisition retenue. A cet effet, lorsque la procédure comprend des travaux et des fournitures, son choix est fonction de la part relative en volume de travaux ou de fournitures la plus importante. Lorsque la procédure comprend des catégories de travaux ou de fournitures et des catégories de prestations intellectuelles, son choix est fonction de l'impact prédominant d'une catégorie par rapport à l'autre sur le résultat final ;

- Pour les marchés comportant des lots, est retenue la valeur, estimée de la totalité des lots. La procédure de passation de chaque lot est celle qui s'applique au marché pris dans son ensemble.

Chapitre 2 : Les personnes chargées de la passation

Section 1 : Les autorités contractantes

Article 12 : De la personne responsable du marché

L'autorité contractante peut mandater une personne responsable du marché chargée de mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés et délégations de service public.

La personne responsable du marché peut se faire représenter dans l'exercice de ses fonctions, sauf pour le choix de l'attributaire et la signature du marché ou de la délégation.

La personne responsable du marché peut s'adjoindre les services d'une entité chargée de la planification et de la préparation du dossier et de la procédure d'appel d'offres.

Section 2 : La Commission d'ouverture des plis et d'évaluation des offres

Article 13 : Des fonctions de la Commission d'ouverture des plis et d'évaluation des offres

Une Commission d'ouverture des plis et d'évaluation des offres, dont la composition et le fonctionnement sont définis par les réglementations nationales des Etats membres, dans le respect des principes de la présente Directive, est constituée par l'autorité contractante.

La Commission d'ouverture des plis et d'évaluation des offres est chargée de l'ouverture des plis et de la désignation du ou des attributaires provisoires.

Article 14 : Des membres de la Commission

La Commission d'ouverture des plis et d'évaluation des offres présente toutes les garanties de professionnalisme et d'indépendance. Elle peut avoir recours à toute expertise qu'elle jugera nécessaire. Des personnes qualifiées peuvent être désignées par l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics en qualité d'observateurs pour contrôler les opérations d'ouverture et d'évaluation.

Les membres de la Commission d'ouverture des plis et d'évaluation des offres et toutes personnes participant à ses séances sont tenus au principe de confidentialité des débats. Aucun membre de la Commission ne peut être poursuivi sur le plan disciplinaire pour les propos tenus et les votes émis au cours des réunions.

Section 3 : Les autorités d'approbation

Article 15 : De l'approbation

L'acte d'approbation est la formalité administrative obligatoire matérialisée par la signature de l'autorité compétente qui a pour effet de valider le projet de contrat.

Article 16 : Des fonctions des autorités d'approbation

Les marchés publics, selon la qualité de l'autorité contractante, sont transmis à une autorité approbatrice, centrale ou déconcentrée, obligatoirement distincte de l'autorité signataire, et qui a pour fonction d'en assurer l'approbation, conformément aux dispositions de l'article 68 de la présente Directive.

Chapitre 3 : Les candidats et soumissionnaires

Section 1 : Des règles relatives à la participation des candidats et soumissionnaires

Article 17 : Du conflit d'intérêt

Ne sont pas admises à participer aux procédures de passation de marchés et délégations de service public, en raison des règles relatives au conflit d'intérêt:

- les entreprises dans lesquelles les membres de l'autorité contractante, de l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics, la personne responsable du marché ou les membres de la Commission d'ouverture des plis et d'évaluation des offres possèdent des intérêts financiers ou personnels de nature à compromettre la transparence des procédures de passation des marchés publics ;

- les entreprises affiliées aux consultants ayant contribué à préparer tout ou partie des dossiers d'appel d'offres ou de consultation.

Article 18 : Des restrictions liées à la personne des candidats et soumissionnaires

Ne sont pas admises à participer aux procédures de passation de marchés et délégations de service public, les personnes physiques ou morales :

a) qui sont en état de faillite personnelle, de cessation d'activités, de liquidation, de redressement judiciaire, ou dans toute situation analogue de même nature existant dans les législations et réglementations nationales ;
Les dispositions ci-dessus ne s'appliquent pas aux personnes morales en état de redressement judiciaire autorisées à poursuivre leurs activités par une décision de justice ;

b) qui font l'objet d'une procédure de déclaration de faillite personnelle, de redressement judiciaire, sauf à avoir été autorisées à poursuivre leurs activités par une décision de justice, de liquidation, ou de toute autre procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales ;

c) qui auront été reconnues coupables d'infraction à la réglementation des marchés publics ou qui auront été exclues des procédures de passation des marchés par une décision de justice définitive en matière pénale, fiscale, ou sociale ou par une décision de l'organe de régulation des marchés publics.

Les États membres précisent, conformément à leur droit national et dans le respect du droit communautaire, les conditions d'application du présent paragraphe.

Article 19 : Des règles applicables aux sous-traitants

Les restrictions à la participation des candidats visées aux articles 17 et 18 s'appliquent également aux sous-traitants.

Section 2 : Les capacités requises

Article 20 : De la définition des capacités requises

Tout candidat qui possède les capacités techniques et les capacités financières nécessaires à l'exécution d'un marché public ou d'une délégation de service public, ainsi que l'expérience de l'exécution de contrats analogues doit pouvoir participer aux procédures de passation de marchés et de délégations.

Article 21 : Des justifications des capacités techniques

Les autorités contractantes doivent inviter les candidats et soumissionnaires à justifier de leurs capacités techniques telles que définies par les dossiers d'appels d'offres, et de leur éventuelle inscription à un registre professionnel dans les conditions prévues par la législation du pays où ils sont établis.

D'autres justifications des capacités techniques peuvent être exigées à condition qu'elles soient dûment motivées par les caractéristiques du marché ou de la délégation et approuvées par l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics.

Cette obligation peut également s'appliquer aux sous-traitants selon l'importance de leur intervention dans l'exécution du marché ou de la délégation de service public.

Dans la définition des capacités techniques requises, les Etats membres s'engagent à ce que les autorités contractantes ne prennent aucune disposition discriminatoire, notamment celle visant à faire obstacle à l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique.

Dans les procédures de passation des marchés publics de services, lorsque les candidats ou les soumissionnaires ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir dans leur pays d'origine le service concerné, l'autorité contractante peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation.

Article 22 : Des modalités de la certification des candidats

L'autorité contractante peut demander aux entreprises candidates de produire un certificat de qualification. Ce certificat est délivré, selon des critères objectifs et transparents, par l'organisme officiel de l'Etat membre responsable de la qualification des entreprises. Il est reconnu par les autorités des autres Etats membres.

Cet organisme comprend en nombre égal des représentants de l'Etat et des représentants des entreprises. La liste qu'il établit est publiée et constamment remise à jour et sujette au contrôle régulier de l'autorité compétente chargée de la régulation des marchés publics.

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

Article 23 : Des justifications des capacités financières

La justification de la capacité économique et financière du candidat est constituée par une ou plusieurs des références suivantes :

a) des déclarations appropriées de banques ou organismes financiers habilités, ou, le cas échéant, la preuve d'une assurance des risques professionnels ;
b) la présentation des bilans ou d'extraits des bilans, dans les cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où le soumissionnaire est établi ;

c) une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché ou de la délégation, pour, au maximum, les trois derniers exercices en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité du soumissionnaire, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles ;
d) Les autorités contractantes précisent, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à soumissionner, celles des références visées au paragraphe 1 qu'elles ont choisies ainsi que les autres références probantes qui doivent être produites. Si, pour une raison justifiée, le soumissionnaire n'est pas en mesure de produire les références demandées par l'autorité contractante, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par l'autorité contractante.

Dans la définition des capacités financières requises, les Etats membres s'engagent à ce que les autorités contractantes ne prennent aucune disposition discriminatoire, notamment celle visant à faire obstacle à l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique.

Article 24 : De l'inexactitude et de la fausseté des mentions

L'inexactitude des mentions obérant les capacités techniques, financières et les pièces administratives demandées dans le dossier d'appel d'offres ou leur fausseté est sanctionnée par le rejet de l'offre.

Section 3 : Les groupements et la sous-traitance

Article 25 : De la co-traitance et du groupement

Les entrepreneurs, fournisseurs et prestataires de services peuvent présenter leur candidature ou leur offre sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint, sous réserve du respect des dispositions de l'article 88 du Traité de l'UEMOA relatif à la concurrence et de ses textes d'application.

Dans les deux formes de groupements, l'un des prestataires membres du groupement, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis de l'autorité contractante et coordonne les prestations des membres du groupement.

En cas de groupement solidaire, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant total du marché et l'ensemble des prestations que les membres du groupement s'engagent solidairement à réaliser.

En cas de groupement conjoint, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter. Toutefois, le mandataire reste responsable vis-à-vis de l'autorité contractante des prestations de chacun des membres du groupement.

Les candidatures et les soumissions sont signées soit, par l'ensemble des entreprises groupées, soit, par le mandataire s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter ces entreprises.

La composition du groupement ne peut pas être modifiée entre la pré qualification des candidats et la remise de leurs offres.

La forme juridique du groupement peut être imposée au stade de la pré qualification ou de la présentation de l'offre.

Dans ce cas, elle est mentionnée dans le dossier de pré qualification et dans le dossier d'appel d'offres et ne peut être modifiée.

Il est interdit aux candidats et soumissionnaires de présenter pour le même marché ou un de ses lots, plusieurs offres en agissant à la fois en qualité de candidats individuels ou de membres d'un ou plusieurs groupements.

Article 26 : De la sous-traitance

En matière de travaux et de services, le titulaire d'un marché public peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition :

- d'avoir obtenu de l'autorité contractante l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement ;
- que cette possibilité soit prévue dans le dossier d'appel d'offres.

Le soumissionnaire a l'obligation d'indiquer dans son offre, la nature et le montant de la partie des prestations qu'il envisage de sous-traiter.

La sous-traitance de plus de quarante pour cent (40 %) de la valeur globale d'un marché est interdite.

La sous-traitance ne peut en aucun cas conduire à une modification substantielle de la qualification du titulaire après attribution du marché.

Dans le cas d'un marché d'une collectivité locale ou de l'un de ses établissements publics, le candidat au marché qui aura prévu de sous-traiter au moins trente pour cent (30 %) de la valeur globale du marché à une entreprise de l'Etat membre dans lequel le marché est exécuté pourra bénéficier d'une marge de préférence qui ne pourra être supérieure à cinq pour cent (5 %), cumulable avec la préférence visée à l'article 62 de la présente Directive.

En cas de sous-traitance du marché, le titulaire demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations de celui-ci.

Si la législation nationale l'autorise, le sous-traitant du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'autorité contractante est payé, à sa demande, directement par cette dernière pour la part dont il assure l'exécution.

TITRE II : PROCEDURES DE PASSATION

Chapitre 1 : les procédures de passation

Article 27 : Des plans prévisionnels

Les Etats membres veillent à ce que les autorités contractantes élaborent des plans prévisionnels annuels de passation des marchés publics sur le fondement de leur programme d'activité.

Ces plans dûment approuvés par les entités nationales compétentes doivent être cohérents avec les crédits qui leur sont alloués. Ils sont révisables. Ils doivent être communiqués aux entités administratives nationales et communautaires chargées du contrôle des marchés publics qui en assurent la publicité.

Les marchés passés par les autorités contractantes doivent avoir été préalablement inscrits dans ces plans prévisionnels ou révisés, à peine de nullité, sous réserve de l'appréciation de l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics.

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

Article 28 : Des modes de passation des marchés

Sous réserve des dispositions de l'alinéa suivant, les marchés peuvent, à l'exclusion de toute autre procédure, être passés, soit, sur appel d'offres, soit, par entente directe, conformément aux dispositions des articles 29 à 38 de la présente Directive.

L'appel d'offres ouvert est la règle; le recours à tout autre mode de passation doit être exceptionnel, justifié par l'autorité contractante et être autorisé au préalable par l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics.

Les marchés de prestations intellectuelles sont passés après consultation et remise de propositions, conformément aux dispositions de l'article 34 de la présente Directive.

Les autorités contractantes peuvent avoir recours, en dessous des seuils nationaux de passation de marchés, à des procédures de consultation d'entrepreneurs, de fournisseurs, de prestataires de services, ou de sollicitation de prix à condition que les procédures mises en œuvre respectent les principes posés à l'article 2 de la présente Directive.

Article 29 : De l'appel d'offres

L'appel d'offres est la procédure par laquelle l'autorité contractante choisit l'offre conforme aux spécifications techniques, évaluée la moins disante, et dont le soumissionnaire satisfait aux critères de qualification.

Cette procédure se conclue sans négociations, sur la base de critères objectifs d'évaluation préalablement portés à la connaissance des candidats dans le dossier d'appel d'offres et exprimés en termes monétaires.

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint.

Article 30 : De l'appel d'offres ouvert

L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout candidat, qui n'est visé par les restrictions visées aux articles 17 et 18 de la présente Directive, peut soumettre une demande de pré qualification ou une offre.

Article 31 : De l'appel d'offres ouvert précédé de pré qualification

Lorsque les travaux à réaliser, les équipements à livrer et les services à fournir revêtent un caractère complexe et/ou exigent une technicité particulière, l'appel d'offres ouvert est précédé d'une pré qualification. L'examen de la qualification des candidats s'effectue exclusivement en fonction de leur aptitude à exécuter le marché de façon satisfaisante et selon les critères définis dans l'invitation à soumissionner.

Article 32 : De l'appel d'offres restreint

L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres, les candidats que l'autorité contractante a décidé de consulter. Le nombre de candidats admis à soumissionner doit assurer une concurrence réelle. Il est ensuite procédé comme en matière d'appel d'offres ouvert.

Il ne peut être recouru à la procédure de l'appel d'offres restreint que lorsque les biens, les travaux ou les services, de par leur nature spécialisée, ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs, d'entrepreneurs ou de prestataires de services.

Le recours à la procédure de l'appel d'offres restreint doit être motivé et soumis à l'autorisation préalable de l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics.

Article 33 : De l'appel d'offres en deux étapes

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

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

La procédure de l'appel d'offres en deux étapes peut être précédée d'une pré qualification.

Il ne peut être recouru à la procédure de l'appel d'offres en deux étapes que :

a) dans le cas d'un marché d'une grande complexité ; ou
b) dans le cas d'un marché qui doit être attribué sur la base de critères de performance et non de spécifications techniques détaillées.

Le recours à la procédure de l'appel d'offres en deux étapes doit être motivé et soumis à l'autorisation préalable de l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics.

Article 34 : Des procédures spécifiques au marché de prestations intellectuelles

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

Il est attribué après mise en concurrence, sur la base d'une liste restreinte des candidats pré qualifiés, en raison de leur aptitude à exécuter les prestations, à la suite d'un avis à manifestation d'intérêt.

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

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

L'ouverture des offres s'effectue en deux temps. Dans un premier temps, les offres techniques sont ouvertes et évaluées conformément aux critères définis ci-après. Dans un deuxième temps, seuls les soumissionnaires ayant présenté des offres techniquement qualifiées et conformes voient leurs offres financières ouvertes. Les autres offres financières sont retournées, sans être ouvertes, aux soumissionnaires non qualifiés.

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

La sélection s'effectue, par référence à une qualification minimum requise, soit,

- sur la base de la qualité technique et du montant de la proposition, soit,
- sur la base d'un budget prédéterminé dont le consultant doit proposer la meilleure utilisation possible, soit,
- sur la base de la meilleure proposition financière soumise par les candidats ayant obtenu une notation technique minimum, soit,

- dans les cas où les prestations sont d'une complexité exceptionnelle ou d'un impact considérable ou bien encore lorsqu'elles donneraient lieu à des propositions difficilement comparables, exclusivement sur la base de la qualité technique de sa proposition.

Le marché peut faire l'objet de négociations avec le candidat dont la proposition est retenue. Ces négociations ne peuvent être conduites avec plus d'un candidat à la fois. Dans tous les cas, lorsque le prix a été un critère de sélection, ces négociations ne peuvent porter sur les prix unitaires proposés. Une fois ces négociations conclues, les autres soumissionnaires sont informés du rejet de leur proposition.

Lorsque les prestations le requièrent, la sélection d'un consultant, à raison de sa qualification unique ou de la nécessité de continuer avec le même prestataire, peut intervenir par entente directe.

Dans ce cas, le marché ne peut être passé qu'avec des consultants qui acceptent de se soumettre au contrôle des prix spécifiques pendant l'exécution des prestations.

Article 35 : Des procédures applicables en matière de maîtrise d'ouvrage déléguée

Les dispositions de l'article 34 de la présente Directive sont applicables à l'ensemble des marchés conclus dans le cadre de la maîtrise d'ouvrage déléguée. Les procédures d'attribution de ces marchés doivent permettre d'assurer leur mise en concurrence effective.

Article 36 : De la procédure applicable au marché à commandes

Les dispositions des articles 29 à 32 de la présente Directive sont applicables à la passation du marché à commandes qui a pour objet de permettre à l'autorité contractante de couvrir ses besoins courants annuels de fournitures dont il n'est pas possible, au début de l'année, de prévoir l'importance exacte, ou bien qui excèdent les possibilités de stockage.

Le marché à commandes, dont la durée ne saurait excéder une année renouvelable une fois, indique les limites maximales et minimales de la prestation globale à fournir, ces limites pouvant être exprimées soit, en quantité soit, en valeur.

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

Le renouvellement du marché à commandes est soumis à l'autorisation de l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics.

Article 37 : De la procédure applicable au marché de clientèle

Les dispositions des articles 29 à 32 de la présente Directive sont applicables à la passation du marché de clientèle par lequel l'autorité contractante s'engage à confier, pour une période limitée, et qui ne saurait excéder une année, renouvelable une fois, l'exécution de tout ou partie de certaines catégories de prestations de

services, définies par la réglementation nationale, suivant des commandes faites au fur et à mesure des besoins.

Le renouvellement du marché de clientèle est soumis à l'autorisation de l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics.

Article 38 : Du recours au marché par entente directe

Le marché est passé par entente directe lorsque l'autorité contractante engage, sans formalité, les discussions qui lui paraissent utiles, avec un entrepreneur, un fournisseur, ou un prestataire de services.

Le recours à la procédure par entente directe doit être motivé et soumis à l'autorisation préalable de l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics.

Le marché est passé par entente directe dans les cas suivants :

- lorsque les besoins ne peuvent être satisfaits que par une prestation nécessitant l'emploi d'un brevet d'invention, d'une licence ou de droits exclusifs détenus par un seul entrepreneur, un seul fournisseur ou un seul prestataire ;
- lorsque les marchés ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques, artistiques ;
- dans le cas d'extrême urgence, pour les travaux, fournitures ou services que l'autorité contractante doit faire exécuter en lieu et place de l'entrepreneur, du fournisseur ou du prestataire défaillant ;
- dans le cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles ou de force majeure ne permettant pas de respecter les délais prévus dans les procédures d'appel d'offres, nécessitant une intervention immédiate, et lorsque l'autorité contractante n'a pas pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence.

Le marché par entente directe ne peut être passé qu'avec des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services qui acceptent de se soumettre à un contrôle des prix spécifiques durant l'exécution des prestations.

Le marché précise les obligations comptables auxquelles le titulaire du marché sera soumis, et notamment l'obligation de présenter ses bilans, comptes de résultats, ainsi que sa comptabilité analytique d'exploitation ou, à défaut de celle-ci, tous documents de nature à permettre l'établissement des coûts de revient.

Chapitre 2 : La forme et la publication de la commande

Section 1 : Les règles communes en matière de publicité

Article 39 : Des avis indicatifs

Les entités administratives chargées du contrôle des marchés publics font connaître au moyen d'un avis indicatif, les caractéristiques essentielles des marchés de travaux, fournitures et services qu'elles entendent passer dans l'année et dont les montants égalent ou dépassent les seuils communautaires.

La Commission de l'UEMOA définira avec les Etats membres les supports de communication appropriés ainsi que le contenu et les modalités de publication de ces avis au sein de l'UEMOA.

Les autorités contractantes restent libres de ne pas donner suite aux projets d'achat public mentionnés dans l'avis indicatif.

Article 40 : Du seuil communautaire de publication

La Commission de l'UEMOA définira en concertation avec les Etats membres, un seuil communautaire de publication pour les marchés de travaux, de fournitures et de services, et pour les délégations de service public.

Article 41 : De l'avis communautaire

Sous réserve de la détermination du seuil communautaire de publication, la Commission de l'UEMOA publie les avis de marchés ou de délégations avec appel d'offres douze (12) jours ouvrables au plus tard après leur réception par la Commission. En cas d'urgence, ce délai est réduit à cinq (5) jours ouvrables.

Le contenu, le mode de communication et les modalités de publication des avis communautaires fera l'objet d'une Décision de la Commission.

La publication des avis, en application des dispositions des réglementations nationales, ne peut intervenir avant la publication effectuée par la Commission de l'UEMOA.

Toutefois, à défaut de publication par la Commission de l'UEMOA dans les délais impartis par la présente Directive, l'autorité contractante nationale peut procéder à la publication.

Article 42 : Des avis nationaux de publication

Les marchés publics par appel d'offres, dont le montant est supérieur ou égal au seuil visé à l'article 10 de la présente Directive doivent obligatoirement faire l'objet d'un avis d'appel à la concurrence porté à la connaissance du public par une insertion faite, dans les mêmes termes, dans une publication nationale et/ou internationale et sous format électronique, selon le document-modèle communautaire qui en fixera les mentions obligatoires. Cette obligation concerne également les avis de pré qualification.

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

Article 43 : De la dématérialisation

La dématérialisation est définie comme étant la création, l'échange, l'envoi, la réception ou la conservation d'informations ou de documents par des moyens électroniques ou optiques, ou des moyens comparables, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI) ou la messagerie électronique.

Les échanges d'informations intervenant en application de la présente Directive peuvent faire l'objet d'une transmission par moyen électronique dans les conditions ci-dessous. Cette transmission devra être privilégiée dès lors que les autorités contractantes disposeront des moyens technologiques nécessaires.

Les outils utilisés pour communiquer par des moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, doivent avoir un caractère non discriminatoire, être couramment à la disposition du public et compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées.

Les documents d'appel d'offres et de consultation peuvent être mis à la disposition des candidats par moyen électronique dans les conditions fixées par les législations nationales, sous réserve que ceux-ci soient mis à la disposition des candidats par voie postale s'ils en font la demande.

Sauf dispositions contraires prévues dans l'avis, les candidatures et les offres peuvent également être communiquées à l'autorité contractante par moyen électronique, qui s'assure de l'authenticité de la transmission par tout moyen approprié et dans des conditions déterminées par les réglementations nationales.

Les dispositions de la présente Directive qui font référence à des écrits ne font pas obstacle au remplacement de ceux-ci par un support ou un échange électronique, dans la mesure où de telles dispositions sont applicables aux actes de l'autorité contractante.

Les communications, les échanges et le stockage d'informations sont faits de manière à assurer que l'intégrité des données et la confidentialité des offres et des demandes de participation soient préservées et que les autorités contractantes ne prennent connaissance du contenu des offres et des demandes de participation qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.

La Commission définira, en relation avec les Etats membres, les modalités de mise en œuvre des dispositions du présent article.

Section 2 : Le dossier d'appel d'offres

Article 44 : De la détermination des besoins

La nature et l'étendue des besoins sont déterminées avec précision par les autorités contractantes avant tout appel à la concurrence ou toute procédure de négociation par entente directe. Le marché public ou la délégation de service public conclu par l'autorité contractante doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins.

Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés ou des délégations aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu de la présente Directive.

Le lancement d'une procédure de passation d'un marché public doit se conformer aux Directives de l'UEMOA en matière de finances publiques. Il est subordonné à l'existence de crédits budgétaires suffisants et au respect des règles organisant les dépenses des organismes publics.

Article 45 : Du dossier d'appel d'offres

Sous réserve des dispositions de l'article 34 de la présente Directive, le dossier d'appel d'offres comprend notamment le règlement d'appel d'offres, l'acte d'engagement, et les cahiers des clauses administratives conformes aux dossiers-type communautaires.

L'autorité contractante ne peut apporter de modifications au dossier d'appel d'offres que dans des situations exceptionnelles n'affectant pas les conditions substantielles du marché.

Les modifications du dossier d'appel d'offres, à l'exception de celles affectant les dispositions particulières du règlement de l'appel d'offres et du cahier des clauses administratives, doivent préalablement être soumises pour avis à l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics.
Un procès-verbal de toutes modifications approuvées au dossier d'appel d'offres est dressé.

Les modifications du dossier d'appel d'offres sont transmises à tous les candidats dix (10) jours ouvrables au minimum avant la date de remise des offres, qui peut, dans cette hypothèse, également être prorogée par l'autorité contractante.

Article 46 : Du dossier de pré-qualification

Le dossier de pré-qualification contient les renseignements relatifs aux travaux, fournitures ou prestations qui font l'objet de la pré-qualification, une description précise des critères et des conditions à remplir pour être pré qualifié ainsi que les délais dans lesquels les résultats de la pré-qualification seront connus des candidats.

Ces conditions peuvent notamment inclure des références concernant des marchés analogues, les effectifs, les installations et le matériel dont les candidats disposent pour exécuter le marché et leur situation financière.

Article 47 : De l'allotissement

Lorsque l'allotissement est susceptible de présenter des avantages financiers ou techniques, les travaux, fournitures ou services sont répartis en lots pouvant donner lieu chacun à un marché distinct.

Le dossier d'appel d'offres fixe le nombre, la nature et l'importance des lots, ainsi que les conditions imposées aux candidats pour souscrire à un ou plusieurs lots et les modalités de leur attribution et indique que la Commission d'évaluation des offres attribuera les marchés sur la base de la combinaison des lots évaluée la moins disante par l'autorité contractante.

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

Article 48 : Des spécifications techniques

Les travaux, fournitures et prestations de services qui font l'objet d'un marché public ou d'une délégation de service public sont définis par référence aux normes, agréments techniques ou spécifications nationaux ou communautaires, ou à défaut par référence à des normes ou agréments techniques ou spécifications internationaux.
Il ne peut être dérogé à ces règles que:

a) si les normes, les agréments techniques ou les spécifications techniques nationaux, communautaires ou à défaut internationaux, ne contiennent aucune disposition concernant l'établissement de la conformité ou s'il n'existe pas de moyens techniques permettant d'établir de façon satisfaisante la conformité d'un produit à ces normes, à ces agréments techniques ou à ces spécifications techniques communes ;

b) si ces normes, ces agréments techniques ou ces spécifications techniques nationaux, communautaires ou à défaut internationaux, imposent l'utilisation de produits ou de matériaux incompatibles avec des installations déjà utilisées par l'autorité contractante ou entraînent des coûts disproportionnés ou des difficultés techniques disproportionnées, mais uniquement dans le cadre d'une stratégie clairement définie et consignée en vue d'un passage, dans un délai déterminé, à des normes, à des agréments techniques ou à des spécifications techniques nationaux, communautaires ou internationaux ;

c) si le projet concerné constitue une véritable innovation pour laquelle le recours à des normes, à des agréments techniques ou à des spécifications techniques nationaux, communautaires, ou à défaut internationaux existants serait inapproprié.

A moins que de telles spécifications ne soient justifiées par l'objet du marché ou de la délégation, les États membres s'interdisent l'introduction dans les clauses contractuelles propres à un marché ou à une délégation déterminé, de spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des procédés particuliers et qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises. Est notamment interdite l'indication de marques, de brevets ou de types, ou celle d'une origine ou d'une production déterminée; toutefois, une telle indication accompagnée de la mention «ou équivalent» est autorisée lorsque les autorités contractantes n'ont pas la possibilité de donner une description de l'objet du marché au moyen de spécifications suffisamment précises et intelligibles pour tous les intéressés.

Ces normes, agréments et spécifications, ainsi que le recours à la procédure dérogatoire ci-dessus visée, doivent être expressément mentionnés dans les cahiers des clauses techniques. Les informations sur la procédure dérogatoire sont communiquées sur sa demande à la Commission de l'UEMOA.

Article 49 : De la langue de la procédure

Les avis d'appel d'offres ou d'invitation à soumissionner sont publiés in extenso dans une langue officielle de l'UEMOA, le texte publié dans cette langue étant le seul faisant foi.

Les offres sont soumises dans la langue indiquée dans l'avis et le dossier d'appel d'offres.

Article 50 : De la confidentialité

Sans préjudice des dispositions de la présente Directive, notamment celles relatives aux obligations en matière de publicité sur les marchés attribués et d'information des candidats et des soumissionnaires, et, conformément au droit national auquel est soumise l'autorité contractante, cette dernière ne divulgue pas les renseignements que les soumissionnaires lui ont communiqués à titre confidentiel; ces renseignements comprennent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

Article 51 : De l'annulation de la procédure d'appel d'offres

Si l'autorité contractante décide que la procédure d'appel d'offres soit annulée, elle en fait la demande motivée à l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics. Les désaccords éventuels seront tranchés conformément aux dispositions réglementaires communautaires en vigueur en matière de contrôle et de régulation des marchés publics et des délégations de service public.

L'autorité contractante communique la décision d'annulation et ses motifs aux soumissionnaires.

Dans le cas des avis ayant fait l'objet d'une publication au niveau communautaire, l'organe de contrôle informe la Commission de l'UEMOA de la décision d'annulation de la procédure d'appel d'offres.

Dans ce cas, les soumissionnaires ayant déjà remis leurs offres sont déliés de tout engagement, et leurs cautions libérées.

Chapitre 3 : Les délais de réception des offres

Article 52 : Du délai dans les procédures ouvertes et restreintes

Dans les procédures ouvertes et restreintes, le délai de réception des candidatures ou des offres ne peut être inférieur à trente (30) jours calendaires pour les marchés supérieurs aux seuils nationaux, et à quarante cinq (45) jours calendaires pour les marchés supérieurs au seuil communautaire, à compter de la publication de l'avis.

Lorsque les avis et le dossier d'appel d'offres sont préparés et envoyés par des moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission qui seront définis par la Commission de l'UEMOA, en application des dispositions de la présente Directive, les délais de réception des offres dans les procédures ouvertes et restreintes, peuvent être raccourcis de 7 jours calendaires.

Article 53 : Du délai en cas d'urgence

En cas d'urgence dûment motivée, ne nécessitant pas une intervention immédiate, les délais visés à l'article précédent peuvent être ramenés à quinze (15) jours calendaires pour les marchés supérieurs aux seuils nationaux et à trente (30) jours calendaires pour les marchés supérieurs au seuil communautaire. La décision de recourir à la procédure d'urgence doit être autorisée par l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics.

Chapitre 4 : La présentation, l'ouverture et l'évaluation des offres

Section 1 : La présentation des offres

Article 54 : De la soumission

Les offres sont accompagnées d'un acte d'engagement du soumissionnaire qui doit être signé par ce dernier ou son représentant dûment habilité.

La soumission est transmise par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de sa réception et d'en garantir la confidentialité.

Article 55 : De la garantie de l'offre

Pour être admis à présenter une offre, les soumissionnaires des marchés passés par appel d'offres sont tenus de fournir une garantie d'offre lorsque la nature des prestations le requiert. Il n'est pas demandé de garantie d'offre pour les marchés de prestations intellectuelles.

Le montant de la garantie d'offre est indiqué dans le dossier d'appel d'offres. Il est fixé en fonction de l'importance du marché par l'autorité contractante. Il est compris entre un (1) et trois (3) pour cent du montant prévisionnel du marché.

Article 56 : De l'enveloppe contenant l'offre

Sous réserve des dispositions spécifiques applicables aux marchés de prestations intellectuelles visées à l'article 34 de la présente Directive, les offres du soumissionnaire doivent être contenues dans une seule enveloppe comprenant les renseignements relatifs à la candidature, et, séparément, l'offre technique et l'offre financière.

Cette enveloppe contenant l'offre du soumissionnaire comporte exclusivement les mentions prévues par l'appel à la concurrence auquel l'offre se rapporte.

Section 2 : L'ouverture des plis

Article 57 : De l'ouverture des plis

Sous réserve des dispositions spécifiques applicables aux marchés de prestations intellectuelles visées à l'article 34 de la présente Directive, la séance d'ouverture des plis est publique.

Les plis sont ouverts par la Commission d'ouverture des plis à la date qui a été fixée pour le dépôt des offres.

Celle-ci dresse la liste des soumissionnaires en leur présence, examine les pièces justificatives produites et relève les offres des candidats qui ne sont pas recevables en application des articles 17 et 18 de la présente Directive, ou qui ne sont pas accompagnées des pièces à caractère éliminatoire mentionnées au dossier d'appel d'offres.

Sous réserve des dispositions spécifiques applicables aux marchés de prestations intellectuelles visées à l'article 34 de la présente Directive, la Commission d'ouverture des plis procède à la lecture à haute voix en un seul temps des offres techniques et financières, en relevant le nom de chaque soumissionnaire, ainsi que le montant de chaque offre et de chaque variante.

La Commission d'ouverture des plis dresse immédiatement un procès-verbal de la séance d'ouverture, auquel est jointe la liste signée des personnes présentes. Le procès-verbal est contresigné par tous les membres de la Commission et est publié.

Ce procès-verbal est remis par la suite à tous les soumissionnaires qui en font la demande. Il est établi conformément à un document modèle communautaire.

Article 58 : De l'insuffisance du nombre de soumissionnaires

Dans le cadre des procédures qui se caractérisent par une consultation restreinte de candidats, notamment dans le cas d'une pré-qualification, d'un appel d'offres restreint, et en matière de prestations intellectuelles, lorsque un minimum de trois plis n'a pas été remis aux date et heure limites de réception des offres, l'autorité contractante ouvre un nouveau délai qui ne peut être inférieur à quinze (15) jours ouvrables et qu'elle porte à la connaissance du public. A l'issue de ce nouveau délai, la Commission d'ouverture des plis peut procéder aux opérations de dépouillement, quel que soit le nombre d'offres reçues.

Section 3 : L'évaluation et attribution des marchés

Article 59 : De l'analyse et de l'évaluation des offres

Sous réserve des dispositions spécifiques applicables en matière de prestations intellectuelles visées à l'article 34 de la présente Directive, la Commission d'évaluation des offres procède, de manière strictement confidentielle, et dans le délai compatible avec le délai de validité des offres, à une analyse technique et financière et à un classement des offres suivant les critères édictés dans le dossier d'appel d'offres.

Une variante dans une offre ne peut être prise en considération pour le classement des offres que si une telle faculté a été expressément mentionnée dans le dossier d'appel d'offres.

Seule la variante du soumissionnaire ayant proposé l'offre de base évaluée la moins disante sera prise en considération.

Article 60 : De l'appel d'offres infructueux

En l'absence d'offres ou si aucune des offres reçues n'est conforme au dossier d'appel d'offres, l'autorité contractante, sur l'avis motivé de la Commission d'évaluation des offres, déclare l'appel d'offres infructueux.

Il est alors procédé, soit, par nouvel appel d'offres soit, par consultation d'au moins trois entrepreneurs ou fournisseurs, et dans ce dernier cas, après autorisation préalable de l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics.

Article 61 : Des critères d'évaluation

Sous réserve des dispositions spécifiques applicables aux marchés de prestations intellectuelles, l'attribution du marché se fait sur la base de critères économiques, financiers et techniques, mentionnés dans le dossier d'appel d'offres, afin de déterminer l'offre conforme évaluée la moins disante.

Ces critères d'évaluation, tels que les coûts d'utilisation, le prix, la rentabilité, la qualité, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique, le délai d'exécution, le calendrier de paiement, sont objectifs, en rapport avec l'objet du marché, quantifiables et exprimés en termes monétaires. Si compte tenu de l'objet du marché, l'autorité contractante ne retient qu'un seul critère, celui-ci doit être le prix.

L'évaluation est effectuée conformément à un rapport-type communautaire d'évaluation et de comparaison des offres.

Article 62 : De la préférence communautaire

Lors de la passation d'un marché public ou d'une délégation de service public, une préférence doit être attribuée à l'offre présentée par une entreprise communautaire. Cette préférence communautaire remplace les préférences nationales existant dans les Etats membres. Elle doit être quantifiée sous forme de pourcentage du montant de l'offre. Un tel pourcentage ne peut en aucun cas excéder quinze (15) pour cent. La marge de préférence communautaire doit être prévue au dossier d'appel d'offres.

La Commission de l'UEMOA est chargée de prendre les mesures visant à déterminer les conditions et modalités d'application de la préférence communautaire, notamment par référence aux types d'acquisition concernée et à ses bénéficiaires.

Article 63 : De l'offre anormalement basse

Si une offre s'avère anormalement basse, l'autorité contractante ne peut la rejeter par décision motivée qu'après avoir demandé par écrit les précisions qu'elle juge opportunes et vérifié les justifications fournies.

Article 64 : De l'attribution du marché

Dès qu'elle a fait son choix, la Commission d'évaluation des offres dresse un procès verbal qui arrête sa décision et qui est signé séance tenante. Ce document est un procès-verbal d'attribution provisoire pour les marchés dont le montant est supérieur ou égal aux seuils nationaux.

Il mentionne :

- le ou les soumissionnaires retenus ;
- le nom des soumissionnaires exclus et les motifs de leur rejet, et le cas échéant les motifs de rejet des offres jugées anormalement basses ;
- les principales dispositions permettant l'établissement du ou des marchés et, en particulier, son objet, son prix, les délais, la part du marché que le soumissionnaire a l'intention de sous-traiter à des tiers et le cas échéant, les variantes prises en compte ;
- le nom de l'attributaire et le montant évalué de son offre ;
- et en ce qui concerne les procédures par appel d'offres restreint, par appel d'offres en deux étapes, et par entente directe, l'indication des circonstances qui justifient le recours à ces procédures ;
- et le cas échéant, les raisons pour lesquelles l'autorité contractante a renoncé à passer un marché.

Ce procès-verbal est établi selon un document-modèle communautaire et fait l'objet d'une publication, après validation, le cas échéant, par l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics.

L'autorité contractante attribue le marché, dans le délai de validité des offres, défini dans le dossier d'appel d'offres, au soumissionnaire dont l'offre satisfait aux conditions visées à l'article 29 de la présente Directive.

Article 65 : De l'information des soumissionnaires

L'attribution est notifiée au soumissionnaire retenu. Les autres soumissionnaires sont informés du rejet de leur offre, et, le cas échéant, leur caution leur est restituée.

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

Les autorités contractantes observent un délai minimum de quinze (15) jours après la publication visé à l'alinéa précédent, avant de procéder à la signature du marché et de le soumettre à l'approbation des autorités compétentes.

Dans ce délai, le soumissionnaire doit, à peine de forclusion, exercer les recours visés aux articles 11 et 12 de la Directive portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public.

Tout candidat non retenu au terme de la pré qualification peut également demander à l'autorité contractante de lui communiquer les motifs du rejet de sa proposition.

Chapitre 5 : La signature, l'approbation et l'entrée en vigueur du marché Chapitre 5 La signature, l'approbation et l'entrée en vigueur du marché

Article 66 : De l'interdiction des négociations

Sauf dans le cadre des procédures par entente directe, de la procédure visée à l'article 34 de la présente Directive, aucune négociation n'a lieu entre l'autorité contractante et le soumissionnaire ou l'attributaire sur l'offre soumise.

Article 67 : De la signature du marché

Avant signature de tout marché, les services compétents des autorités contractantes doivent fournir à leurs co-contractants la preuve que le crédit est disponible et a été réservé.

L'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics a pour responsabilité de valider la procédure de sélection.

Lorsque la passation d'un marché a été soumise à l'obligation d'une autorisation préalable et que cette obligation n'a pas été respectée, le marché est nul.

L'autorité contractante peut demander au soumissionnaire retenu de confirmer l'ensemble de ses qualifications, préalablement à la signature du marché.
Une fois la procédure de sélection validée, le marché est signé par le représentant de l'autorité contractante et l'attributaire.

Article 68 : De l'approbation du marché

Les marchés publics, selon la qualité de l'autorité contractante, sont transmis par l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics, à une autorité approbatrice, centrale ou déconcentrée, qui est obligatoirement distincte de l'autorité signataire.

Cette entité administrative a la responsabilité de faire approuver le marché dans le délai de validité des offres.

L'approbation du marché ne pourra être refusée que par une décision motivée, rendue dans les trente (30) jours calendaires de la transmission du dossier d'approbation et susceptible de recours devant l'autorité compétente chargée des recours non juridictionnels visée à l'article 12 de la Directive portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public, par toute partie au contrat.

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

Article 69 : De la notification du marché

Les marchés, après accomplissement des formalités d'enregistrement doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution.
La notification consiste en un envoi du marché signé au titulaire, dans les trois jours calendaires suivant la date de signature, par tout moyen permettant de donner date

certaine. La date de notification est la date de reception du marché par le titulaire.

Article 70 : De l'entrée en vigueur du marché

Le marché entre en vigueur dès sa notification ou à une date ultérieure si le marché le prévoit. L'entrée en vigueur du marché marque le début des obligations juridiques d'exécution et, sauf dispositions contraires du marché, le début des délais de réalisation.

Dans les quinze (15) jours calendaires de l'entrée en vigueur du marché, un avis d'attribution définitive est publié dans un support national et dans un support communautaire.

Chapitre 6 : Le régime spécial de passation des délégations de service public

Article 71 : Des autorités délégantes

L'Etat et les collectivités territoriales peuvent conclure des conventions de délégation de service public en conformité avec les dispositions de la présente Directive, lorsqu'elles s'y rapportent, et avec celles visées au présent chapitre. La procédure de sélection du délégataire doit être préalablement validée par l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics.

Article 72 : De la publicité

La passation de la convention de délégation de service public doit être précédée d'une publicité de nature à permettre une information la plus claire possible sur le projet considéré, selon les règles définies aux articles 40 à 42 de la présente Directive. Le délai de réception des soumissions est au minimum de quarante cinq (45) jours calendaires, à compter de la date de publication de l'avis.

Article 73 : De la pré-qualification des candidats

Une pré-qualification des candidats peut être organisée. Ces derniers doivent faire la preuve qu'ils satisfont aux critères de pré qualification que l'autorité délégante juge appropriés. Cette pré-qualification a pour objet d'identifier les cocontractants potentiels qui offrent les garanties techniques et financières suffisantes et qui ont la capacité d'assurer la continuité du service public dont ils seront délégataires.

Article 74 : De la sélection des offres

La sélection des offres doit être effectuée, suivant une procédure d'appel d'offres ouvert, ou en deux étapes, sous réserve des exceptions visées au présent article.

Lorsque l'autorité délégante dispose de spécifications techniques détaillées et de critères de performance ou d'indicateurs de résultats précis, la sélection se fait en une seule étape. Dans ce cas, consécutivement à la pré qualification, elle procédera, par voie d'appel d'offres ouvert.

La sélection du délégataire peut également se faire en deux étapes. Les candidats pré qualifiés remettent, tout d'abord, des propositions techniques, sans indication de prix, sur la base de principes généraux de conception ou de normes de performance.

Une fois les propositions reçues et examinées, l'autorité contractante peut inviter, après avoir éventuellement révisé le cahier des charges initial, les soumissionnaires à présenter les propositions techniques assorties d'un prix.
L'autorité délégante peut également avoir recours à la procédure par entente directe selon les modalités définies à l'article 38 de la présente Directive, dans les cas suivants :

- lorsque, en cas d'extrême urgence, constatée par l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics, nécessitant une intervention immédiate visant à assurer la continuité du service public, il ne serait pas possible d'ouvrir une procédure de sélection avec mise en concurrence ;
- lorsqu'une seule source est en mesure de fournir le service demandé.

Article 75 : Des négociations finales

L'autorité délégante et l'opérateur retenu, à l'issue du processus de sélection engagent des négociations en vue d'arrêter les termes définitifs de la convention de délégation de service public.

Ces termes doivent garantir un cadre juridique, financier et comptable transparents dans l'intérêt des deux parties.

Article 76 : De l'attribution des conventions

L'attribution de la convention s'effectue sur la base de la combinaison optimale de différents critères d'évaluation prévus dans le dossier d'appel d'offres, tels que les spécifications et normes de performance prévues ou proposées, la qualité des services publics visant à assurer leur continuité, les tarifs imposés sur les usagers ou reversés à l'Etat ou à la collectivité publique, le potentiel de développement socio-économique offert, le respect des normes environnementales, le coût, le montant et la rationalité du financement offert, toute autre recette que les équipements procureront à l'autorité délégante et la valeur de rétrocession des installations.

Article 77 : De la publication de l'avis d'attribution

L'autorité délégante publie un avis d'attribution de convention de délégation de service public. Cet avis doit désigner le délégataire et comporter un résumé des principales clauses de la convention de délégation.

Article 78 : Des entités de contrôle et des autorités d'approbation des délégations de service public

Les entités administratives de contrôle des marchés publics sont également compétentes pour contrôler les procédures de passation des délégations de service public selon les modalités déterminées au titre II de la présente Directive.

TITRE III : EXECUTION ET REGLEMENT DES MARCHES PUBLICS

Chapitre 1 : Les conditions du marché public

Article 79 : Des pièces constitutives du marché

Les marchés font l'objet d'un document unique qui comporte les pièces constitutives et les mentions obligatoires conformes au dossier- type communautaire.
Ils doivent être conclus et approuvés avant tout commencement d'exécution.

Article 80 : Du prix du marché

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

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

Les marchés sont conclus à prix ferme ou à prix révisable. Le prix est ferme lorsqu'il ne peut pas être modifié en cours d'exécution du marché à raison des variations des conditions économiques.

Les marchés ne sont conclus à prix ferme que lorsque l'évolution prévisible des conditions économiques n'expose ni le titulaire du marché, ni l'autorité contractante à des aléas importants. Le prix ferme est actualisable entre la date limite de remise des offres et la date de notification du marché.

Le prix est révisable lorsqu'il peut être modifié durant l'exécution des prestations aux conditions de révision expressément prévues par le marché en vertu d'une clause de révision du prix stipulée au marché par application des indices de prix officiels nationaux et, le cas échéant, étrangers.

Article 81 : De la garantie de bonne exécution

Les titulaires de marché sont tenus de fournir une garantie de bonne exécution lorsque la nature et le délai d'exécution du marché le requièrent.

Elle est fixée dans le cahier des charges et doit être en rapport avec l'objet du marché. Les titulaires de marché de prestations intellectuelles ne sont pas soumis à cette obligation.

Le montant de la garantie est fixé par l'autorité contractante. Il ne peut excéder cinq pour cent (5 %) du prix de base du marché augmenté ou diminué le cas échéant des avenants.
La garantie de bonne exécution est libérée dans le délai d'un mois suivant le début du délai de garantie ou, si le marché ne comporte pas un tel délai, immédiatement suivant la réception provisoire des travaux, fournitures ou services.

Article 82 : Des autres formes de garanties

Lorsque le marché prévoit des avances, le titulaire d'un marché est tenu de fournir une garantie de restitution couvrant la totalité du montant des avances.

Lorsque le marché comporte un délai de garantie, une partie de chaque paiement peut être retenue par l'autorité contractante au titre de retenue de garantie pour couvrir l'obligation de parfait achèvement des travaux, fournitures et services. La part des paiements retenue par l'autorité contractante ne peut être supérieure à cinq pour cent (5 %) du montant des paiements. Elle est fixée dans le cahier des charges.

Article 83 : Du régime des garanties

La forme, la nature et les conditions de libération des garanties ainsi que les modalités de leur restitution sont fixées en conformité avec les dispositions du Traité OHADA et de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés.

Dans la définition des garanties requises, les Etats membres s'engagent à ce que les autorités contractantes ne prennent aucune disposition discriminatoire, notamment celle visant à faire obstacle à l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique.

Article 84 : Du nantissement des marchés publics

L'entrepreneur, fournisseur ou prestataire reçoit du représentant de l'autorité contractante ou toute autre autorité désignée à cet effet, un exemplaire original du marché revêtu d'une mention, dûment signé par lui, indiquant que cette pièce est délivrée en unique exemplaire en vue de permettre au titulaire de nantir le marché.

L'exemplaire unique doit être remis par l'organisme bénéficiaire au comptable assignataire en tant que pièce justificative pour le paiement.

Le nantissement ne peut être effectué qu'auprès d'un établissement ou d'un groupement bancaire, agréé par le Ministre chargé des Finances d'un Etat membre de l'UEMOA.

Les formalités de publicité prévues par la réglementation nationale en vigueur sur le nantissement du marché doivent dans tous les cas être respectées.

Le marché indique la nature et le montant des prestations que le titulaire du marché envisage de confier à des co-traitants ou à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct et ce montant est déduit du montant du marché pour déterminer le montant maximum du marché que le titulaire est autorisé à donner en nantissement.

Si, postérieurement à la notification du marché, le titulaire du marché envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui est indiqué dans le marché, il doit obtenir la modification de la formule de l'exemplaire unique du marché, figurant sur la copie de l'original.

Chapitre 2 : Le changement en cours d'exécution du marché

Article 85 : Des changements dans le volume des prestations

La passation d'un avenant est obligatoire dès qu'il y a un changement dans la masse des travaux, fournitures, ou prestations en application des conditions déterminées par les réglementations nationales et mentionnées dans les cahiers des charges.

Elle est soumise à l'autorisation de l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics.

Lorsque l'augmentation de la masse des travaux dépasse d'un montant de trente pour cent (30 %), le montant du marché calculé sur la base des prix initiaux, ou lorsqu'en cas d'avenants successifs, le montant du dernier avenant à conclure doit porter le total cumulé des avenants, au-delà de trente pour cent (30 %) du montant du marché, il est passé un nouveau marché.

La passation du nouveau marché est soumise aux dispositions du Titre II de la présente Directive.

Le jeu normal des révisions de prix en application des clauses contractuelles ne donne pas lieu à passation d'avenant.

Toutefois, lorsque l'application de la formule de variation des prix conduit à une variation supérieure à vingt pour cent (20 %) du montant initial du marché ou du montant de la partie du marché restant à exécuter, l'autorité contractante ou le titulaire peuvent demander la résiliation du marché.

Article 86 : Du non-respect des délais contractuels

En cas de dépassement des délais contractuels fixés par le marché, le titulaire du marché est passible de pénalités, sous réserve que les conditions de mise en œuvre de ces pénalités soient prévues dans le marché.

Ces pénalités ne peuvent excéder le montant fixé dans les cahiers des clauses administratives générales pour chaque catégorie de marché.

Lorsque le montant visé à l'alinéa précédent est atteint, le représentant de l'autorité contractante peut demander la résiliation du marché. La remise totale ou partielle des pénalités peut être prononcée par l'autorité hiérarchique de l'autorité contractante.

Les empêchements résultant de la force majeure exonèrent le titulaire des pénalités de retard qui pourraient en résulter.

Chapitre 3 : La résiliation et l'ajournement des marchés

Article 87 : De l'ajournement

L'autorité contractante peut ordonner l'ajournement des travaux, fournitures, ou prestations, objet du marché avant leur achèvement.

Lorsque l'autorité contractante ordonne l'ajournement de l'exécution du marché pour une durée de plus de trois mois, le titulaire a droit à la résiliation de son marché. Il en est de même en cas d'ajournements successifs dont la durée cumulée dépasse trois mois.

L'ajournement ouvre droit au paiement au titulaire du marché d'une indemnité couvrant les frais résultant de l'ajournement.

Article 88 : De la résiliation

Les marchés publics peuvent faire l'objet d'une résiliation dans les conditions stipulées aux cahiers des charges, dans les cas suivants:

a. soit, à l'initiative de la personne responsable du marché en raison de la faute du titulaire du marché ou de la liquidation de son entreprise ;
b. soit, à l'initiative du titulaire du marché, pour défaut de paiement, à la suite d'une mise en demeure restée sans effet pendant trois mois, ou par suite d'un ajournement dans les conditions prévues à l'article 87 de la présente Directive ;
c. soit, à l'initiative de chacune des parties contractantes conformément aux dispositions de l'alinéa 6 de l'article 85 de la présente Directive.

Tout marché public peut également être résilié lorsqu'un cas de force majeure en rend l'exécution impossible.

En dehors des cas où la résiliation est prononcée en vertu de l'alinéa (a) du présent article, le titulaire du marché a droit à une indemnité de résiliation calculée forfaitairement sur la base des prestations qui demeurent à exécuter. Ce pourcentage est fixé dans les cahiers des clauses administratives générales pour chaque catégorie de marché.

Chapitre 4 : Le règlement des marchés

Article 89 : Du règlement des marchés

Les marchés donnent lieu à des versements soit, à titre d'avances ou d'acomptes soit, à titre de règlement partiel définitif ou pour solde du marché.

Article 90 : Des avances de démarrage

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

Le montant total des avances accordées au titre d'un marché déterminé ne peut en aucun cas excéder trente pour cent (30 %) du montant du marché initial.

Les avances sont toujours définies dans le dossier d'appel d'offres ou de consultation.

Les avances doivent être garanties à concurrence de leur montant et comptabilisées afin de s'assurer de leur apurement. Les avances sont remboursées selon des modalités fixées par le marché, par retenue sur les sommes dues au titulaire à titre d'acompte ou de solde.

Article 91 : Des acomptes

Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit au versement d'acomptes.

Le montant des acomptes ne doit pas excéder la valeur des prestations auxquelles ils se rapportent, une fois déduites, le cas échéant, les sommes nécessaires au remboursement des avances.
Dans le cas d'acomptes versés en fonction de phases préétablies d'exécution et non de l'exécution physique des prestations, le marché peut fixer forfaitairement le montant de chaque acompte sous forme de pourcentage du montant initial du marché.

Les cahiers des clauses administratives générales fixent pour chaque catégorie de marché les termes périodiques ou les phases techniques d'exécution en fonction desquelles les acomptes doivent être versés.

Le titulaire ne peut disposer des approvisionnements ayant fait l'objet d'acomptes pour d'autres travaux ou fournitures que ceux prévus au marché.

Le non respect de cette disposition peut conduire à la résiliation du marché de plein droit.

Article 92 : Du régime des paiements

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

Les opérations effectuées par le titulaire d'un marché qui donnent lieu à versement d'avance ou d'acompte ou à un paiement pour solde doivent être constatées par un écrit dressé par le représentant de l'autorité contractante ou accepté par elle.

Le représentant de l'autorité contractante est tenu de procéder au paiement des acomptes et du solde dans un délai qui ne peut dépasser soixante jours; toutefois, un délai plus long peut être fixé pour le paiement du solde de certaines catégories de marchés.

Des délais de paiement plus courts peuvent être accordés par les collectivités locales et leurs établissements, au bénéfice des petites et moyennes entreprises régulièrement installées sur leur ressort territorial.

Le dépassement du délai de paiement ouvre sans autre formalité et de plein droit pour le titulaire du marché au paiement d'intérêts moratoires à compter du jour suivant l'expiration du délai à un taux fixé par le Ministre chargé des Finances de l'Etat membre dans lequel le marché est exécuté, et qui ne pourra en aucun cas être inférieur au taux d'escompte de la BCEAO augmenté de un point.

Les dispositions prévues au titre du présent chapitre s'appliquent aux sous-traitants bénéficiant d'un paiement direct.

TITRE IV : DISPOSITIONS FINALES

Article 93 : Des dispositions finales

Dans un délai de deux (2) ans à compter de la mise en vigueur de la présente Directive, les Etats membres prennent les dispositions législatives, réglementaires et administratives pour se conformer à celle-ci. Ils en informent immédiatement la Commission.

Les Etats membres communiquent à la Commission le texte des dispositions de droit interne déjà adoptées ou qu'ils adoptent dans les matières régies par la présente Directive.

Lorsque les Etats membres adoptent de nouvelles dispositions en application de la présente Directive, celles-ci contiennent une référence à ladite Directive.

Lorsque les Etats membres adoptent des dispositions complémentaires à celles visées par la présente Directive, ces dispositions ne peuvent contredire celles de la présente Directive et doivent se conformer aux principes mentionnés en son article 1.

La Commission de l'UEMOA est chargée du suivi de l'application de la présente Directive. Au plus tard à la date d'expiration du délai mentionné à l'alinéa 1 du présent article, les Etats membres adressent à la Commission toutes informations utiles lui permettant d'établir un rapport, à soumettre au Conseil des Ministres, sur l'application de la présente Directive.

Article 94 : De l'entrée en vigueur

La présente Directive, qui entre en vigueur à compter du 1er janvier 2006, sera publiée au Bulletin Officiel de l'Union.

Fait à Ouagadougou, le 09 décembre 2005

Pour le Conseil des Ministres,
Le Président

COSME SEHLIN

DIRECTIVE N° 05/2005/CM/UEMOA PORTANT CONTROLE ET REGULATION DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC DANS L'UNION ECONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST AFRICAINE

LE CONSEIL DES MINISTRES DE L'UNION ECONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST AFRICAINE (UEMOA)

VU le Traité de l'UEMOA, notamment en ses articles 16, 20, 21, 42 à 45, 60, 61 et 67;

VU les Déclarations de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement du 28 janvier et du 8 décembre 1999 ;

VU la Directive N° 02/2000/CM/UEMOA du 29 juin 2000 portant adoption du Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA ;

VU la Directive N° 04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;

VU la Décision N° 01/2000/CM/UEMOA du 29 juin 2000 portant adoption du document de conception du projet de réforme des marchés publics des Etats membres de l'UEMOA ;

CONSIDERANT que la stabilité macroéconomique et une croissance durable sont soutenues, notamment, par la bonne gestion des affaires publiques ;

CONSIDERANT que l'accélération du processus de mondialisation caractérisée par une mobilité croissante des capitaux à la recherche de rentabilité et de sécurité exige de la part des Etats la mise en œuvre de politiques et de procédures financières crédibles et transparentes ;

CONSIDERANT la nécessité de réformer les systèmes de passation des marchés publics et des délégations de service public des Etats membres de l'UEMOA, en vue, notamment, d'en accroître la transparence et l'efficacité ;

CONSIDERANT que toute réglementation en matière de marchés publics et de délégations de service public doit concourir à la réalisation des objectifs visant à mettre en œuvre un dispositif institutionnel performant, à favoriser la déconcentration et la décentralisation des procédures de passation et d'exécution, à encourager la professionnalisation des acteurs de la commande publique, à

renforcer l'efficacité de la lutte contre la corruption et à garantir des voies de recours efficaces ;

CONSIDERANT que la réalisation des objectifs de déconcentration et de décentralisation des procédures de passation et d'exécution nécessite de reconnaître la personnalité morale ainsi que l'autonomie financière des collectivités territoriales, de favoriser le transfert de ressources budgétaires aux autorités déconcentrées et décentralisées et d'assurer une délégation de pouvoirs accrue en matière d'ordonnancement de dépenses publiques ;

CONSIDERANT que les systèmes de passation des marchés publics et des délégations de service public des Etats membres de l'UEMOA présentent, au plan institutionnel, tant en matière de contrôle que de régulation des procédures, des faiblesses telles qu'il sied de les réformer ;

CONSIDERANT que l'hétérogénéité des mécanismes de contrôle et de régulation des procédures de passation des marchés publics et des délégations de service public au sein de l'Union est préjudiciable au processus d'intégration et qu'il convient de les harmoniser ;

CONSIDERANT que le processus d'harmonisation des législations et des réglementations des Etats membres nécessite un cadre de référence définissant les fonctions principales qui doivent être dévolues aux structures de contrôle et de régulation des procédures ;

CONSIDERANT que la consolidation d'un Etat de droit exige, en ces matières, la mise en œuvre d'un dispositif éthique et de sanctions des infractions définies par les réglementations communautaires et nationales en matière de marchés publics et délégations de service public ;

CONSIDERANT que l'ouverture des marchés publics à la concurrence communautaire nécessite un accroissement substantiel des garanties de transparence et de non discrimination et qu'il importe, pour qu'elle soit suivie d'effets concrets, qu'il existe des moyens de recours efficaces et rapides en cas de violation du droit communautaire ou des règles nationales applicables ;

CONSIDERANT que la nécessaire convergence des législations et des réglementations nationales en matière de marchés publics et délégations de service public nécessite la mise en place d'un mécanisme de surveillance multilatérale visant à la réalisation des objectifs communautaires ;

Sur proposition de la Commission ;
Après avis en date du 03 décembre 2005, du Comité des Experts statutaire ;.

ADOPTE LA PRESENTE DIRECTIVE DONT LA TENEUR SUIT :

TITRE I : CONTROLE ET REGULATION DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Chapitre préliminaire :

Article 1er : Des définitions

Aux fins de la présente Directive, on entend par :

- **Autorité contractante** : La personne morale de droit public ou de droit privé visée aux articles 4 et 5 de la Directive N° 04/2005/CM/UEMOA, portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de services publics, signataire d'un marché public, tel que défini dans le présent article.

- **Autorité délégante** : L'autorité contractante ci-dessus définie, cocontractante d'une convention de délégation de service public.

- **Attributaire** : Le soumissionnaire dont l'offre a été retenue avant l'approbation du marché.

- **Candidat** : La personne physique ou morale qui manifeste un intérêt à participer ou qui est retenue par une autorité contractante pour participer à une procédure de passation de marchés.

- **Délégataire** : La personne morale de droit privé ou de droit public signataire d'une convention de délégation de service public et à laquelle l'autorité délégante confie, conformément aux dispositions de la Directive N° 04/2005/CM/UEMOA, portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de services publics, l'exploitation d'un service public avec ou sans prestations complémentaires.

- **Délégation de service public** : Le contrat par lequel une des personnes morales de droit public ou de droit privé visées aux articles 4 et 5 de la Directive. N°…/2005/CM/UEMOA, portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de services publics, confie la gestion d'un service public relevant de sa compétence à un délégataire dont la rémunération est liée ou substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service.

- **Marché public** : Le contrat écrit conclu à titre onéreux par une autorité contractante pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services au sens de la Directive N° 04/2005/CM/UEMOA, portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de services publics.

- **Personne responsable du marché** : le représentant dûment mandaté par l'autorité contractante pour la représenter dans la passation et dans l'exécution du marché.

- **Soumissionnaire** : La personne physique ou morale qui participe à un appel d'offres en soumettant un acte d'engagement et les éléments constitutifs de son offre.

- **Titulaire** : La personne physique ou morale, attributaire, dont le marché conclu avec l'autorité contractante, conformément à la Directive N° 04/2005/CM/UEMOA, portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public a été approuvé.

Article 2 : De l'objet de la Directive

La présente Directive a pour objet de définir les principes et les modalités de mise en œuvre des fonctions, mécanismes et procédures de contrôle et de régulation des marchés publics et des délégations de service public, au sein de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

Chapitre 1 : Les fonctions et mécanismes de contrôle et de régulation des marchés publics et des délégations de service public

Article 3 : Du principe de la séparation des fonctions de contrôle et de régulation

Les Etats membres s'engagent à mettre en œuvre des procédures et mécanismes garantissant la séparation et l'indépendance des fonctions de contrôle et de régulation des marchés publics et des délégations de service public.

Article 4 : Des fonctions et mécanismes de contrôle des marchés publics et des délégations de service public

Les Etats membres s'engagent à mettre en place des entités administratives centrales, déconcentrées, ainsi que décentralisées de contrôle des marchés publics et des délégations de service public ayant pour fonction notamment de :

- contrôler l'application de la législation et de la réglementation sur les marchés publics sans préjudice de l'exercice des pouvoirs généraux de contrôle des autres organes de l'Etat ;
- émettre les avis, accorder les autorisations et dérogations nécessaires à la demande des autorités contractantes lorsqu'elles sont prévues par la réglementation en vigueur ;
- assurer en relation avec l'organe de régulation, la formation, l'information et le conseil de l'ensemble des acteurs de la commande publique sur la réglementation et les procédures applicables ;
- contribuer en relation avec l'organe de régulation à la collecte d'informations et de documents en vue de la constitution d'une banque de données.

Article 5 : Des fonctions et mécanismes de régulation des marchés publics et des délégations de service public

Les Etats membres s'engagent à mettre en place des mécanismes institutionnels et opérationnels de régulation qui ne peuvent pas être dévolus aux entités administratives chargées des fonctions de contrôle des marchés publics et des délégations de service public telles que définies à l'article 4 de la présente Directive.
Ces mécanismes doivent garantir une régulation indépendante des marchés publics et des délégations de service public et une représentation tripartite et paritaire de l'Administration, du secteur privé et de la société civile.

a) Ces mécanismes de régulation doivent garantir l'exécution des missions comprenant notamment :

- la définition des politiques en matière de marchés publics ;
- la formation dans le domaine des marchés publics ;
- le maintien du système d'information des marchés publics ;
- la conduite des audits.

TITRE II : DISCIPLINE ET RECOURS

Chapitre 1 : La discipline et les sanctions

Article 6 : Du dispositif éthique

Les Etats membres s'engagent à adopter les mesures en vertu desquelles, les agents de l'administration, et plus généralement, l'ensemble des personnes morales de droit public et de droit privé visées aux articles 4 et 5 de la Directive N°…/2005/CM/UEMOA, portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de services publics, ainsi que toute personne intervenant, à quelque titre que ce soit, dans la chaîne de passation des marchés publics et des délégations de service public, soit pour le compte d'une autorité contractante, soit pour le compte d'une autorité d'approbation, de contrôle ou de régulation soient soumis aux dispositions des réglementations communautaires et nationales interdisant les pratiques frauduleuses et les actes de corruption.

Les Etats membres s'engagent en outre à prendre des mesures visant à adopter et à faire respecter les codes d'éthique prohibant tout conflit d'intérêts dans la passation des marchés.

Article 7 : Des engagements des soumissionnaires

Les Etats membres s'engagent à adopter les mesures en vertu desquelles les soumissionnaires à la procédure de passation des marchés publics et des délégations de service public prendront par écrit dans leur offre l'engagement d'informer l'autorité contractante de tout paiement, avantage ou privilège accordé au profit de toute personne, agissant comme intermédiaire ou agent, en rémunération de toute prestation effectuée envers eux.

Article 8 : Des sanctions des candidats et soumissionnaires

Les Etats membres s'engagent à adopter les mesures en vertu desquelles, sans préjudice des sanctions pénales prévues par les réglementations nationales, l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services, encourt sur décision de l'autorité compétente chargée des recours non juridictionnels, les sanctions énumérées au présent article, lorsqu'il :

- a procédé à des pratiques de collusion entre soumissionnaires afin d'établir les prix des offres à des niveaux artificiels et non concurrentiels et de priver l'autorité contractante des avantages d'une concurrence libre et ouverte ;
- a bénéficié de pratiques de fractionnement ou de toute autre pratique visant sur le plan technique à influer sur le contenu du dossier d'appel d'offres ;
- a eu recours à la surfacturation et/ou à la fausse facturation ;
- a tenté d'influer sur l'évaluation des offres ou sur les décisions d'attribution, y compris en proposant tout paiement ou avantage indu ;
- a été reconnu coupable d'un manquement à ses obligations contractuelles lors de l'exécution de contrats antérieurs à la suite d'une décision d'une juridiction nationale devenue définitive ;
- a fourni des informations ou des déclarations fausses ou mensongères, ou a fait usage d'informations confidentielles dans le cadre de la procédure d'appel d'offres.

Les sanctions suivantes peuvent être prononcées, et, selon le cas, de façon cumulative :

- confiscation des garanties constituées par le contrevenant dans le cadre des procédures d'appel d'offres incriminées ;

- exclusion de la concurrence pour une durée déterminée en fonction de la gravité de la faute commise, y compris, en cas de collusion établie par l'autorité compétente chargée des recours non juridictionnels, de toute entreprise qui possède la majorité du capital de l'entreprise accusée, ou dont l'entreprise accusée possède la majorité du capital.

Les Etats membres veillent à ce que les décisions de l'autorité compétente visée à l'alinéa ci-dessus puissent faire l'objet d'un recours à bref délai devant un organe juridictionnel. Ce recours n'a cependant pas d'effet suspensif. Les cas de recours contre les décisions rendues par l'autorité compétente chargée des recours non juridictionnels seront énumérés limitativement par les réglementations nationales.

Article 9 : Des sanctions disciplinaires des agents de l'administration

Les Etats membres s'engagent à adopter les mesures en vertu desquelles, sans préjudice des sanctions pénales prévues par les réglementations nationales, les agents de l'administration, et plus généralement, de l'ensemble des personnes morales de droit public visées à l'article 4 de la Directive N° 04/2005/CM/UEMOA, portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, ainsi que de toute personne intervenant, à quelque titre que ce soit, dans la chaîne de passation des marchés publics et des délégations de service public, soit pour le compte d'une autorité contractante, soit pour le compte d'une autorité d'approbation, de contrôle ou de régulation et ayant directement ou indirectement participé aux actes prohibés et infractions visées par les réglementations communautaire ou nationales, encourent les sanctions disciplinaires déterminées par les réglementations nationales.

Article 10 : Des sanctions de la corruption

Les Etats membres s'engagent à inclure dans leurs réglementations nationales des dispositions pénales spécifiques visant à sanctionner au delà des actes de corruption, les prises illégales d'intérêts ou l'octroi d'avantages injustifiés par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et délégations de service public.

Les Etats membres s'engagent à inclure dans leurs réglementations nationales des dispositions permettant aux personnes qui ont subi un dommage résultant d'un acte de corruption d'intenter une action en indemnisation contre l'Etat et toute autre personne physique ou morale impliquée, en vue d'obtenir la réparation de l'intégralité de ce préjudice, cette réparation pouvant porter sur les dommages patrimoniaux déjà subis, le manque à gagner et les préjudices extrapatrimoniaux.

Les Etats membres s'engagent à inclure dans leurs réglementations nationales un dispositif en vertu duquel tout contrat obtenu, ou renouvelé au moyen de pratiques frauduleuses ou d'actes de corruption, ou à l'occasion de l'exécution duquel des pratiques frauduleuses et des actes de corruption ont été perpétrés est considéré comme entaché de nullité, sauf si l'intérêt public s'y oppose.

Tout contractant dont le consentement aura été vicié par un acte de corruption peut demander au tribunal l'annulation de ce contrat, sans préjudice de son droit de demander des dommages et intérêts.

Chapitre 2 : les recours

Article 11 : Des recours devant l'autorité contractante

Les Etats membres s'engagent à prendre les mesures nécessaires permettant aux soumissionnaires s'estimant injustement évincés des procédures soumises aux dispositions de la Directive N° 04/2005/CM/UEMOA, portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, d'introduire un recours effectif préalable à l'encontre des procédures et décisions rendues à l'occasion de la procédure de passation et leur causant préjudice, devant le représentant de l'autorité contractante. La décision de ce dernier peut être contestée devant son autorité hiérarchique. Une copie de ce recours est adressée à l'Autorité de Recours non juridictionnels.
Ce recours pourrait être exercé par moyen de communication électronique selon les modalités à définir par les Etats membres.

Ce recours peut porter sur la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché ou la délégation, sur les conditions de publication des avis, les règles relatives à la participation des candidats et aux capacités et garanties exigées, le mode de passation et la procédure de sélection retenu, la conformité des documents d'appel d'offres à la réglementation communautaire, les spécifications techniques retenues, les critères d'évaluation. Il doit invoquer une violation caractérisée de la réglementation des marchés publics et des délégations de service public.

Ce recours doit être exercé dans les cinq (5) jours ouvrables de la publication de la décision d'attribution du marché ou de la délégation de service public, de l'avis d'appel d'offres, ou de la communication du dossier d'appel d'offres. Il a pour effet de suspendre la procédure d'attribution jusqu'à la décision définitive de l'autorité contractante, hiérarchique ou de l'Autorité de Recours non juridictionnels.

Article 12 : Des recours devant l'Autorité de Recours non juridictionnels

Les Etats membres veillent à ce que les décisions rendues au titre de l'article précédent puissent faire l'objet d'un recours effectif dans un délai de deux (02) jours ouvrables à compter de la notification de la décision faisant grief.

En l'absence de décision rendue par l'autorité contractante ou l'autorité hiérarchique dans les trois (03) jours ouvrables de sa saisine, le requérant peut également saisir l'Autorité de Recours non juridictionnels.

Cette autorité est composée de membres de l'administration, du secteur privé et de la société civile, reconnus pour leur professionnalisme, leur indépendance et leur représentativité.

La procédure devant l'Autorité de Recours non juridictionnels doit respecter les principes du contradictoire et d'équité. La procédure de désignation des membres de l'autorité, la cessation de leur mandat de même que leur statut, qui seront définis par les réglementations nationales, doivent leur permettre d'exercer leur fonction en toute indépendance.

L'Autorité de Recours non juridictionnels peut entendre les parties et rechercher avec elles une solution amiable au différend et en cas de succès, constater soit l'abandon des prétentions de l'une ou l'autre partie soit la conclusion d'une transaction mettant fin au litige.

L'Autorité de Recours non juridictionnels rend sa décision dans les sept (07) jours ouvrables de sa saisine, faute de quoi l'attribution du marché ne peut plus être suspendue.

Les décisions de l'Autorité de Recours non juridictionnels ne peuvent avoir pour effet que de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres dommages soient causés aux intérêts concernés, ou de suspendre ou faire suspendre la décision litigieuse ou la procédure de passation.

L'Autorité de Recours non juridictionnels peut également statuer sur les litiges entre les organes de l'administration survenant dans le cadre de la procédure de passation des marchés publics et des délégations de service public.

Les Etats membres s'engagent à ce que les décisions de l'Autorité de Recours non juridictionnels puissent faire l'objet d'un recours à bref délai devant un organe juridictionnel. Ce recours n'a cependant pas d'effet suspensif. Les cas de recours contre les décisions de l'Autorité de Recours non juridictionnels seront énumérés limitativement par les réglementations nationales.

Les Etats membres veillent à ce que, sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de ses missions, ou de tout information communiquée par des autorités contractantes, des candidats ou des tiers, l'Autorité de Recours non juridictionnels puisse s'autosaisir et statuer sur les irrégularités, fautes et infractions constatées.

L'Autorité de Recours non juridictionnels peut d'office adresser à la Commission de l'UEMOA, ou à la demande de cette dernière, copie des procédures et décisions rendues en application du présent article. De même, elle peut être saisie par la Commission de l'UEMOA aux fins de procéder pour le compte de cette dernière à des investigations sur des pratiques frauduleuses ou des infractions dont elle peut avoir eu connaissance et qui rentrent dans le champ de sa compétence.

TITRE III : DISPOSITIONS FINALES

Article 13 : De la surveillance multilatérale en matière de marchés publics et délégations de service public

La Commission de l'UEMOA définira en collaboration avec les Etats membres de l'UEMOA les organes, mécanismes et modalités de la surveillance multilatérale en matière de marchés publics et délégations de services publics, et placés auprès de la Commission, par voie de Décision de la Commission.

Article 14 : Des dispositions finales

Dans un délai de deux (02) ans à compter de la mise en vigueur de la présente Directive, les Etats membres prennent les dispositions législatives, réglementaires et administratives pour se conformer à celle-ci. Ils en informent immédiatement la Commission.

Les Etats membres communiquent à la Commission le texte des dispositions de droit interne déjà adoptées ou qu'ils adoptent dans les matières régies par la présente Directive.

Lorsque les Etats membres adoptent de nouvelles dispositions en application de la présente Directive, celles-ci contiennent une référence à ladite Directive.

Lorsque les Etats membres adoptent des dispositions complémentaires à celles visées par la présente Directive, ces dispositions ne peuvent contredire celles de la présente Directive et doivent se conformer aux principes mentionnés en son article 1.

La Commission de l'UEMOA est chargée du suivi de l'application de la présente Directive.

Au plus tard à la date d'expiration du délai mentionné à l'alinéa 1 du présent article, les Etats membres adressent à la Commission toutes informations utiles lui permettant d'établir un rapport, à soumettre au Conseil des Ministres, sur l'application de la présente Directive.

Article 15 : De l'entrée en vigueur

La présente Directive, qui entre en vigueur à compter du 1er janvier 2006, sera publiée au Bulletin Officiel de l'Union.

Fait à Ouagadougou, le 09 décembre 2005

Pour le Conseil des Ministres
Le Président

Cosme SEHLIN

DIRECTIVE N° 01/2022/CM/UEMOA PORTANT CADRE JURIDIQUE ET INSTITUTIONNEL DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE DANS L'UNION ECONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST AFRICAINE

LE CONSEIL DES MINISTRES DE L'UNION ECONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST AFRICAINE (UEMOA)

VU le Traité modifié de l'UEMOA ;

VU le Protocole additionnel n° II relatif aux politiques sectorielles de l'UEMOA, modifié ;

VU le Règlement n° 09/2007/CM/UEMOA du 4 juillet 2007 portant cadre de référence de la politique d'endettement public et de gestion de la dette publique dans les Etats membres de l'UEMOA ;

VU la Directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA ;

VU la Directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA ;

VU la Directive n° 01/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA ;

VU la Directive n° 06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA ;

VU la Directive n° 09/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant Plan Comptable de l'Etat au sein de l'UEMOA ;

VU la Directive n° 01/2011/CM/UEMOA du 24 juin 2011 portant régime financier des collectivités territoriales au sein de l'UEMOA ;

VU la Directive n° 04/2012/CM/UEMOA du 28 septembre 2012 relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public au sein de l'UEMOA ;

VU la Directive n° 02/2014/CM/UEMOA du 28 juin 2014 relative à la réglementation de la maîtrise d'ouvrage public déléguée au sein de l'UEMOA ;

VU la Décision n° 07/2022/CM/UEMOA du 30 septembre 2022 portant adoption de la Stratégie d'encadrement des Partenariats Public-Privé dans l'UEMOA ;

VU la Décision n° 08/2022/CM/UEMOA du 30 septembre 2022 portant modalités de mise en œuvre de la Stratégie d'encadrement des Partenariats Public-Privé dans l'UEMOA ;

CONSIDERANT que la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement a, au cours de sa 16ème Session tenue à Lomé le 06 juin 2012, instruit les institutions communautaires de prendre des dispositions pour « *instaurer une nouvelle forme de gouvernance axée sur le Partenariat Public Privé* » ;

RAPPELANT les orientations de la Stratégie d'encadrement des Partenariats Public-Privé dans l'UEMOA ;

CONSIDERANT la nécessité de doter les Etats membres en infrastructures structurantes nécessaires au maintien de la croissance, à l'amélioration des conditions de vie des populations, et la création d'emplois et à l'accès des personnes démunies aux services sociaux de base ;

CONSIDERANT la nécessité, pour les Etats membres, d'accélérer le rythme des réformes permettant de tirer profit de la libéralisation économique ;

CONSIDERANT que les contraintes budgétaires ne permettent pas aux pouvoirs publics de répondre à cette forte demande d'investissement ;

CONSIDERANT que les Partenariats Public-Privé, par la mobilisation de financements privés et le recours à l'expertise du secteur privé, permettent notamment de pallier l'insuffisance d'infrastructures publiques lourdes nécessitant un amortissement sur de longues périodes ;

CONSIDERANT que le développement des petites et moyennes entreprises de l'espace UEMOA nécessite l'adoption de mesures facilitant leur accès aux Partenariats Public-Privé ;

CONSIDERANT que les Etats membres devraient favoriser le développement des Partenariats Public-Privé en instaurant un régime fiscal approprié ;

SOUCIEUX d'harmoniser le cadre juridique et institutionnel de mise en œuvre des Partenariats Public-Privé dans les Etats membres ;

TENANT COMPTE des Conclusions de la réunion des Ministres en charge des Partenariats Public-Privé en date du 09 novembre 2018;

Sur proposition de la Commission ;

Après avis du Comité des Experts statutaire en date du 16 septembre 2022.

ADOPTE LA DIRECTIVE DONT LA TENEUR SUIT :

TITRE 1 : DISPOSITIONS GENERALES

Article 1er : Définitions

Aux fins de la présente Directive, on entend par :

1. Autorité contractante :

- les personnes morales de droit public ;
- les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement à des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :
  i. soit l'activité est financée majoritairement par une autorité contractante ;
  ii. soit la gestion est soumise à un contrôle par une autorité contractante ;
  iii. soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par une autorité contractante. Les sociétés d'Etat et les sociétés à participation publique majoritaire relèvent de cette catégorie d'autorités contractantes ;
- les personnes morales de droit privé constituées par des autorités contractantes en vue de réaliser certaines activités en commun.

2. **Opérateur économique :** la personne morale, ou le groupement de personnes morales ayant ou non la personnalité juridique, qui intervient dans la réalisation de travaux, d'ouvrages, d'équipements, de biens immatériels, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché,

3. **Partenariat Public-Privé :** le contrat écrit conclu à titre onéreux pour une durée déterminée entre une autorité contractante et un opérateur économique, qui est, selon son objet, les modalités de rémunération du titulaire et les risques transférés, qualifié de Partenariat Public-Privé à paiement public ou de Partenariat Public-Privé à paiement par les usagers.

Le contrat fixe les conditions dans lesquelles sont établis le partage et le transfert des risques entre l'autorité contractante et le titulaire.

Le titulaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux, des ouvrages ou des équipements à réaliser.

4. **Partenariat Public-Privé à paiement public :** le Partenariat Public-Privé dans lequel une autorité contractante confie à un opérateur économique une mission ayant pour objet ;

a) la réalisation, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires à un service, y compris un service public, ou une combinaison de ces éléments et ;
b) l'entretien et la maintenance d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments et ;
c) tout ou partie du financement des missions confiées.

Cette mission peut également avoir pour objet :

a) tout ou partie de la conception des travaux, ouvrages, équipements ou biens immatériels ;
b) l'aménagement d'une zone, au sens du point 5.1 du présent article ;
c) l'acquisition des biens nécessaires à la réalisation, par le titulaire, de la mission qui lui est confiée ;
d) la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements, de biens immatériels ou d'une zone, ou une combinaison de ces éléments ;
e) la gestion d'un service, y compris d'un service public.

La rémunération du titulaire consiste, en contrepartie des missions qui lui sont confiées, dans le versement d'un prix par l'autorité contractante pendant toute la durée du contrat, lequel est lié à des objectifs de performance mesurables. La rémunération du titulaire peut être complétée par des recettes provenant d'activités annexes ou des revenus de l'exploitation. Une part substantielle du risque d'exploitation ne peut pas être transférée au titulaire.

5. **Partenariat Public-Privé à paiement par les usagers :** la concession d'aménagement, la concession de service ou la concession de travaux au sens des points 5.1, 5.2 et 5.3 du présent article.

La rémunération du titulaire consiste, en contrepartie des missions qui lui sont confiées, soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, le service ou la zone qui fait l'objet du contrat, soit dans ce droit assorti d'un prix. La rémunération du titulaire peut être complétée par des recettes provenant d'activités annexes.

Une part substantielle du risque d'exploitation doit être transférée au titulaire. La part de risque transférée implique une réelle exposition aux aléas du marché. Le titulaire assume une part substantielle du risque d'exploitation lorsque, dans les conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les Investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage, du service ou de la zone.

5.1 **Concession d'aménagement :** la concession par laquelle une autorité contractante confie à un opérateur économique une mission globale portant sur :

a) l'aménagement d'une zone à caractère urbain, Industriel ou agricole ;

b) l'exploitation de la zone, telle que la fourniture de services, la gestion des équipements et des ouvrages ou la vente ou la location de biens immobiliers situés à l'intérieur de la zone ou l'octroi de conventions d'occupation domaniale.

On entend par aménagement, les missions confiées au titulaire telles que l'acquisition de biens, la réalisation d'études de conception, la réalisation de travaux, d'ouvrages ou d'équipements, qui ont pour objet tout ou partie des finalités suivantes :

a) de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat ;

b) d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques ;

c) de favoriser le développement des loisirs et du tourisme ;

d) de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur ;

e) de lutter contre l'insalubrité et l'habitat indigne ou dangereux ;

f) de permettre le renouvellement urbain ;

g) de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels.

5.2 Concession de service : la concession qui a pour objet la gestion d'un service, y compris un service public.

Elle peut également avoir pour objet ;

a) la réalisation, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service, ou une combinaison de ces éléments ;

b) tout ou partie de la conception des travaux, ouvrages, équipements ou biens immatériels ;

c) l'acquisition des biens nécessaires à la réalisation, par le titulaire, de la mission qui lui est confiée ;

d) l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels, ou une combinaison de ces éléments;

e) tout ou partie du financement des missions confiées.

Lorsque la concession de service a pour objet la gestion d'un service public et l'exploitation, l'entretien et la maintenance d'un ouvrage existant permettant d'assurer la fourniture du service public, elle est qualifiée d'affermage. Le titulaire peut également être chargé de travaux sur l'ouvrage et/ou de la rénovation de l'ouvrage.

Lorsque la concession de service a pour objet la gestion d'un service public, lié ou non à un ouvrage existant, et donne mandat au titulaire pour encaisser, au nom et pour le compte de l'autorité contractante, le paiement par les usagers, elle est qualifiée de régie intéressée. Les paiements des usagers sont reversés à l'autorité contractante, La rémunération du titulaire, versée par l'autorité contractante, est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation et prend en compte les objectifs de performance mesurables.

5.3 Concession de travaux : la concession qui a pour objet :

a) la réalisation, la transformation, la rénovation d'ouvrages ou d'équipements, ou une combinaison de ces éléments ; et

b) l'entretien, la maintenance et l'exploitation de ces ouvrages et/ou équipements et, le cas échéant, d'ouvrages et équipements existants ; et

c) tout ou partie du financement des missions confiées.

Elle peut également avoir pour objet :

a) tout ou partie de la conception des travaux, ouvrages ou équipements ;

b) l'acquisition des biens nécessaires à la réalisation, par le titulaire, de la mission qui lui est confiée :

c) la conception et/ou la réalisation de biens immatériels ;

d) la gestion d'un service, y compris d'un service public.

Une concession qui a pour objet à la fois des travaux et des services est, selon son objet principal, une concession de travaux ou une concession de service.

6. Titulaire : L'opérateur économique qui a conclu un Partenariat Public-Privé.

Article 2 : Principes

Les Partenariats Public-Privé doivent satisfaire aux principes suivants :

- l'économie et l'efficacité de la commande publique, en cohérence avec la politique nationale de développement ;
- l'optimisation des ressources publiques ;
- la bonne utilisation des deniers publics, notamment en garantissant la soutenabilité budgétaire des Partenariats Public-Privé ;
- la transparence des procédures ;
- le libre accès à la commande publique ;
- l'égalité de traitement des candidats, sous réserve des dispositions dérogatoires prévues aux articles 16, 17 et 19 ;
- la proportionnalité propre à garantir un juste équilibre entre l'intérêt public et l'intérêt privé.

Les Partenariats Public-Privé prennent en compte les objectifs de développement durable, notamment dans ses dimensions environnementale et sociale.

Le titulaire est soumis au principe de responsabilité sociétale des entreprises.

Article 3 : Méthode de calcul de la valeur estimée d'un Partenariat Public-Privé

La valeur d'un Partenariat Public-Privé correspond au chiffre d'affaires total du titulaire pendant la durée du contrat, hors taxes, estimé par l'autorité contractante, eu égard aux travaux et services qui font l'objet du contrat, ainsi qu'aux fournitures liées auxdits travaux et services.

Cette estimation est valable au moment de l'envoi de l'avis de publicité préalable ou, dans les cas où un tel avis n'est pas prévu, au moment où l'autorité contractante engage la procédure de passation.

Les Etats membres peuvent appliquer une méthode de calcul de la valeur estimée d'un Partenariat Public-Privé différente de celle mentionnée au présent article, sous réserve qu'elle ne soit pas choisie avec l'intention de soustraire le Partenariat Public-Privé aux règles qui lui sont normalement applicables.

Article 4 : Champ d'application

La présente Directive s'applique aux Partenariats Public-Privé tels que définis à l'article 1.

Les Partenariats Public-Privé financés par des ressources extérieures sont soumis aux dispositions de la présente Directive, dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux termes des accords de financement internationaux.

Sous réserve des dispositions de l'article 5, le champ d'application de la présente Directive couvre tous les secteurs d'activité.

Les Etats membres veillent à ce que les autorités contractantes prennent en compte les réglementations techniques sectorielles.

Article 5 : Exclusions

La présente Directive ne s'applique pas aux Partenariats Public-Privé :

- ayant pour objet des besoins de défense et de sécurité nationale exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité. Ce type de Partenariats Public-Privé est soumis à des procédures spécifiques définies par les Etats membres ;
- attribués à des opérateurs économiques en vertu de droits exclusifs octroyés par des dispositions législatives nationales ;
- conclus avec un opérateur économique avec lequel l'autorité contractante entretient une relation de quasi-régie lorsque les conditions suivantes sont réunies ;

  a) l'autorité contractante exerce sur l'opérateur économique un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, dans les conditions définies par les Etats membres ;

  b) l'opérateur économique contrôlé réalise au moins 80% de son activité dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par l'autorité contractante qui la contrôle ou par d'autres personnes morales que cette autorité contractante contrôle ;

  c) l'opérateur économique contrôlé ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux dispositions de l'article 88 du Traité modifié de l'UEMOA, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur l'opérateur économique contrôlé.

TITRE II : CADRE INSTITUTIONNEL

Article 6 : Principes généraux de gouvernance

Les Etats membres se dotent d'un cadre institutionnel nécessaire au processus de mise en œuvre des Partenariats Public-Privé.

Ce cadre institutionnel comprend notamment :

- la fonction d'identification, de priorisation, d'évaluation et de structuration des projets d'investissement, de conception des contrats, de passation, d'exécution et de suivi des Partenariats Public-Privé ;

- la fonction de conseil et d'expertise dans le processus de mise en œuvre des Partenariats Public-Privé et de validation de l'évaluation préalable à l'exception de l'analyse de soutenabilité budgétaire ;

- la fonction de validation de la soutenabilité budgétaire des Partenariats Public-Privé ;

- la fonction de contrôle *a priori* de conformité de la procédure de passation des Partenariats Public-Privé ;

- la fonction de contrôle *a posteriori* des procédures de passation des Partenariats Public-Privé et de régulation desdits Partenariats Public-Privé.

Dans les conditions définies par les Etats membres, une structure nationale en charge des Partenariats Public-Privé est créée. Elle assure la fonction de conseil et d'expertise dans le processus de mise en œuvre des Partenariats Public-Privé et de validation de l'évaluation préalable, à l'exception de l'analyse de soutenabilité budgétaire.

La fonction de validation de la soutenabilité budgétaire des Partenariats Public-Privé est assurée par le Ministère en charge du budget.

Pour chacune des autres fonctions, les Etats membres désignent les autorités qui en ont la charge, tout en garantissant le respect des principes d'autonomie et d'indépendance des acteurs institutionnels et en prévenant les conflits d'interêts, les chevauchements d'attributions et les conflits de compétences.

Les Etats membres s'assurent que les personnes physiques intervenant dans les fonctions de validation, de contrôle et de régulation ont les compétences requises et respectent les codes d'éthique et de déontologie en vigueur dans les Etats membres.

Les Etats membres prévoient l'intervention de l'autorité chargée de la régulation sectorielle, pour s'assurer de la prise en compte effective de la réglementation technique sectorielle applicable et définissent les modalités de coordination avec l'autorité chargée de la fonction de contrôle a posteriori des procédures de passation des Partenariats Public-Privé et de régulation desdits Partenariats Public-Privé.

TITRE III : PLANIFICATION DES PROJETS

Article 7 : Identification et priorisation des projets

Les autorités contractantes identifient et priorisent les projets susceptibles d'être réalisés en Partenariat Public-Privé.

La procédure d'identification et de priorisation nécessite la réalisation d'une analyse de définition des besoins et d'une étude préliminaire technique, juridique, économique, environnementale et sociale. Leur contenu est défini par les Etats membres.

Les projets identifiés et priorisés sont inscrits dans le portefeuille de projets des autorités contractantes après validation par les autorités compétentes.

La structure nationale en charge des Partenariats Public-Privé prévue à l'article 6 est chargée de la publication annuelle des portefeuilles de projets et de leur mise à jour périodique.

Article 8 : Evaluation préalable

Les projets de Partenariat Public-Privé identifiés et priorisés doivent faire l'objet d'une évaluation préalable.

L'évaluation préalable comprend notamment :

a) une analyse démontrant que le projet présente une utilité économique et sociale ainsi qu'un bilan environnemental positif ;
b) une analyse comparant les différents modes de réalisation du projet et démontrant que la réalisation en Partenariat Public-Privé présente le bilan avantages/inconvénients le plus favorable ;
c) une analyse de soutenabilité budgétaire du projet.

Les Etats membres définissent les modalités de réalisation et de validation de l'évaluation préalable.

TITRE IV : MECANISMES DE FINANCEMENT

Article 9 : Mécanismes de financement des études préalables au lancement de la procédure de passation.

Les Etats membres définissent, aux niveaux national et local, des mécanismes de financement des études préalables au lancement de la procédure de passation d'un Partenariat Public-Privé.

Article 10 : Mécanismes de financement des projets et de garantie des engagements contractuels des autorités contractantes.

Les Etats membres peuvent définir, aux niveaux national et local, des mécanismes de financement des projets et de garantie des engagements contractuels des autorités contractantes.

TITRE V : PROCEDURES DE PASSATION

CHAPITRE 1 : Modes de passation

Section 1 : Typologie des procédures

Article 11 : Régles générales

Lorsque les conditions préalables au lancement de la procédure de passation mentionnées au titre III sont accomplies, les autorités contractantes peuvent mettre en œuvre :

- soit l'une des procédures de droit commun suivantes :

  a) la procédure d'appel d'offres ouvert en une étape précédée ou non d'une pré-qualification ;
  b) la procédure d'appel d'offres ouvert en deux étapes, précédée systématiquement d'une pré-qualification ;

- soit l'une des procédures dérogatoires suivantes :

  a) la procédure de dialogue compétitif ;
  b) la procédure d'appel d'offres restreint ;
  c) la procédure de négociation directe,

Le recours aux procédures dérogatoires doit être justifié par l'autorité contractante et être autorisé, au préalable, par les autorités compétentes désignées par les Etats membres.

Section 2 : Procédures de droit commun

Article 12 : Appel d'offres ouvert en une étape

L'appel d'offres ouvert en une étape est la procédure par laquelle l'autorité contractante choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

L'appel d'offres ouvert en une étape peut être précédé d'une pré-qualification, notamment lorsque le projet revêt un caractère complexe ou exige une technicité particulière.

Tout opérateur économique intéressé peut soumissionner ou, lorsque l'appel d'offres est précédé d'une pré-qualification, soumettre un dossier de demande de pré-qualification.

Article 13 : Appel d'offres ouvert en deux étapes

Les autorités contractantes mettent en œuvre la procédure d'appel d'offres ouvert en deux étapes dans le cas de projets complexes, notamment lorsqu'elles ne sont pas en mesure de définir seules et à l'avance les moyens techniques répondant à leurs besoins ou lorsqu'elles ne sont pas en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier du projet.

L'appel d'offres ouvert est dit en deux étapes lorsque les candidats pré-qualifiés sont, dans une première étape, invités à remettre une offre initiale comprenant leurs propositions techniques, avec ou sans indication de prix, sur la base de principes généraux de conception, de prescriptions techniques minimales et/ou de normes de performance.

Au cours de cette première étape, les autorités contractantes examinent les propositions. Elles peuvent demander aux soumissionnaires toutes informations ou précisions complémentaires sur le contenu des propositions.

L'autorité contractante engage une phase de dialogue avec les soumissionnaires sur le contenu de leur offre, afin de déterminer les moyens techniques, juridiques et financiers répondant le mieux à ses besoins. Les modalités de déroulement du dialogue sont définies dans les documents de la consultation. Le dialogue ne peut avoir pour effet de modifier les caractéristiques essentielles du Partenariat Public-Privé contenues dans les documents de la consultation.

Les Etats membres veillent à ce que les autorités contractantes respectent les exigences d'égalité de traitement des soumissionnaires et de confidentialité au cours du dialogue.

Après identification de la ou des solutions susceptibles de répondre à ses besoins, l'autorité contractante informe les soumissionnaires de la fin de cette première étape.

Dans une seconde étape, les soumissionnaires retenus à l'issue de la première étape sont invités à présenter une offre finale technique et financière engageante sur la base des documents de la consultation, le cas échéant révisés par l'autorité contractante.

Les offres sont évaluées dans les conditions définies à l'article 29.

Section 3 : Procédures dérogatoires

Article 14 : Dialogue compétitif

La procédure de dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'autorité contractante dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remette une offre.

Les autorités contractantes peuvent mettre en œuvre la procédure de dialogue compétitif lorsque, compte tenu de la complexité du projet, elles ne sont objectivement pas en mesure :

- de définir seules et à l'avance les moyens techniques pour répondre à leurs besoins : ou
- d'établir le montage Juridique ou financier du projet.

L'autorité contractante publie un avis de publicité préalable dans lequel elle fait notamment connaître :

- ses exigences et ses besoins définis dans un programme fonctionnel ;
- les modalités et le calendrier indicatif du dialogue ;
- les critères d'attribution.

Le délai de réception des candidatures est défini conformément à l'article 28.

Seuls les candidats ayant reçu une invitation de l'autorité contractante à la suite de l'évaluation des informations fournies en réponse à l'avis de publicité préalable peuvent participer au dialogue. Le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

L'autorité contractante ouvre avec les participants sélectionnés un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins. Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les participants sélectionnés.

Le dialogue peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter, en appliquant les critères d'attribution définis dans l'avis de publicité préalable. L'autorité contractante indique, dans les documents de la consultation, si elle fera usage de cette possibilité.

L'autorité contractante poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'elle soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

Lorsque l'autorité contractante estime que le dialogue est arrivé à son terme, elle en informe les participants restant en lice et les invite à présenter leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue.

Des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments peuvent être demandés aux participants sur leur offre finale. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre finale, notamment les besoins et exigences indiqués dans les documents de la consultation.

L'autorité contractante peut prévoir des primes au profit des participants au dialogue. Le montant de la prime est indiqué dans les documents de la consultation et la rémunération du titulaire du contrat tient compte de la prime qui lui a été éventuellement versée pour sa participation à la procédure.

La procédure se poursuit ensuite conformément aux dispositions des articles 30 à 36.

Article 15 : Appel d'offres restreint

L'appel d'offres restreint est la procédure par laquelle seuls les candidats que l'autorité contractante a décidé de consulter peuvent remettre une offre. Afin d'assurer une concurrence réelle, un minimum de trois (03) candidats est invité à soumissionner. Il est ensuite procédé comme en matière d'appel d'offres ouvert en une étape.

Les autorités contractantes peuvent mettre en œuvre une procédure d'appel d'offres restreint lorsque les travaux ou les services, eu égard à leur nature spécialisée, ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité d'opérateurs économiques.

Article 16 : Négociation directe

Un Partenariat Public-Privé peut être passé selon une procédure de négociation directe dans les situations suivantes :

- lorsqu'une urgence impérieuse, résultant de circonstances imprévisibles pour l'autorité contractante et qui ne lui sont pas imputables, ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés dans les procédures d'appel d'offres ;

- lorsque la réalisation ou l'exploitation d'un projet ne peut être menée que par un opérateur économique déterminé, pour des motifs liés à la protection de droits de propriété intellectuelle ou de secrets en matière commerciale et industrielle ;

- lorsqu'aucune candidature ou aucune offre n'a été remise à l'expiration de la date limite de dépôt des candidatures et des offres, pour autant que les obligations de publicité et de mise en concurrence aient été respectées et que les conditions initiales du contrat ne soient pas substantiellement modifiées ;

- lorsqu'une seule candidature ou une seule offre a été remise à l'expiration de la date limite de dépôt des candidatures et des offres, pour autant que les obligations de publicité et de mise en concurrence aient été respectées et que les conditions initiales du contrat ne soient pas substantiellement modifiées.

Dans les conditions définies par les Etats membres, l'autorité contractante met en œuvre la procédure de négociation directe selon un document de cadrage d'examen de l'offre et de négociation qu'elle établit.

La procédure de négociation directe s'achève conformément aux dispositions des articles 33, 34, 35 et 36.

Section 4 : Situations spécifiques

Article 17 : Offres spontanées

Dans les conditions définies par les Etats membres, un opérateur économique peut proposer un projet de Partenariat Public-Privé dans le cadre d'une offre spontanée, dès lors qu'il ne figure pas dans le portefeuille de projets régulièrement publié et qu'il ne concerne pas un projet pour lequel une procédure de passation a déjà été initiée.
L'auteur de l'offre spontanée doit produire les études relevant de l'évaluation préalable.

Les Etats membres définissent les conditions dans lesquelles l'autorité contractante peut donner suite à une offre spontanée.

Après validation, l'autorité contractante peut mettre en œuvre l'une des procédures de passation prévues au présent Titre, sous réserve du respect des conditions de recours à chacune des procédures.

Dans l'hypothèse de la mise en œuvre d'un appel d'offres ouvert ou restreint ou d'un dialogue compétitif, les Etats membres veillent notamment à ce que les autorités contractantes permettent à tous les soumissionnaires de concourir sur une base égalitaire. Ils veillent également au respect de la confidentialité de certaines caractéristiques de l'offre spontanée liées aux droits de propriété intellectuelle et au secret en matière commerciale et industrielle.

Les Etats membres peuvent prévoir des mécanismes incitatifs au profit de l'auteur de l'offre spontanée.

Article 18 : Procédures de passation simplifiées

Dans le respect des principes énoncés à l'article 2, les autorités contractantes peuvent mettre en œuvre des procédures de passation simplifiées. Ces procédures sont définies par les Etats membres. pour les projets dont la valeur estimée hors taxes, calculée conformément à la méthode indiquée à l'article 3, est inférieure à un seul défini par la Commission de l'UEMOA, par voie de Décision, en concertation avec les Etats membres.

Article 19 : Partenariats Public-Privé réservés aux entreprises communautaires

Dans le respect de la présente Directive, les Partenariats Public-Privé dont la valeur estimée hors taxes, calculée conformément à la méthode indiquée à l'article 3, est inférieure à un seuil défini par les Etats membres peuvent être réservés aux entreprises communautaires.

Sont considérés comme des entreprises communautaires, au sens de la présente Directive, celles qui sont immatriculées au registre du commerce ou des métiers et dont le siège social est situé sur le territoire d'un Etat membre.

CHAPITRE 2 : Déroulement de la procédure

Section 1 : Transmission d'informations Section 1 Transmission d'informations

Article 20 : Communications et échanges d'informations

Dans toutes les procédures de passation, les communications et les échanges d'informations sont effectués par courrier, remis en mains propres ou transmis par voie électronique, certifié par un accusé de réception indiquant de manière certaine la date et l'heure de la réception.

La transmission par voie électronique est privilégiée dés lors que les autorités contractantes disposent des moyens technologiques nécessaires. Les outils utilisés pour communiquer par des moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, doivent avoir un caractère non discriminatoire, être couramment à la disposition du public et compatibles avec les technologies d'information et de communication généralement utilisées.

La Commission définit par voie de Décision, en relation avec les Etats membres, les modalités de mise en œuvre de la dématérialisation.

Dans le respect du secret des affaires, les Etats membres s'assurent que les autorités contractantes garantissent la confidentialité des communications, des échanges et du stockage d`informations. Ces données ne peuvent pas être divulguées, sauf accord préalable du candidat ou du soumissionnaire.

Le mode de transmission des candidatures et des offres est indiqué dans l'avis de publicité préalable et dans les documents de la consultation, L'autorité contractante ne peut pas exiger une transmission exclusivement par voie électronique.

Section 2 : Publicité

Article 21 : Avis de pré-information

Les autorités contractantes peuvent faire connaître leur intention de passer un Partenariat Public-Privé au moyen d'un avis de pré-information établi conformément à un document modèle communautaire. Au moyen de cet avis, elles font connaître les caractéristiques essentielles des Partenariats Public-Privé qu'elles entendent passer dans l'année et dont la valeur estimée hors taxes, calculée conformément à l'article 3, est égale ou supérieure au seuil prévue à l'article 18.

Article 22 : Avis de publicité préalable

L'appel d'offres ouvert et le dialogue compétitif doivent faire l'objet de mesures de publicité préalable nationale, sous-régionale et internationale. Les mentions obligatoires des avis de publicité préalable, dont l'avis d'appel public à la concurrence et l'avis de pré-qualification, sont précisées dans un document modèle communautaire.

Article 23 : Avis d'attribution

Un avis d'attribution est publié dans les quinze (15) jours calendaires de la notification du contrat à l'attributaire.

L'avis d'attribution est publié dans les supports qui ont assuré la publication de l'avis de publicité préalable.

Cet avis désigne l'attributaire et comporte un résumé des principales clauses du contrat dans les conditions définies par les Etats membres.

Section 3 : Modalités d'organisation des candidats et des soumissionnaires

Article 24 : Groupements

Les opérateurs économiques peuvent se présenter en groupement pour participer à la procédure de passation d'un Partenariat Public-Privé.

Un candidat ne peut pas se présenter à la fois en qualité de candidat individuel et de membre d'un groupement. Les candidatures qui ne respectent pas cette règle sont disqualifiées.

Chaque membre d'un groupement ne peut participer à une procédure de passation, directement ou indirectement, qu'au titre d'un seul groupement. La violation de cette règle entraîne la disqualification des groupements concernés

La composition du groupement peut être modifiée entre la date de remise des candidatures et la date de signature du contrat, en cas d'opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion ou d'acquisition ou, si le groupement apporte la preuve que l'un de ses membres se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne résultent pas de son fait.

En cas d'appel d'offres ouvert en deux étapes ou de dialogue compétitif, la composition du groupement peut évoluer pendant la phase de dialogue, en fonction des solutions techniques et/ou financières proposées. Cette modification ne peut pas concerner le mandataire du groupement.

La modification de la composition du groupement doit être préalablement autorisée par l'autorité contractante. Elle vérifie que :

- le groupement transformé dispose d'une capacité professionnelle, technique, économique et financière équivalente à celle qui a conduit à retenir la candidature initiale ;
- cette modification résulte d'un fait non prévisible par les membres du groupement.

Article 25 : Sous-contractants

Le titulaire peut confier, sous sa responsabilité, l'exécution des services ou travaux objet du Partenariat Public-Privé à un tiers, dans les conditions définies par les Etats membres.

Dans l'avis de publicité préalable ou dans les documents de la consultation, l'autorité contractante doit demander au candidat ou au soumissionnaire la part de l'exécution du contrat qui sera confiée à des tiers, les sous-contractants proposés et les projets de sous-contrat.

Après l'attribution, lorsque le titulaire souhaite confier une part de l'exécution du contrat à un tiers, il doit solliciter l'autorisation de l'autorité contractante dans les conditions définies par les Etats membres.

Article 26 : Accès des petites et moyennes entreprises communautaires aux Partenariats Public-Privé

Dans l'avis de publicité préalable ou dans les documents de la consultation, l'autorité contractante demande aux candidats et aux soumissionnaires d'indiquer, dans leur offre, la part d'exécution du contrat qu'ils s'engagent à réserver à des petites et moyennes entreprises communautaires, ainsi que les modalités du transfert de technologie et de compétences proposées.

Parmi les critères d'attribution des offres, l'autorité contractante prend en compte :

- la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises communautaires ;
- le nombre de créations d'emplois ;
- les modalités du transfert de technologie et de compétences proposés.

Le Partenariat Public-Privé doit indiquer conformément à l'offre du titulaire, la part de l'exécution du contrat qu'il s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises communautaires.

Section 4 : Examen des capacités des candidats et des offres

Article 27 : Conditions de participation et modalités de vérification des capacités des candidats

Sous réserve que le candidat ne fasse pas l'objet d'une interdiction de soumissionner définie par les Etats membres, les autorités contractantes, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, ne peuvent imposer aux candidats que des conditions de participation propres à garantir qu'ils disposent :

a) de la capacité juridique à déposer une candidature et/ou une offre ;

b) des capacités professionnelles, techniques, économiques et financières suffisantes pour l'exécution du projet.

Les justifications des capacités et les conditions de présentation des candidatures sont précisées dans l'avis de publicité préalable ou dans les documents de la consultation.

Les autorités contractantes vérifient que les candidats présentent les capacités requises :

- soit dans le cas d'une pré-qualification ;
- soit, en l'absence d'une pré-qualification, à tout moment de la procédure de passation et au plus tard avant l'attribution du contrat.

Un opérateur économique peut avoir recours aux capacités des co-contractants ou sous-contractants proposés, à condition qu'il fournisse la preuve juridique de l'existence de ces liens. L'autorité contractante peut exiger que les opérateurs économiques concernés soient solidairement responsables dans la mesure où cela est nécessaire à la bonne exécution du contrat. Dans ce cas, l'autorité contractante mentionne cette exigence dans l'avis de publicité préalable ou dans les documents de la consultation.

Lorsque le candidat se présente en groupement les capacités de chacun des membres du groupement sont appréciées, afin de déterminer si leur combinaison garantit qu'ils disposent des capacités suffisantes pour l'exécution du Partenariat Public-Privé. Des conditions de participation spécifiques peuvent être exigées du mandataire du groupement.

Article 28 : Délai de réception des candidatures et des offres

A compter de la publication de l'avis de publicité préalable ou de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner, le délai de réception des candidatures ou des offres ne peut être inférieur à :

- trente (30) jours calendaires pour les Partenariats Public-Privé dont la valeur estimée hors taxes, calculée conformément à l'article 3, est inférieure au seuil prévu à l'article 18, et ;

- quarante-cinq (45) jours calendaires pour les Partenariats Public-Privé dont la valeur estimée hors taxes, calculée conformément à l'article 3, est supérieure au seuil, prévu à l'article 18.

Les autorités contractantes fixent les délais de réception des candidatures et des offres en tenant compte de la complexité du Partenariat Public-Privé et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature et/ou leur offre.

Les délais de réception des candidatures ou des offres peuvent être raccourcis de sept (07) jours calendaires, dès lors qu'elles peuvent être transmises par voie électronique.

Article 29 : Pré-qualification

Lorsqu'une procédure d'appel d'offres ouvert est précédée d'une phase de pré-qualification des candidats, les critères de pré-qualification sont mentionnés dans l'avis de pré-qualification.

La procédure de pré-qualification peut prévoir un nombre minimal et/ou maximal de candidats pré-qualifiés, sous réserve que les candidats soient retenus sur la base de critères objectifs et non discriminatoires énoncés dans l'avis de pré-qualification.

Si, au terme du délai de remise des candidatures, le nombre de candidats est Inférieur au nombre minimum fixé par les Etats membres, l'autorité contractante, avec l'autorisation de l'autorité compétente, peut poursuivre la procédure avec la ou les candidatures enregistrées.

Article 30 : Examen des offres

Les offres sont examinées par une commission d'appel d'offres créée par l'autorité contractante dans les conditions définies par les Etats membres. Sa composition doit garantir l'éthique, l'indépendance, l'expertise et l'absence de conflit d'intérêts de ses membres. Les travaux de la commission d'appel d'offres sont consignés dans un procès-verbal.

La commission d'appel d'offres examine chaque offre conformément aux critères d'attribution indiqués dans l'avis de publicité préalable ou dans les documents de la consultation.

Les critères sont liés à l'objet du contrat, mesurables et ne confèrent pas un pouvoir discrétionnaire à l'autorité contractante. Outre les critères d'attribution des offres prévus à l'article 26, ils peuvent inclure, entre autres, des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation.

Dans les conditions définies par les Etats membres, les critères d'attribution peuvent prévoir un traitement préférentiel dans les deux situations suivantes :

- lorsqu'une entreprise communautaire, au sens de l'article 19, soumet une offre ;
- lorsqu'un soumissionnaire soumet une offre en groupement avec des petites et moyennes entreprises communautaires.

Ces traitements préférentiels sont cumulables.

L'examen des offres a pour objet de permettre à l'autorité contractante d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

Lorsqu'une seule offre conforme est déposée, l'autorité contractante peut poursuivre la procédure avec le soumissionnaire.

Les Etats membres veillent à ce que la participation d'opérateurs économiques personnes morales de droit public aux procédures de passation ne crée pas de distorsion de concurrence.

Article 31 : Notification aux candidats et aux soumissionnaires du choix de l'autorité contractante

Sur la base du rapport de la commission d'appel d'offres et après validation par les autorités compétentes désignées par les Etats membres, l'autorité contractante notifie à chaque candidat ou soumissionnaire l'acceptation ou le rejet de sa candidature ou de son offre, en lui indiquant les motifs.

Un délai minimal de dix (10) jours calendaires est respecté entre la notification aux soumissionnaires du rejet de leurs offres et l'attribution définitive du contrat.

Lorsque l'autorité contractante décide de ne pas attribuer le contrat ou de relancer la procédure, elle communique les motifs de sa décision aux candidats et soumissionnaires dans les plus brefs délais

Section 5 : Achèvement de la procédure

Article 32 : Mise au point du contrat

L'autorité contractante engage avec le soumissionnaire dont l'offre a été jugée économiquement la plus avantageuse une phase de mise au point du contrat en vue d'en arrêter les termes définitifs selon les modalités définies dans les documents de la consultation. Cette mise au point ne peut avoir pour effet de modifier les caractéristiques techniques et financières essentielles de l'offre précisées dans les documents de la consultation et dont la variation serait susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

En cas d'échec de la mise au point du contrat avec l'attributaire, l'autorité contractante se réserve le droit de solliciter les autres soumissionnaires dans l'ordre de classement des offres.

Article 33 : Bouclage financier

Le bouclage financier du projet est réalisé selon les modalités prévues dans les documents de la consultation. L'autorité contractante demande la confirmation des engagements financiers de l'attributaire du contrat.

Article 34 : Société de projet

Dans les conditions fixées par les Etats membres, l'attributaire peut se constituer en société de projet à titre exclusif en vue de l'exécution du Partenariat Public-Privé.

Une part du capital social de la société de projet peut être réservée à d'autres personnes physiques ou morales, dans les conditions définies par les Etats membres.

Article 35 : Signature et approbation du contrat

Au terme de la mise au point du contrat, visée à l'article 32, l'autorité contractante soumet le projet de contrat, pour validation, aux autorités compétentes désignées par les Etats membres.

Après validation, le contrat est signé successivement par l'attributaire, constitué, le cas échéant, en société de projet, et par l'autorité contractante.

Le contrat est ensuite soumis à l'approbation des autorités compétentes dans les conditions définies par les Etats membres.

La signature et l'approbation des contrats ne peuvent être le fait d'une même autorité.

Les contrats doivent être signés, approuvés et notifiés avant tout commencement d'exécution,

Le contrat doit être transmis aux autorités exerçant la fonction de conseil et d'expertise dans le processus de mise en oeuvre des Partenariats Public-Privé et de validation de l'évaluation préalable, aux autorités exerçant les fonctions de contrôles prévues à l'article 6 et, le cas échéant, aux autorités de régulation sectorielle concernées.

L'autorité contractante conserve les actes et les documents relatifs aux procédures de passation ainsi que les contrats auxquels toute personne physique ou morale peut avoir accès, dans les conditions définies par les Etats membres.

Article 36 Budgétisation et comptabilisation des Partenariats Public-Privé

Les Etats membres veillent à ce que les autorités contractantes inscrivent le projet de Partenariat Public-Privé dans le cycle budgétaire de la dépense publique.

Les autorités contractantes doivent respecter les règles en matière de comptabilisation des engagements pris dans le cadre d'un Partenariat Public-Privé.

TITRE VI : DISPOSITIF CONTRACTUEL ET CONTROLE DE L'EXECUTION

Article 37 : Clauses minimales du contrat

Le contrat comporte, au minimum, des clauses relatives :

a) à l'objet, au périmètre des missions confiées et à leur description ;
b) aux conditions de fourniture des services et, le cas échéant, à l'étendue de l'exclusivité des droits conférés par le contrat ;
c) au régime juridique des biens et aux modalités d'occupation domaniale, notamment sur les droits réels conférés, le cas échéant, au titulaire, dans les conditions définies par les Etats membres ;
d) aux droits et obligations des parties, notamment sur les informations confidentielles ;

e) à la durée du contrat, aux conditions de sa prorogation, ainsi qu'aux droits et obligations des parties à son expiration ;

f) aux objectifs de performance assignés au titulaire ;

g) aux conditions de modification du contrat par voie d'avenant ;

h) aux conditions et conséquences du partage et du transfert des risques entre les parties ;

i) aux garanties et autres sûretés, notamment celles constituées conformément à l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA, ainsi que les polices d'assurance que le titulaire est tenu de souscrire auprès d'assureurs domiciliés sur le territoire de l'Etat membre concerné par le projet ;

j) à la rémunération du titulaire et ses modalités de détermination ;

k) aux conditions, dans lesquelles l'autorité contractante constate que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat ;

l) aux modalités de contrôle de l'exécution du contrat et, le cas échéant, de régulation économique du contrat ;

m) à la force majeure, à l'imprévision, au fait du prince, aux sujétions techniques imprévues et à leurs conséquences, notamment financières ;

n) aux sanctions et pénalités pour manquement aux obligations contractuelles ;

o) aux conditions et conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat, sur la propriété des ouvrages le transfert des technologies et, le cas échéant, les droits de propriété intellectuelle ;

p) aux conditions de continuité du service en cas de défaillance du titulaire, notamment lorsque la résiliation est prononcée ;

q) aux modalités de contrôle par l'autorité contractante d'une cession du contrat et de l'évolution de l'actionnariat de la société de projet ;

r) aux modalités de gestion des actifs du projet, des coûts et des flux financiers qu'il génère, de leur répartition entre les parties et de leur affectation à la mise en œuvre du projet ;

s) au droit applicable et aux modalités de prévention et de règlement des différends et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage ou à d'autres modes alternatifs de règlement des différends.

Article 38 : Propriété des biens réalisés, acquis ou apportés par le titulaire

Les Etats membres veillent à ce que les biens soient classés en biens de retour, biens de reprise et biens propres.

Les biens de retour sont les biens qui résultent d'investissements du titulaire et qui sont nécessaires au fonctionnement d'un service public. Dans le silence du contrat, ils sont et demeurent la propriété de l'autorité contractante dès leur réalisation ou leur acquisition.

Les biens de reprise sont les biens utiles, sans être nécessaires, au bon fonctionnement d'un service public. Ils sont la propriété du titulaire, sauf stipulation contraire prévue par le contrat.

Les biens propres sont les biens qui ne sont ni des biens de retour, ni des biens de reprise. Ils sont et demeurent la propriété du titulaire.

Le contrat identifie les biens utilisés par le titulaire durant toute la durée du contrat et les classe selon les trois catégories définies dans le présent article.

Article 39 : Modification du contrat

Les Partenariats Public-Privé peuvent être modifiés, notamment pour des motifs d'intérêt général, ou en cas de modification de la durée du contrat, ou des obligations contractuelle des parties au contrat. Les modifications ne sauraient avoir pour effet de modifier substantiellement l'économie générale du contrat.

Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle modifie la nature globale du Partenariat Public-Privé. Une modification est notamment considérée comme substantielle dans les hypothèses suivantes ;

a) elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis la sélection d'autres candidats ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;

b) elle modifie l'équilibre économique du Partenariat Public-Privé en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le Partenariat Public-Privé initial ;

c) elle modifie considérablement l'objet du Partenariat Public-Privé ;

d) elle a pour effet de remplacer le titulaire Initial en dehors de l'application d'une clause de réexamen.

Lorsque les modifications, quel qu'en soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque, elles ne sont pas considérées comme substantielles.

En cas de bouleversement de l'équilibre économique du contrat lié à la survenance d'événements imprévisibles et extérieurs aux parties, la modification du contrat nécessaire au rétablissement de l'équilibre économique ne doit pas affecter substantiellement le partage des risques.

Les modifications font l'objet d'un avenant au contrat initial dans les mêmes conditions que définies par l'article 35.

Article 40 : Contrôle et suivi du contrat

Outre le contrôle exercé par l'Etat et les organismes habilités, en vertu de la réglementation des Etats membres, l'autorité contractante contrôle, selon les modalités définies par le contrat, l'atteinte des objectifs de performance et les conditions dans lesquelles le titulaire a confié une partie de l'exécution du contrat à des sous-contractants.

Le contrôle de l'exécution du contrat intervient en cours et à la fin de chacune des phases d'exécution des missions confiées et donne lieu à l'établissement d'un compte rendu.

Les Etats membres veillent à prévoir, le cas échéant, les conditions de nomination d'un expert indépendant par l'autorité contractante afin de contrôler l'exécution du contrat.

L'autorité contractante exige du titulaire un rapport annuel.

Les Etats membres veillent à ce que le rapport contienne les informations nécessaires et sincères pour assurer l'effectivité du contrôle. Le contenu de ce rapport pour chaque type de Partenariat Public-Privé est précisé par les Etats membres.

Le rapport est adressé chaque année à l'autorité contractante qui le transmet à :

- l'autorité chargée de la fonction de contrôle *a posteriori* des procédures de passation des Partenariats Public-Privé et de régulation desdits Partenariats Public-Privé et ;
- l'autorité chargée de la fonction de conseil et d'expertise dans le processus de mise en œuvre des Partenariats Public-Privé et de validation de l'évaluation préalable, à l'exception de l'analyse de soutenabilité budgétaire.

Ce rapport est publié dans les conditions définies par les Etats membres.

Article 41 : Audit des Partenariats Public-Privé

Les Partenariats Public-Privé font l'objet d'un audit périodique réalisé par les autorités désignées par les Etats membres. L'audit porte sur les conditions et modalités de planification, de passation et d'exécution du contrat.

Article 42 : Régime fiscal et douanier

Les Etats membres, conformément à la réglementation communautaire, peuvent définir un régime fiscal et douanier adapté au développement des projets en Partenariat Public-Privé prenant notamment en compte :

- l'importance des investissements réalisés ;
- les risques attachés au titulaire ;
- les avantages socio-économiques du projet ;
- l'étendue du transfert de technologie ;
- les effets du Partenariat Public-Privé sur le développement territorial du pays.

TITRE VII : DROIT APPLICABLE ET REGLEMENT DES DIFFERENDS

Article 43 : Droit applicable

Le droit applicable au Partenariat Public-Privé est celui de l'Etat membre sur le territoire duquel il est exécuté.

Article 44 : Règlement des différends en matière de passation

En cas de violation de la réglementation applicable à la procédure de passation, les candidats et soumissionnaires évincés peuvent Introduire un recours s'ils sont susceptibles d'être lésés par le manquement invoqué.

Les candidats et soumissionnaires peuvent saisir l'autorité chargée de la fonction de contrôle *a posteriori* des procédures de passation des Partenariats Public-Privé et de régulation desdits Partenariats Public-Privé.

Les Etats membres veillent à ce que les candidats et soumissionnaires puissent introduire un recours gracieux ou hiérarchique devant l'autorité contractante préalablement à la saisine mentionnée à l'alinéa précédent.

Les décisions de l'autorité chargée de la fonction de contrôle *a posteriori* des procédures de passation des Partenariats Public-Privé et de régulation desdits Partenariats Public-Privé sont susceptibles de recours devant les juridictions compétentes des Etats membres.

L'autorité chargée de la fonction de contrôle *a posteriori* des procédures de passation des Partenariats Public-Privé et de régulation desdits Partenariats Public-Privé peut également s'autosaisir, notamment en cas de dénonciation.

Les procédures de règlement des différends en matière de passation sont fixées par les Etats membres.

Article 45 : Règlement des différends en matière d'exécution

Sous réserve des stipulations contractuelles et des réglementations nationales, avant toute action contentieuse, l'autorité contractante ou le titulaire peut saisir, dans le cadre d'un recours amiable, l'autorité chargée de la fonction de contrôle *a posteriori* des procédures de passation des Partenariats Public-Privé et de régulation desdits Partenariats Public-Privé ou toute autre autorité désignée d'un commun accord des parties.

En cas d'échec de la procédure amiable, le différend peut être soumis à la juridiction nationale compétente, à un tribunal arbitral dans les conditions prévues par l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif au droit de l'arbitrage, à tout autre arbitrage International ou à d'autres modes alternatifs de règlement des différends.

Article 46 : Sanction des violations de la réglementation en matière de Partenariats Public-Privé

Les Etats membres veillent à ce que toute violation de la réglementation applicable aux Partenariats Public-Privé, aux conflits d'intérêts, à la corruption et à des infractions connexes, commise par toute personne, puisse faire l'objet de poursuites et de sanctions devant les autorités compétentes, selon des modalités déterminées par les réglementations nationales.

Ces poursuites peuvent être initiées sur dénonciation auprès de l'autorité chargée de la fonction de contrôle *a posteriori* des procédures de passation des Partenariats Public-Privé et de régulation desdits Partenariats Public-Privé ou à la suite de son auto-saisine.

TITRE VIII : DISPOSITIONS FINALES

Article 47 : Maîtrise des délais de mise en œuvre d'un Partenariat Public-Privé

Les Etats membres définissent, pour chaque étape du processus de mise en œuvre d'un Partenariat Public-Privé, des délais d'instruction raisonnables propres à garantir son efficacité.

Article 48 : Transposition

Dans un délai de trois (03) ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente Directive, les Etats membres prennent les dispositions législatives, réglementaires et administratives pour se conformer à celle-ci.

Les Etats membres communiquent officiellement à la Commission le texte des dispositions de droit interne déjà adoptées ou qu'ils adoptent dans les matières régies par la présente Directive.

Lorsque les Etats membres adoptent de nouvelles dispositions en application de la présente Directive, celles-ci contiennent une référence à ladite Directive.

Article 49 : Suivi de l'application de la Directive

Au plus tard à la date d'expiration du délai mentionné à l'article 48 ci-dessus, les Etats membres adressent à la Commission toutes informations utiles lui permettant d'établir un rapport, à soumettre au Conseil des Ministres, sur l'application de La présente Directive.

Article 50 : Entrée en vigueur

La présente Directive, qui abroge toutes Les dispositions antérieures contraires, entre en vigueur à compter de sa signature et sera publiée au Bulletin Officiel de l'Union.

Fait à Dakar, le 30 septembre 2022

Pour le Conseil des Ministres,
Le Président



Sani YAYA

MARCHES PUBLICS

LOI N° 2021 - 033
RELATIVE AUX MARCHES PUBLICS

LOI N° 2021 - 033
RELATIVE AUX MARCHES PUBLICS

L'Assemblée nationale a délibéré et adopté ;
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

TITRE 1er : OBJET- PRINCIPES GENERAUX - CHAMP D'APPLICATION

Article premier : Objet et définitions

La présente loi fixe les règles régissant la passation, l'exécution, le contrôle et la régulation des marchés publics en République togolaise.

Au sens de la présente loi, on entend par :

marché public : un contrat écrit, sur support papier ou électronique, conclu par une ou plusieurs autorités contractantes avec un ou plusieurs opérateur économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix.

autorité Contractante : personne morale de droit public ou de droit privé qui bénéficie du concours, financier ou de la garantie d'une personne morale de droit public qui conclut un marché public.

commande publique : ensemble des contrats conclus, à titre onéreux, dans le cadre des marchés publics et des partenariats public/privé permettant aux autorités contractantes de répondre à leurs besoins en fournitures, travaux et services.

dématérialisation : utilisation des moyens électroniques pour effectuer des opérations de traitement, d'échange et de stockage d'informations sans support papier à travers la messagerie électronique ou par l'emploi d'une plateforme en ligne, pour la passation, l'exécution, le règlement et la gestion du contentieux des marchés publics.

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

marché public de travaux : le marché qui a pour objet soit l'exécution, soit, conjointement, la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage.

marché public de services : le marché qui a pour objet la réalisation de prestations de services physiques ou intellectuels, qui n'est ni un marché de travaux ni un marché de fournitures.

marché public de type mixte : le marché relevant d'une des trois catégories mentionnées ci-dessus qui peut comporter, à titre accessoire, des éléments relevant d'une autre catégorie.

réception des prestations : acte par lequel l'autorité contractante, après achèvement, déclare accepter les travaux, fournitures ou services.

sous-traitance : l'opération par laquelle un titulaire d'un marché confie, sous sa responsabilité, à une autre personne morale ou physique appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'autorité contractante.

Les procédures de passation et d'exécution des marchés publics prennent en compte les spécificités applicables pour chaque type d'acquisition.

Article 2 : Principes généraux

Les procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics, quels que soient le montant et le financement, sont soumises aux principes suivants :

- l'économie, l'efficacité, l'efficience et l'équité du processus d'acquisition ;
- la concurrence et le libre accès des opérateurs économiques à la commande publique ;
- l'égalité de traitement des candidats ;
- la reconnaissance mutuelle de normes techniques, d'actes et de procédures d'homologation et de certification reconnus par les Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) ;
- la transparence et l'intégrité des procédures, leur rationalité, leur modernité et leur traçabilité ;
- le respect des normes environnementales, sociales et de développement durable, notamment la prise en compte de l' accessibilité universelle.

Sous réserve des dispositions applicables à la préférence communautaire et aux marchés réservés à certaines catégories d' opérateurs économiques ou de prestations, toute mesure ou disposition fondée sur la nationalité des candidats de nature à constituer une discrimination est interdite.

La prise en compte des aspects de développement durable au titre de la présente loi peut se traduire à travers la pré-qualification ou la sélection initiale des entreprises, le cahier des charges fonctionnel ou technique détaillé, les critères d'évaluation, les conditions des contrats ou le suivi de l'exécution des contrats.

Les exigences de pratiques durables de la passation de marchés publics peuvent s'appuyer sur des faits probants et sur des critères existants en matière de label social ou d'écolabel, du commerce équitable ou des informations recueillies auprès des parties prenantes du secteur privé, de la société civile ou de partenaires de développement.

Article 3 : Champ d'application

La présente loi s'applique aux marchés publics passés par les personnes morales, désignées ci-après sous le terme « autorité contractante » :

- l'Etat ;
- les collectivités territoriales ;
- les établissements publics à caractère administratif, créés par l'Etat ou les collectivités territoriales ;
- les entreprises publiques dont le capital est totalement ou majoritairement détenu par l' Etat ou une autre personne morale de droit public ;
- les associations formées par une ou plusieurs personnes morales de droit public précitées.

Les dispositions de la présente loi s'appliquent :

- aux marchés passés par les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat, ou d'une des personnes morales de droit public susvisées ;
- aux marchés passés par des personnes morales de droit privé, ou des sociétés d'économie mixte, lorsque ces marchés bénéficient du concours financier ou de la garantie de l'Etat ou d'une des personnes morales de droit public susmentionnées.

Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux marchés publics passés dans le cadre d'une coordination ou d'un groupement de commandes ou conclus par des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services au profit des autorités contractantes.

La présente loi s'applique également aux marchés publics passés en application d'accords de financement ou de traités internationaux ou bilatéraux dans la mesure où celle-ci n'est pas en contradiction avec lesdits accords ou traités.

Sont exclues du champ d'application de la présente loi, les opérations ci-après énumérées :

(i) les dépenses courantes d'abonnement d'eau, de salaires, d'électricité et de téléphone, de publication par voie de presse et d'insertions publicitaires ainsi que les publi-reportages par supports audio-visuels, envois postaux, abonnement aux journaux et télé ;

(ii) les biens, travaux et services dont les prix unitaires sont réglementés ou font l'objet d'une tarification homologuée par un organisme officiel. Entrent notamment dans cette catégorie, l'acquisition des produits pétroliers destinés

uniquement à l'usage des véhicules et engins de fonction ou de service ainsi que le gaz à usage domestique ou médical des autorités contractantes, à l'exception de ceux destinés à l'exploitation des centrales thermiques et énergétiques ou à des fins industrielles ;

(iii) l'acquisition des titres de transport terrestre, aérien, ferroviaire et maritime pour les besoins des missions des agents des autorités contractantes ;

(iv) l'hébergement et la restauration des agents des autorités contractantes, des participants dans les réceptifs hôteliers ou dans les structures ayant une telle vocation, à l'occasion de l'organisation de sommets officiels, de séminaires ou d'ateliers ou de missions à l'intérieur ou à l'extérieur ;

(v) l'acquisition, en cas de rupture de stocks, des médicaments et produits utilisés dans la médecine d'urgence ou dans la couverture universelle des populations vulnérables et dont la liste est fixée chaque année par arrêté du ministre de la santé, après avis de l'organe de régulation de la commande publique et de l'organe national de contrôle de la commande publique ;

(vi) l'acquisition des médicaments et produits pharmaceutiques essentiels conformément aux textes fixant les modalités d'approvisionnement pharmaceutique des services et formations sanitaires auprès d'une centrale d'achat de médicaments ;

(vii) les services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert des titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des autorités contractantes, et les services fournis par des banques centrales ;

(viii) les services d' arbitrage, de conciliation, d' assistance et de représentation juridique de l'Etat et de ses démembrements, les prestations d'assistance comptable, économique et financière à l'exception des prestations d'assistance technique;

(ix) les contrats régis par les dispositions du code du travail, les contrats d'acquisition, de vente et de bail d'immeubles bâtis ou de terrains nus ;

(x) les acquisitions de biens, les prestations de travaux et de services réalisées par les missions ou représentations diplomatiques et consulaires à l'étranger.

Article 4 : **Seuils d'application des procédures**

Les dispositions de la présente loi s'appliquent à tous les marchés publics quel que soit leur montant sous réserve des dispositions spécifiques relatives aux seuils de passation des marchés publics définis par décret en conseil des ministres.

Les évaluations faites par les autorités contractantes du montant de leurs marchés et les lignes budgétaires qui leur sont affectées n'ont pas pour effet de les soustraire aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu de la présente loi.

TITRE II : CADRE INSTITUTIONNEL DES MARCHES PUBLICS

Article 5 : Contenu du cadre institutionnel

Le cadre institutionnel mis en place par la présente loi repose sur le principe de la séparation des fonctions de passation, de contrôle et de régulation des marchés publics, destiné à prévenir les conflits d'intérêts, d'attribution et de compétence.

Il comprend les organes de passation, de contrôle et de régulation des marchés publics.

Article 6 : Organes de passation

Les organes de passation des marchés publics de l'autorité contractante sont constitués par la personne responsable des marchés publics et la cellule de gestion des marchés publics.

Ces organes sont assistés au besoin par les services techniques de l'autorité contractante bénéficiaire de l'acquisition ou par des personnes ressources extérieures compétentes.

Article 7 : Organes de contrôle

Il est créé auprès du ministre de l'économie et des finances un organe à compétence nationale, ci-après dénommé direction nationale du contrôle de la commande publique, chargé du contrôle a priori des procédures de passation des marchés publics mises en œuvre par les autorités contractantes et dont le montant est supérieur ou égal aux seuils déterminés par voie réglementaire. Cet organe est également compétent pour le contrôle a posteriori des procédures de passation des marchés publics dont le montant est inférieur aux seuils déterminés par voie réglementaire.

Il est créé auprès de chaque autorité contractante, un organe, dénommé commission de contrôle des marchés publics, chargé du contrôle de la régularité des procédures de passation des marchés publics en deçà d'un seuil fixé par voie réglementaire.

La direction nationale du contrôle de la commande publique s'assure que les organes de contrôle interne établis au sein des autorités contractantes ont les capacités et les moyens suffisants pour contrôler la régularité des procédures de passation.

Les organes de contrôle et leurs membres bénéficient, par leur statut, déterminé par voie réglementaire, de l'autorité, des moyens et ressources nécessaires à l'exercice de leurs activités.

Article 8 : Organe de régulation

Il est créé une autorité de régulation de la commande publique, dotée de la personnalité juridique, jouissant de l'autonomie de gestion administrative et financière.

Elle est l'organe de régulation de la commande publique et est rattachée à la Présidence de la République.

Son statut, ses procédures ainsi que les modalités de désignation de ses membres lui permettent de garantir une régulation indépendante du système des marchés publics et d'assurer une représentation tripartite et paritaire entre :

- les représentants de la Présidence de la République et de l'administration publique issus des ministères chargé des finances et de la justice ;

- les représentants des organisations professionnelles représentatives des opérateurs économiques des secteurs des bâtiments et travaux publics, du commerce et des services désignés selon les modalités définies par décret en conseil des ministres et

- les représentants des organisations ou associations œuvrant dans le domaine de la bonne gouvernance, de l'éthique et de la lutte contre la corruption, désignés selon les modalités définies par décret en conseil des ministres.

L'autorité de régulation de la commande publique est habilitée à ester en justice.

L'autorité de régulation de la commande publique a pour mission d'assurer la régulation du système des marchés publics.

A ce titre, elle :

- participe à la définition des politiques en matière de marchés publics ;
- propose au gouvernement, en concertation avec la direction nationale du contrôle de la commande publique, les ministères techniquement compétents et les organisations professionnelles ainsi que la société civile, des projets de texte régissant les marchés publics, les documents types, les manuels de procédures, les guides d'évaluation et progiciels appropriés ainsi que des amendements de nature à améliorer la qualité et la performance du système des marchés publics ;
- élabore, en collaboration avec la direction nationale du contrôle de la commande publique, les stratégies de professionnalisation et de renforcement des capacités des acteurs de la commande publique ;
- effectue des enquêtes et investigations par ses agents assermentés ;
- assure le règlement des différends relatifs aux procédures de passation et d'exécution des marchés publics ;
- prononce l'exclusion et la condamnation à caractère pécuniaire ou l'une de ces sanctions à l'encontre des agents publics, des candidats, soumissionnaires et titulaires des marchés publics ayant enfreint la réglementation des marchés publics, sans préjudice des sanctions pénales encourues et des réparations civiles éventuellement dues ;
- fait procéder à des évaluations périodiques du système des marchés publics et à des audits indépendants réguliers des procédures de passation et d'exécution des marchés publics;
- assure en collaboration avec la direction nationale du contrôle de la commande publique, la sensibilisation et l'information des acteurs sur le système des marchés publics.

Article 9 : Interdictions

Le cumul des fonctions de passation, d'exécution, de contrôle et de régulation des marchés publics au sein d'une ou de plusieurs autorités contractantes est interdit.

Le cumul des fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction est également interdit.

La détention directe ou indirecte d'intérêts dans les entreprises soumissionnaires, l'exercice d'une fonction salariée ou de la perception de tout bénéfice, rémunération ou avantage sous quelque forme que ce soit, accordés par ces entreprises est interdite aux membres des organes de passation, d' exécution, de contrôle et de régulation des marchés publics.

Article 10 : Attribution et règles d'organisation

Les attributions, les modalités d'organisation et de fonctionnement des organes de passation, d'exécution, de contrôle et de régulation des marchés publics sont précisées par décret en conseil des ministres.

Article 11 : Redevance de régulation du système des marchés publics

Il est créé et mis à la charge des titulaires de marchés publics, quelle que soit la source de financement, une redevance de régulation dont le taux et l'assiette sont fixés par voie réglementaire.

La redevance de régulation n'est assimilable, ni aux droits, ni aux impôts et taxes exigibles dans les marchés publics.

Le recouvrement de la redevance de régulation est assuré par l'autorité de régulation de la commande publique qui émet des ordres de recettes signés par le directeur général sur la base des marchés approuvés.

Les ordres de recettes sont des titres exécutoires.

L'ordre de recettes est notifié au titulaire du marché qui procède à son paiement par chèque, par virement bancaire ou par voie électronique sur le compte de l'autorité de régulation de la commande publique.

Le titulaire du marché dispose d'un délai de trente (30) jours calendaires à compter de la notification de l'ordre de recettes pour contester la créance devant le tribunal compétent statuant en dernier ressort.

L'autorité de régulation de la commande publique peut, à tout moment, notifier l'ordre de recettes à l'autorité contractante, au Trésor public ainsi qu' à tout débiteur connu du titulaire du marché aux fins du recouvrement direct, entre leurs mains, de la redevance de régulation.

La forme et le contenu de l'ordre de recettes sont fixées par voie réglementaire.

Les ressources issues de la collecte de la redevance de régulation sont destinées à financer l'exécution des missions de l'autorité de régulation de la commande publique.

Elles servent aussi à financer les besoins spécifiques de la direction nationale du contrôle de la commande publique et ceux des organes de gestion des marchés publics des autorités contractantes.

Un décret en conseil des ministres détermine la clé de répartition des ressources de la redevance de régulation du système des marchés publics.

Article 12 : Autres sources de financement de la régulation du système des marchés publics

Le financement de la régulation du système des marchés publics est en outre assuré par :

- les subventions de l'Etat ;
- les produits des amendes prononcées en cas de violation de la réglementation des marchés publics ;
- les produits de cession des dossiers d'appels à la concurrence;
- les produits des prestations rendues aux intervenants du système des marchés publics à conditions que celles-ci ne soient pas en conflit avec les opérateurs économiques ;
- les appuis et subventions des partenaires techniques et financiers ;
- les revenus de ses biens, fonds et valeurs ;
- les dons et legs.

Les ressources de l'autorité de régulation de la commande publique sont des deniers publics et, à ce titre, elles sont gérées en tant que telles.

Les disponibilités de l'autorité de régulation de la commande publique sont déposées sur un compte ouvert dans les livres du Trésor public ou dans une banque commerciale après autorisation du ministre chargé des finances.

La gestion comptable et financière de l'autorité de régulation de la commande publique obéit aux règles de la comptabilité publique.

L'autorité de régulation de la commande publique est assujettie à la vérification des organes de contrôle de l'Etat et de la Cour des Comptes.

TITRE III : REGLES GENERALES APPLICABLES AUX PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Chapitre 1er : Planification des marchés publics

Article 13 : Elaboration du plan prévisionnel

Les autorités contractantes sont tenues d'élaborer et de communiquer au public par voie électronique via la publication sur le portail des marchés publics leurs plans prévisionnels annuels de passation des marchés publics, établis en cohérence avec leur programme d'activités et les crédits qui leur sont alloués.

Les marchés passés par les autorités contractantes ont été préalablement inscrits dans ces plans prévisionnels et validés par la direction nationale du contrôle de la commande publique, sous peine de nullité, à l'exception des cas d'urgence, de secret ou de dérogations expresses prévus par la présente loi.

Article 14 : Modalités de détermination des besoins

La nature et l'étendue des besoins sont déterminées avec précision par les autorités contractantes avant tout appel à la concurrence ou toute procédure de négociation par entente directe en prenant en compte les objectifs de développement durable.

L'estimation des besoins fait obligatoirement l'objet d'une prospection préalable du marché. Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'autorité contractante, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence.
La détermination des besoins s'appuie sur des spécifications techniques normatives ou fonctionnelles définies avec précision, neutralité, professionnalisme, de manière non discriminatoire au regard de la consistance des biens à acquérir et tenir compte des objectifs à haute performance énergétique et des mesures de sauvegarde environnementales et de protection sociale. La définition du besoin n'est pas un cadre rigide au point de constituer un obstacle à l'innovation.

Le marché public conclu par l'autorité contractante a pour objet exclusif de répondre à ses besoins.

Article 15 : Disponibilité des crédits

Le lancement d'une procédure de passation d'un marché public est conforme aux principes de gestion des finances publiques, en ce qui concerne l'engagement, la liquidation l'ordonnancement et le paiement des dépenses.

L'autorité contractante prend toutes mesures d'anticipation des procédures de passation des marchés publics afin de garantir l'efficacité de l'action publique.

L'autorité contractante s'assure de la mise en place et de la disponibilité du crédit avant la notification de l'attribution et la signature du marché conformément au plan prévisionnel annuel de passation de marchés validé par la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Chapitre 2 : Conditions de participation aux marchés publics et procédures de passation

Article 16 : Conditions de participation

Les autorités contractantes définissent les capacités techniques et financières requises pour la participation des candidats aux procédures de passation des marchés publics.

Dans la définition de ces capacités, les autorités contractantes ne prennent aucune disposition discriminatoire à l'endroit des candidats aux marchés publics.

Les autorités contractantes ont l'obligation de prendre des mesures favorisant le libre accès aux marchés publics réservés à certaines catégories d'opérateurs économiques dans des conditions déterminées par décret en conseil des ministres.

Tout candidat qui possède les capacités techniques et financières nécessaires à l'exécution d'un marché public participe aux procédures de passation des marchés publics.

L'inexactitude des mentions obérant les capacités techniques, financières et les pièces administratives demandées dans le dossier d'appel à la concurrence ou leur fausseté est sanctionnée par le rejet de l'offre ou ultérieurement par la résiliation du marché, sans mise en demeure préalable et aux frais et risques du déclarant, sans préjudice des autres sanctions susceptibles d'être prises en vertu de la réglementation en vigueur.

L'autorité contractante peut demander aux entreprises candidates de produire un certificat de classification ou de qualification. Ce certificat est délivré, selon des critères objectifs et transparents, par un organisme officiel responsable de la classification des entreprises composé de façon paritaire par les représentants de l'Etat et des opérateurs économiques.

Le cadre juridique et institutionnel du système de qualification et de classification des entreprises est organisé suivant les modalités fixées par un décret en conseil des ministres.

Article 17 : Accès aux marchés publics réservés

Les autorités contractantes réservent un pourcentage de leurs marchés de travaux, de fournitures et de services aux entreprises appartenant aux personnes en situation d'handicap, aux jeunes et aux femmes togolais suivant des conditions précisées par décret en conseil des ministres.

Des marchés peuvent également être réservés aux entreprises régies par la charte des très petites, petites et moyennes entreprises, aux agripreneurs et aux artisans ou entreprises organisées sous forme de coopératives, associations dont le fonctionnement et les activités sont

fondés sur un principe de solidarité et d'utilité sociale pour accroitre la production et la consommation des produits locaux.

Pour la passation de ces marchés réservés, les autorités contractantes veillent à alléger les formalités de participation ainsi que la constitution de garanties pour faciliter l'accès des très petites, petites et moyennes entreprises à l'appel à concurrence. Elles peuvent également prévoir des justifications de capacités financières adaptées à la cible.

Article 18 : Modes de passation des marchés publics

Les marchés publics sont attribués après mise en concurrence des candidats potentiels. L'appel d'offres ouvert est la règle.

Le recours à l'appel d'offres restreint, à l'appel d'offres précédé d'une pré qualification, à l'appel d'offres en deux étapes, à l'appel d'offres avec concours, à la procédure d'offre spontanée et au dialogue compétitif est autorisé par la direction nationale du contrôle de la commande publique, après justification de son choix par l'autorité contractante.

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

Les procédures de sollicitation de prix incluent la demande de renseignement de prix et la demande de cotation.

Le marché est passé par entente directe lorsque l'autorité contractante engage, sans formalité, les discussions qui lui paraissent utiles, avec un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs, ou prestataires de services. Le marché est passé par entente directe :

- lorsque les besoins ne peuvent être satisfaits que par une prestation nécessitant l'emploi d'un brevet d'invention, d'une licence ou de droits exclusifs détenus par un seul entrepreneur, un seul fournisseur ou un seul prestataire ;
- lorsque les marchés concernent des besoins de défense et de sécurité nationales exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité ; ces marchés peuvent comporter des dispositions dérogatoires à la règlementation générale des marchés publics sur autorisation de la direction nationale du contrôle de la commande publique ;
- lorsque les marchés ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques ou artistiques ;
- lorsque les prestations sont liées à des projets d' intérêt stratégique ou de souveraineté ;
- dans le cas d'extrême urgence notamment, pour les travaux, fournitures ou services que

l'autorité contractante doit faire exécuter en lieu et place de l'entrepreneur, du fournisseur ou du prestataire défaillant ou dans les situations où les retards éventuels de livraison des travaux, des fournitures et services sont susceptibles d'entraîner un risque préjudiciable au fonctionnement normal de l'Etat et ses institutions ;

- dans le cadre d'un marché complémentaire confié au même titulaire sur la base des prix issus de la procédure initiale à condition que ces prestations ou travaux ne soient pas techniquement ou économiquement séparables du marché initial ;
- dans le cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles ou de force majeure ne permettant pas de respecter les délais prévus dans les procédures d'appel à la concurrence, nécessitant une intervention immédiate, et lorsque l'autorité contractante n'a pas pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence, notamment, les cas des marchés rendus nécessaires pour l'exécution d'office en urgence, des marchés passés pour faire face à des catastrophes naturelles, la survenance d'épidémies, de pandémies ou à un état d'urgence déclaré. Le marché est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence ;
- lorsqu'un opérateur économique propose de fournir des biens ou de réaliser des services ou travaux qui implique une innovation dans son secteur et une valeur ajoutée pour l'économie nationale avec une forte potentialité d' emploi local et de transfert de compétences et technologies.

Les marchés de prestations intellectuelles sont passés après consultation de candidats, sélectionnés après la publication d'un avis à manifestation d'intérêt et remise de propositions, sous réserve des marchés passés pour les procédures en deçà des seuils de passation déterminés par voie réglementaire.

Des procédures spécifiques sont déterminées par voie réglementaire pour la passation des marchés publics des entreprises publiques.

Article 19 : Transparence des procédures

Les modalités de mise à disposition des dossiers d'appel à la concurrence, de réception, d'ouverture publique et d'évaluation des offres sont déterminées par voie réglementaire, dans le respect des principes de la présente loi et sous réserve des régimes de préférence définis par la réglementation en vigueur.

Les procédures d'ouverture et d' évaluation des offres ou propositions font l'objet de documents soumis à publication dans les formes définies par voie réglementaire.

La procédure d'évaluation des offres ou propositions, effectuée de manière strictement confidentielle et dans le délai compatible avec le délai de validité des offres, a pour objet de s'assurer que le candidat ayant soumis l'offre évaluée économiquement la plus avantageuse, en fonction de critères exprimés en termes monétaires et substantiellement conforme aux spécifications techniques du dossier d'appel à la concurrence, possède bien les qualifications requises pour exécuter le marché de façon satisfaisante.

L'autorité contractante notifie à tout soumissionnaire écarté, les motifs du rejet de son offre, le montant du marché attribué ainsi que le nom de l'attributaire retenu et observe le délai défini à l'article 37 de la présente loi, pour d'éventuels recours, avant de procéder à la signature du marché et de le soumettre à l'approbation de l'autorité compétente.

Dans ce délai, le soumissionnaire exerce, sous peine de forclusion, les recours dans les conditions prévues par la présente loi.

Article 20 : Approbation des marchés publics

Les marchés publics, selon la qualité de l'autorité contractante et en fonction des règles applicables en matière d'ordonnancement des dépenses publiques, sont transmis pour approbation par l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics, à une autorité approbatrice qui est obligatoirement distincte de l'autorité signataire.

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

TITRE IV : EXECUTION ET REGLEMENT DES MARCHES PUBLICS

Chapitre 1er : Exécution des marchés publics

Article 21 : Droits et obligations des parties contractantes

Les clauses du marché précisent les conditions d'exécution des prestations qui sont liées à son objet.

Les conditions d'exécution contenues dans les cahiers des clauses administratives générales peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à la préservation de l' environnement, à la protection sociale, à la promotion de l'emploi, à la lutte contre les discriminations ou à la lutte contre les violences basées sur le genre. Les autorités contractantes et les titulaires de marchés publics s'engagent à s'y conformer.

Les cahiers des clauses administratives générales qui décrivent les conditions d'exécution de chaque type de marché sont incorporés aux dossiers types de passation des marchés publics élaborés par l'organe de régulation de la commande publique pour chaque catégorie de marché.

Article 22 : Sous-traitance

Le titulaire d'un marché peut, sous sa responsabilité, sous-traiter prioritairement aux entreprises nationales ou communautaires, l'exécution d'une partie des prestations de son marché, dans les conditions fixées par voie réglementaire. La sous-traitance de la totalité d'un marché est prohibée.

Toutefois, l'autorité contractante exige que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées exclusivement par le titulaire.

Les clauses environnementales et sociales qui engagent le titulaire du marché telles que stipulées dans le contrat s'appliquent systématiquement aux sous-traitants. Leur application rigoureuse relève de la responsabilité pleine et entière du titulaire du marché.

Sont réputés non écrits, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions du présent article.

Article 23 : Modalités d'acceptation et d'agrément de la sous-traitance

L'opérateur économique peut recourir à la sous-traitance lors de la passation du marché et tout au long de son exécution à condition de l'avoir déclarée à l'autorité contractante et d'avoir obtenu l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement.

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre, le soumissionnaire identifie dans son offre le ou les sous-traitants auxquels il envisage de faire appel ainsi que la nature et le montant des prestations à sous-traiter.

Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient en cours d'exécution du marché, le titulaire en fait la demande à l'autorité contractante.

Les conditions d'acceptation du sous-traitant et d'agrément de ses conditions de paiement par l'autorité contractante sont fixées par décret en conseil des ministres.

Article 24 : Modification du marché

Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :

- les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;
- des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;
- les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
- les modifications ne sont pas substantielles.

Qu'elle résulte de l'accord de volontés des parties ou de la décision unilatérale de l'autorité contractante, la modification ne peut changer la nature globale du marché public.

Lorsque l'autorité contractante apporte unilatéralement une modification à un marché public, le titulaire a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat.

Dans tous les cas, la modification d'un marché ne peut se faire que par voie d'avenant et sur autorisation préalable de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Article 25 : Résiliation du marché et ajournement

Il est mis fin à l'exécution d' un marché public soit pour motif d' intérêt général, soit à l'initiative d'une partie pour faute grave du cocontractant, soit par décision commune des parties.

L'autorité contractante peut ordonner l'ajournement des travaux, fournitures ou services, objet du marché, avant leur achèvement, notamment en cas de retard dans l'exécution d'un ouvrage ou d'une non-conformité contractuelle avec les mesures de sauvegardes environnementale et sociale majeure ou d'un service dont la livraison d'une fourniture qui lui incombe est nécessaire à l'exécution du marché, ou pour toute autre raison qui lui est propre.

Les modalités de mise en œuvre de la résiliation et de l'ajournement sont déterminées par voie réglementaire.

Article 26 : Réception des prestations

L'autorité contractante, après achèvement, procède à la réception des travaux, fournitures ou services. Sauf stipulations contraires du marché, la réception met fin aux rapports contractuels entre l'autorité contractante et le titulaire du marché.

Chapitre 2 : Règlement des marchés publics

Article 27 : Paiement

Le paiement d'un marché public est effectué après constatation du service fait et conformément aux dispositions contractuelles.

Article 28 : Délai de paiement

Les autorités contractantes assurent le paiement des sommes dues en exécution d'un marché dans un délai fixé par voie réglementaire et qui peut être différent selon les catégories d'autorités contractantes.

Lorsqu'un délai de paiement est prévu par le marché, celui-ci ne peut excéder le délai fixé par voie réglementaire.

Article 29 : Avances

Les marchés passés par les autorités contractantes donnent lieu à des versements à titre d'avances, dans les conditions prévues par voie réglementaire.

Article 30 : Acomptes

Les marchés passés par les autorités contractantes donnent lieu à des versements à titre d'acomptes dans les conditions prévues par voie réglementaire, dès lors que les prestations ont commencé à être exécutées.

Le montant d'un acompte n' excède la valeur des prestations auxquelles il se rapporte.

Article 31 : Pénalités de retard - Intérêts moratoires

Le non-respect des délais d'exécution des marchés publics expose les titulaires à des pénalités de retard dont le taux est déterminé par voie réglementaire.

Le retard de paiement est constaté lorsque les sommes dues au titulaire du marché ou au sous-traitant, qui a rempli ses obligations légales et contractuelles, ne sont pas versées par l'autorité contractante à l'échéance prévue au marché ou à l' expiration du délai de paiement. Ce retard de paiement expose l'autorité contractante à des intérêts moratoires dont le taux est fixé par voie réglementaire.

Chapitre 3 : Garanties - Cessions - Nantissements

Article 32 : Garanties

Les marchés prévoient, au stade de la passation et de l'exécution, des garanties à la charge du soumissionnaire ou du titulaire sous la forme de garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par décret en conseil des ministres.

Article 33 : Cession - nantissement des créances

Le titulaire d'un marché peut céder la créance qu'il détient sur l'autorité contractante à un établissement de crédit de la zone Union économique et monétaire ouest africaine.

Le titulaire d'un marché peut nantir la créance qu'il détient sur l'autorité contractante auprès d'un établissement de crédit de la zone Union économique et monétaire ouest africaine.

Chapitre 4 : Contrôle de coûts

Article 34 : Contrôle du coût de revient des marchés

Les soumissionnaires, titulaires ou les sous-traitants à un marché passé sans mise en concurrence, fournissent à l' autorité contractante, si celle-ci en fait la demande, tous renseignements sur les éléments techniques et comptables de l' estimation du coût de revient des prestations qui font l'objet du marché.

Ils sont également tenus de présenter leurs bilans, comptes de résultat ainsi que leur comptabilité analytique et tous documents de nature à permettre l' établissement des coûts de revient.

La présente disposition s'applique aux marchés en cours d'exécution à la date de promulgation de la présente loi.

TITRE V: CONTENTIEUX RELATIF A LA PASSATION ET A L'EXECUTION DES MARCHES PUBLICS

Chapitre 1er : Contentieux de la passation

Section 1ère : Recours devant l'autorité contractante

Article 35 : Recours gracieux devant la personne responsable des marchés publics

Tout candidat ou soumissionnaire qui s' estime être injustement écarté des procédures de passation des marchés publics introduit un recours à l'encontre des procédures et décisions rendues à l'occasion de la procédure de passation qui lui causent préjudice ou lui font grief, devant la personne responsable des marchés publics.

Ce recours gracieux prend la forme de requête adressée par lettre recommandée avec accusé de réception ou par voie électronique, devant contenir les nom et adresse du demandeur, l'objet de la demande, l'exposé sommaire des motifs, l'énonciation et la communication des pièces que le requérant entend verser aux débats. La requête est affranchie d'un timbre fiscal.

Une ampliation de ce recours est faite à l'autorité de régulation de la commande publique à la diligence du requérant.

Ce recours a pour effet de suspendre la procédure jusqu'à la prise de décision définitive de la personne responsable des marchés publics ou, le cas échéant, de celle de l'autorité de régulation de la commande publique, conformément aux dispositions de l' article 38 de la présente loi.

Article 36 : Objet du recours

Le recours contre les procédures de passation des marchés publics porte notamment sur :

- le choix de la procédure de passation ou de sélection retenue ;
- la décision de pré-qualification ou d'établissement de la liste restreinte;
- les conditions de publication des avis ;
- les règles relatives à la participation des candidats, à leurs capacités et aux garanties exigées ;
- les spécifications techniques retenues ;
- les critères d'évaluation ;
- la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché public.

La décision d'annulation d'une procédure de passation par une autorité contractante est insusceptible de recours et ne peut donner lieu à indemnités ou à débours.

Dans tous les cas, le requérant invoque à l'appui de son recours une violation caractérisée de la réglementation des marchés publics.

Article 37 : Délai du recours

Le recours d'un candidat contre la procédure de passation d'un marché public est exercé au plus tôt à compter de la date de publication de l'avis d'appel à concurrence et au plus tard dix (10) jours calendaires précédant la date limite prévue pour le dépôt des offres ou des propositions.

Le recours d'un soumissionnaire contre les résultats de l'évaluation des offres ou propositions est exercé dans un délai de sept (7) jours calendaires à compter de la date de notification desdits résultats.

La personne responsable des marchés publics dispose d'un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la date de saisine du requérant pour rendre sa décision de poursuivre ou d'annuler la procédure de passation.

Section 2 : Recours devant l'autorité de régulation de la commande publique

Article 38 : Saisine de l'autorité de régulation de la commande publique

La décision rendue au titre de l'article 37 de la présente loi peut faire l'objet d'un recours devant l'autorité de régulation de la commande publique dans un délai de trois (3) jours ouvrables à compter de la date de sa notification au requérant. En l'absence de décision rendue par l'autorité contractante dans le délai spécifié au dernier alinéa de l' article 37 de la présente loi, le requérant peut également saisir l'autorité de régulation de la commande publique.

Ce recours peut être exercé dans les mêmes formes et suivant les mêmes motifs que ceux prévus à l'article 35 de la présente loi. Il est subordonné au paiement des frais d'enregistrement dont le montant est fixé par décision du conseil de régulation de l'autorité de régulation de la commande publique. Le non-paiement de ces frais entraîne l'irrecevabilité du recours.

La procédure devant l'autorité de régulation de la commande publique respecte les principes du contradictoire, d'équité et de transparence suivant les modalités définies par décret en conseil des ministres.

Dès réception du recours, l'autorité de régulation de la commande publique examine si celui-ci est recevable et, dans l'affirmative, ordonne, dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la date de sa saisine, la suspension de la procédure de passation du marché.

A la demande de l'autorité de régulation de la commande publique, les parties au litige sont tenues d'apporter leurs concours aux mesures d'instruction en fournissant les documents et les pièces indispensables à l'examen du recours et à la manifestation de la vérité dans les délais fixés par décret en conseil des ministres, à l'issue desquels l'autorité de régulation de la commande publique tire toute conséquence d'une abstention ou d' un refus.

L'autorité de régulation de la commande publique rend sa décision sur le fond dans un délai de sept (07) jours calendaires à compter de la date de réception de la documentation utile à l'instruction du recours ou quinze (15) jours calendaires en cas de nécessité d'investigations.

Les décisions de l'autorité de régulation de la commande publique sont immédiatement exécutoires. Elles sont notifiées aux requérants et publiées sur le portail de la commande publique.

Article 39 : Objet de la décision sur le fond de l'autorité de régulation de la commande publique

La décision de l'autorité de régulation de la commande publique a pour objet de déclarer le recours fondé ou non fondé.

Lorsqu'un recours est déclaré fondé, l'autorité de régulation de la commande publique ordonne la correction de la violation alléguée, soit par annulation de la décision d'attribution et la reprise de l'évaluation des offres, soit par annulation de la procédure de passation et sa reprise.

La personne responsable des marchés publics se conforme à la décision de l'autorité de régulation de la commande publique en prenant, sans délai, les mesures édictées, de nature à remédier aux irrégularités constatées.

Lorsqu'elle déclare un recours non fondé, l'autorité de régulation de la commande publique ordonne la mainlevée de la suspension et la poursuite de la procédure.

Article 40 : Recours contre la décision de l'autorité de régulation de la commande publique

La décision de l'autorité de régulation de la commande publique peut faire l'objet de la part de l'autorité contractante ou du candidat ou soumissionnaire, d'un recours dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la date de leur notification ou publication. Le recours ne suspend pas l'exécution de la décision sauf en cas de sursis à exécution prononcé par le juge saisi du recours.

Les décisions rendues par le comité de règlement des différends de l'autorité de régulation de la commande publique, statuant en formation litiges, peuvent donner lieu à un recours devant la juridiction compétente.

Les décisions nominatives prises par le comité de règlement des différends de l'autorité de régulation de la commande publique statuant en formation disciplinaire ainsi que ses décisions administratives de portée générale peuvent faire l'objet d'un recours en cassation auprès de la chambre administrative de la Cour Suprême.

Quelle que soit la nature de la décision attaquée, le recours est jugé dans un délai d'un (1) mois à partir de la date de dépôt de la requête.

En cas d'irrégularité ayant affecté la procédure de passation du marché public, la partie qui s'estime lésée introduit un recours indemnitaire en réparation du préjudice réellement subi devant la juridiction administrative compétente à l'exclusion de tout autre recours si elle établit que l'irrégularité est la cause directe ayant conduit à son éviction.

Article 41 : Différends entre entités administratives

L'autorité de régulation de la commande publique est également compétente pour statuer sur les différends qui opposent une ou plusieurs entités administratives de passation ou de contrôle des marchés publics. Elle est saisie dans un délai de cinq (5) jours ouvrables soit à compter de la date de la décision faisant grief, soit, dans ce même délai, en l'absence de réponse de l'entité administrative saisie d'une réclamation.

A l'issue de l'instruction du dossier, l'autorité de régulation de la commande publique rend sa décision sur le fond.

Article 42 : Saisine d'office de l'Autorité de régulation de la commande publique

Sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de ses missions ou de toute information communiquée par des autorités contractantes, des candidats, soumissionnaires ou des tiers, l'autorité de régulation de la commande publique peut se saisir d'office et statuer conformément aux dispositions de l'article 39 de la présente loi.

Chapitre 2: Contentieux de l'exécution des marchés publics

Article 43 : Recours amiable et médiation

Les parties aux marchés publics doivent, préalablement à toute saisine de l'autorité de régulation de la commande publique, rechercher un règlement amiable à leurs différends liés à l'exécution du marché.

Si les parties n'aboutissent pas à un règlement amiable quinze (15) jours calendaires suivant la demande de règlement amiable, l'autorité de régulation de la commande publique peut être saisie à la diligence de l'une des parties.

L'autorité de régulation de la commande publique dispose d'un délai de quinze (15) jours calendaires renouvelable une fois à compter de la date de sa saisine pour tenter de concilier les parties. Le comité de règlement des différends nomme un médiateur parmi ses membres.

En cas de succès de la médiation, il est dressé procès-verbal constatant l'existence d'un accord sur la base d'une déclaration conjointe des parties attestant de la conclusion d'un accord transactionnel qu'elles communiquent au comité du règlement des différends. Ce procès-verbal signé par le médiateur et les parties a force exécutoire.

En cas d'échec de la médiation, un procès-verbal de non conciliation est établi et les parties au contrat peuvent saisir l' organe juridictionnel compétent.

Le recours à l'autorité de régulation de la commande publique ou à tout autre organe de médiation ou juridictionnel n'est pas suspensif de l'exécution du marché.

Les documents et informations échangés dans le cadre de la procédure de règlement amiable sont strictement confidentiels et ne peuvent être communiqués et produits devant une juridiction arbitrale ou judiciaire ni faire l'objet d'une quelconque divulgation, sauf accord écrit entre les parties au marché.

Les procès-verbaux visés au présent article ne peuvent être divulgués que par l'accord écrit des parties.

Article 44 : Recours contentieux

Tout différend qui n'a pas été réglé à l'amiable dans les quinze (15) jours calendaires suivant la date d'introduction du recours auprès de l'autorité de régulation de la commande publique et en cas d'un renouvellement, peut être porté, conformément au droit et aux stipulations contractuelles applicables devant les instances de médiation ou les juridictions étatiques compétentes.

Article 45 : Juridiction compétente

La juridiction compétente en matière de règlement des différends liés à l'exécution des marchés publics est celle désignée dans le corps des contrats.

Le recours à l'arbitrage est interdit sauf lorsqu'il résulte d'obligations spécifiées dans les conventions de financement extérieur.

Article 46 : Saisine d'office de l'autorité de régulation de la commande publique

L'autorité de régulation de la commande publique, dans la phase d'exécution du marché, se saisit d'office lorsqu'il est constaté des violations de la réglementation en vigueur, non constitutives d'un litige contractuel entre l'autorité contractante et le titulaire du marché et faire injonction, avec ou sans astreinte, de respecter la règlementation concernée.

La décision rendue en application du présent article peut faire l'objet d'un recours en cassation suivant le régime prévu à l'article 40, alinéa 3 de la présente loi.

Ni l'injonction, ni le recours contre la décision de l'autorité de régulation de la commande publique la prononçant n'ont pour effet de suspendre l'exécution du marché.

TITRE VI : REGLES D'ETHIQUE, SANCTIONS DES VIOLATIONS COMMISES DANS LES MARCHES PUBLICS ET GOUVERNANCE

Chapitre 1 : Ethique, déontologie, alerte et signalement

Article 47 : Respect des règles d'éthique et de déontologie

Les acteurs publics et privés intervenant dans les procédures de passation, d'exécution, de contrôle, de règlement et de régulation des marchés publics, à quelque titre que ce soit, s'engagent à respecter les dispositions du code d'éthique et de déontologie défini par décret en conseil des ministres.

Les candidats, soumissionnaires ou titulaires et les agents publics intervenant dans la passation, le contrôle, l'exécution, le règlement ou la régulation des marchés publics s'engagent à remplir des formulaires de déclaration d'intérêt.

Les candidats et soumissionnaires à la procédure de passation d'un marché public prendront par écrit dans leur offre, l'engagement de n'accorder aucun paiement, avantage ou privilège à toute personne agissant comme intermédiaire ou agent en vue de l'obtention du marché.

Article 48 : Alerte et signalement

Toute personne physique ou morale peut signaler ou révéler, de manière désintéressée et de bonne foi, des informations qu'elle a des motifs raisonnables de croire véridiques au moment où elle procède à leur divulgation et qui portent sur des faits susceptibles de constituer une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, tels qu'une violation du droit national ou communautaire des marchés publics, un abus d'autorité, un gaspillage, une discrimination, une fraude ou une atteinte à l'environnement, la santé publique ou la sécurité publique.

Sont exclus du régime de l' alerte et de signalement, les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couvert par le secret de défense ou de sécurité nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client.

Le dossier d'alerte constitué d'éléments factuels de preuves (courriers, rapports, documents comptables) et de témoignages est transmis à l'autorité de régulation de la commande publique qui met en place un dispositif de protection des auteurs d'alerte et de traitement efficace des signalements dans le respect de la confidentialité.

Les agents publics et les salariés du secteur privé auteurs d' alerte, ne peuvent faire l'objet de sanctions liées au signalement ou à l'alerte qu'ils ont effectués.

Les dispositions, procédures et mesures de protection ainsi que la confidentialité des auteurs d'alertes et dénonciateurs de fraude et de corruption dans les marchés publics seront déterminées par voie réglementaire.

Chapitre 2 : Sanctions des violations commises en matière de marchés publics

Section 1 : Sanctions des violations commises par les candidats, soumissionnaires ou titulaires

Sous-Section 1 : Typologie des violations commises

Article 49 : Pratiques anticoncurrentielles

Est coupable de pratiques anticoncurrentielles, tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services qui a :

- procédé à des pratiques de collusion entre soumissionnaires afin d'établir les prix des offres à des niveaux artificiels et non concurrentiels et de priver l'autorité contractante des avantages d'une concurrence libre et ouverte ;
- participé à des pratiques visant, sur le plan technique, à instaurer un fractionnement du marché ou à influer sur le contenu du dossier d'appel à la concurrence ;
- eu recours à de la surfacturation et/ou à de la fausse facturation dûment établie ;
- tenté d'influer sur l'évaluation des offres ou sur les décisions d'attribution, y compris la proposition de tout paiement ou avantage indu ;
- fourni des informations ou des déclarations fausses ou mensongères, ou a fait usage d'informations confidentielles dans le cadre de la procédure d'appel à la concurrence ;
- fourni des preuves ou attestations de qualifications techniques ou financières délibérément inexactes ;
- participé à la conception ou à l'usage de documents frauduleux relatifs aux marchés publics ;
- sous-traité des prestations au-delà du taux fixé par la réglementation en vigueur ;
- participé pendant l'exécution du marché à des actes et pratiques frauduleuses préjudiciables aux intérêts de l'autorité contractante, contraires à la réglementation applicable en matière de marché public susceptibles d'affecter la qualité des prestations ou leur prix ainsi que les garanties dont bénéficie l'autorité contractante.

Article 50 : Pratiques délictuelles

Constituent des pratiques délictuelles, les faits constitutifs de corruption, de trafic d'influence, d'abus de fonction, de prise illégale d'intérêt, d'enrichissement illicite et d'infractions dans la passation des marchés publics tels que définis dans le code pénal.

Les dossiers d'appel à concurrence contiennent une information sur les pratiques délictuelles et anticoncurrentielles ainsi que l'obligation pour le soumissionnaire de se conformer aux dispositions nationales et aux engagements internationaux souscrits par le Togo en matière de respect des droits humains, de droit du travail, de droit de l' environnement, de droit de l'urbanisme et de la construction, de règles d'hygiène et de sécurité ou encore en matière d'égalité de genres.

Sous-Section 2 : Sanctions des violations

Article 51 : Sanctions des pratiques anti-concurrentielles

Sans préjudice des sanctions pénales prévues par les lois et règlements en vigueur, les sanct suivantes peuvent être prononcées et, selon le cas, de façon cumulative, à l'encontre de candidats, soumissionnaires et titulaires qui ont été reconnus coupables de pratiques a concurrentielles :

a) le rejet de l'offre du soumissionnaire dans le cadre de l'appel à la concurrence en cours ou l'annulation de la décision d'attribution, le cas échéant ;

b) l'établissement d'une régie ou la résiliation du marché aux torts, risques et frais du titulaire, selon le cas ;

c) la confiscation des garanties constituées par le contrevenant dans le cadre des procédures d'appel à la concurrence incriminées, dans l'hypothèse où elle n'aurait pas été prévue par le cahier des charges ;

d) l'exclusion de la concurrence pour une durée temporaire de trois (3) mois à cinq (5) ans en fonction de la gravité de la faute commise, y compris, en cas de collusion établie par l'autorité de régulation de la commande publique ;

e) le retrait de leur agrément et/ou de leur certificat de qualification ;

f) une sanction à caractère pécuniaire sous la forme d'une amende de dix millions (10 000 000) à deux cent millions (200 000 000) de francs CFA prononcés par l'autorité de régulation de la commande publique sans pour autant dépasser le montant prévisionnel du marché en cause ;

g) la restitution de l'avantage indu.

Article 52 : Sanctions des pratiques délictuelles

Sans préjudice des sanctions pénales encourues, les pratiques délictuelles visées à l'article 50 de la présente loi entraînent :

- le rejet de l'offre, l'annulation de l'attribution ou du marché et la confiscation de la garantie correspondante, au besoin par la saisie de la somme consignée, cette sanction étant considérée comme inscrite d'office à titre de clause pénale dans tout marché public;

- l'exclusion des marchés publics pour une durée de trois (3) à dix (10) ans et d'une amende de cinquante millions (50 000 000) à cinq cent millions (500 000 000) de francs CFA prononcés par l'autorité de régulation de la commande publique.

Les pratiques délictuelles entraînent de plein droit les sanctions prévues à l'article 51 b), c), e) et g) de la présente loi.

Section 2 : Sanctions des violations commises par les agents publics

Article 53 : Violations, irrégularités et manquements

Les fonctionnaires, agents publics ou privés des autorités contractantes engagent leur responsabilité personnelle pour les violations, irrégularités et manquements suivants :

- fractionnement des dépenses ;
- détention d'intérêts de nature à compromettre leur indépendance vis-à-vis d'une entreprise soumise au contrôle de leur administration ou en relation contractuelle avec celle-ci, qui ne se sont pas désistés au moment d'examiner les dossiers qui leur sont confiés ;
- conclusion de marchés avec des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services exclus de la participation des marchés publics ;
- dissimulation d'informations de nature à priver une personne ou une entité en droit de la connaître;
- intervention injustifiée dans l'exécution de marchés non approuvés par l'autorité compétente ;
- violations des dispositions du code d'éthique et de déontologie de la commande publique en vigueur;
- prise de décision par négligence coupable ou manifestement irrégulière ;

diffusion d'informations confidentielles.

Article 54 : Actes de corruption et pratiques frauduleuses

Les fonctionnaires, agents publics ou privés des autorités contractantes engagent leur responsabilité personnelle pour les faits constitutifs de pratiques délictuelles, tels que prévus à l'article 50 de la présente loi.

Article 55 : Sanctions des agents publics

Sans préjudice des sanctions disciplinaires et financières ou des poursuites pénales qui pourraient être exercées à leur encontre, les fonctionnaires, agents publics ou privés des autorités contractantes ayant violé la réglementation applicable en matière de marchés publics sont sanctionnés par l'autorité de régulation de la commande publique et selon les procédures applicables par une exclusion temporaire ou définitive de toute fonction relative au système de la commande publique. Si les faits de violation ont procuré un avantage indu à son auteur, ce dernier doit le restituer.

L'exclusion du système de la commande publique est prononcée par décision de l'autorité de régulation de la commande publique pour une durée de trois (3) mois à cinq (5) ans avec une amende de deux cent mille (200 000) à trois millions (3 000 000) de francs CFA, pour les violations prévues à l'article 53 de la présente loi.

L'exclusion du système de la commande publique est prononcée par décision de l'autorité de régulation de la commande publique pour une durée de cinq (5) ans à l' exclusion définitive

avec une amende de cinq cent mille (500 000) à cinq millions (5 000 000) de francs CFA et la restitution des avantages indus, pour les violations prévues à l'article 54 de la présente loi.

L'autorité de régulation de la commande publique saisit les autorités hiérarchiques, ainsi que les juridictions judiciaires et financières compétentes des actes susceptibles de constituer des fautes disciplinaires, des infractions financières ou pénales commis par les agents publics, à l'occasion de la passation et de l'exécution ainsi que du contrôle et de la régulation des marchés publics.

Article 56 : Sort des contrats obtenus au moyen de pratiques frauduleuses

Tout contrat conclu, ou renouvelé au moyen de pratiques frauduleuses ou d'actes de corruption avérés, ou à l'occasion de l'exécution duquel des pratiques frauduleuses et des actes de corruption ont été perpétrés, peut être entaché de nullité ou faire l'objet d'une résiliation.

Tout contrat conclu en violation des avis des organes de contrôle a priori des marchés publics ou ses structures déconcentrées et des décisions prises par l'autorité de régulation de la commande publique peut également être frappé de nullité ou faire l'objet d'une résiliation.

Article 57 : Publication des sanctions - Programme de clémence

L'autorité de régulation de la commande publique établit périodiquement une liste des personnes physiques et morales exclues de toute participation à la commande publique. Cette liste est régulièrement mise à jour, distribuée aux autorités contractantes et publiée sur le portail de la commande publique, dans le journal des marchés publics et/ou sur tout autre support d'information accessible.

L'autorité de régulation de la commande publique peut établir un programme de clémence qui consiste à accorder un traitement favorable et dans certaines conditions, aux entreprises qui l'aident à découvrir et à sanctionner des pratiques frauduleuses ou corruptives intervenues dans les marchés publics. Les modalités de ce programme de clémence sont précisées dans un manuel de procédures établi par le conseil de régulation.

Chapitre 3 : Observatoire économique de la commande publique

Article 58 : Missions de l'observatoire économique de la commande publique

Un observatoire économique de la commande publique placé auprès de l'autorité de régulation de la commande publique rassemble et analyse les données relatives aux aspects économiques et techniques de la commande publique.

L'observatoire économique de la commande publique effectue, chaque année, sur la base des informations transmises par la direction nationale du contrôle de la commande publique et l'autorité de régulation de la commande publique, un recensement économique des contrats de la commande publique dans des conditions fixées par voie réglementaire.

A cet effet, il fait notamment appel, en tant que de besoin, aux services compétents de l'Etat en matière d'enquêtes statistiques et peut utiliser les données présentes dans les systèmes d'informations comptables publics.

L'observatoire économique de la commande publique constitue une instance de concertation et d'échanges d'informations entre les opérateurs économiques, les autorités contractantes, les organisations de la société civile et contribue à la diffusion des bonnes pratiques. Il a pour mission de rendre disponibles et plus accessibles les informations collectées auprès des différents acteurs de la commande publique.

La composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement de l'observatoire économique de la commande publique sont déterminées par voie réglementaire.

Article 59 : Recensement économique

Les autorités contractantes communiquent, chaque année, les données contribuant au recensement économique des marchés publics, dans des conditions prévues par voie réglementaire.

Le recensement économique des contrats relevant de la commande publique vise à fournir à l'ensemble des décideurs publics des indicateurs de pilotage nécessaires à l' appréciation de l'impact des politiques publiques sur l'évolution de l'accès des très petites, petites et moyennes entreprises à la commande publique et à une meilleure gestion des deniers publics.

La transmission des données relatives à la passation, à l'exécution et au règlement des contrats de la commande publique s'effectue par un système informatisé ou par une fiche de déclaration mis à la disposition des autorités contractantes par l'autorité de régulation de la commande publique.

TITRE VII : DEMATERIALISATION DES MARCHES PUBLICS

Article 60 : Dématérialisation

Les autorités contractantes peuvent dérouler les procédures de passation, d'exécution, de règlement et de gestion du contentieux des marchés publics à travers des moyens de communication électronique dans le respect des principes de confidentialité et de sécurité des transactions.

Les moyens de communication électronique utilisés pour la réception des candidatures, des offres, des demandes de participation, ainsi que des plans et projets garantissent au moins :

- la détermination de l'identité de l'autorité contractante et du soumissionnaire ;
- l'intégrité des données ;
- la détermination précise de l'heure et de la date exactes de réception ;

- l'accès aux données, dans la gestion des droits, aux seules personnes autorisées, lors des différents stades de la procédure de passation des marchés publics.

Les violations ou tentatives de violation de ces exigences minimales sont détectables en fonction des possibilités techniques et sanctionnées conformément à la réglementation en vigueur.

Les modalités de mise en œuvre de la dématérialisation des procédures de passation, d'exécution, de règlement et de gestion du contentieux des marchés publics sont déterminées par décret en conseil des ministres et respectent la réglementation en vigueur concernant la protection des données personnelles, les transactions électroniques, la signature et l'archivage électroniques et notamment l'ensemble des dispositions de la loi relative aux transactions électroniques.

Article 61 : Communications par voie électronique

Les communications et les échanges d'informations effectués dans le cadre de la procédure de passation, d'exécution, de contrôle et de régulation d'un marché public peuvent être réalisés par des moyens de communication électronique, selon des modalités définies par voie réglementaire.

Ces moyens ainsi que leurs caractéristiques techniques ne doivent pas être discriminatoires et restreindre l'accès de candidats à la procédure de passation.
Ils sont communément disponibles et compatibles avec les technologies de l'information et de la communication généralement utilisées.

Article 62 : Confidentialité

L'autorité contractante ne peut communiquer les informations confidentielles dont elle a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les soumissionnaires, telle que la communication en cours de procédure du montant total ou du prix détaillé des offres.

Toutefois, l'autorité contractante peut demander aux soumissionnaires de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées.

L'autorité contractante impose aux soumissionnaires des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'ils communiquent dans le cadre de la procédure de passation d'un marché.

Article 63 : Coopération internationale

L'autorité de régulation de la commande publique peut adresser, à la demande de la commission de l'Union économique et monétaire ouest africaine, des informations relatives aux marchés publics passés en application de la présente loi.

TITRE VIII : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

Article 64 : Sort des marchés publics notifiés avant l'entrée en vigueur de la présente loi

Les marchés publics notifiés antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la présente loi demeurent régis, pour leur exécution, par les dispositions qui étaient applicables au moment de leur approbation.

Les procédures de passation des marchés publics pour lesquelles les offres des soumissionnaires ont été reçues par l'autorité contractante avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent régies, pour leur passation, par les dispositions légales applicables au moment de leur réception. Leur exécution obéit aux mêmes dispositions.

Article 65 : Modalités d'application

Des actes réglementaires déterminent les modalités d'application de la présente loi.

Article 66 : Abrogation des dispositions antérieures

Sont abrogées toutes les dispositions antérieures contraires à la présente loi, notamment la loi n°2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public.

Article 67 : Dispositions transitoires

Les organes de passation, de contrôle et de régulation des marchés publics créés par la loi n°2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics poursuivent l'exercice de leurs missions jusqu'à la mise en place des organes de passation, de contrôle et de régulation créés par la présente loi.

Article 68 : Exécution

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Lomé, le 31 DEC 2021

Le Président de la République

SIGNE

Faure Essozimna GNASSINGBE

Le Premier ministre

SIGNE

Victoire Sidémého TOMEGAH-DOGBE

Pour ampliation
Le Secrétaire général
de la Présidence de la République

Ablamba Ahoéfavi JOHNSON

LES DECRETS

DECRET N° 2022 - 080/PR
PORTANT CODE DES MARCHES PUBLICS

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE,

Sur le rapport du ministre de l'économie et des finances ;

Vu la Constitution du 14 octobre 1992 ;

Vu le Traité du 17 octobre 1993 modifié par le Traité du 17 octobre 2008 relatif à l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) et ses différents Actes Uniformes ;

Vu le Traité du 10 janvier 1994 modifié par le Traité du 29 janvier 2003 de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la directive n° 01/2009/CMUEMOA du 27 mars 2009 portant code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la directive n° 04/2012/CM/UEMOA du 28 septembre 2012 relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public au sein de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la loi organique n° 2014-013 du 27 juin 2014 relative aux lois de finances ;

Vu la loi organique n° 2021-025 du 1er décembre 2021 portant organisation, attributions et fonctionnement de la cour des comptes et des cours régionales ;

Vu la loi n° 90-26 du 4 décembre 1990 portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques ;

Vu la loi n° 2007-011 du 13 mars 2007 relative à la décentralisation et aux libertés locales, modifiée par la loi n° 2018-003 du 31 janvier 2018 et la loi n° 2019-006 du 26 juin 2019 ;

Vu la loi n° 2014-009 du 11 juin 2014 portant code de transparence dans la gestion des finances publiques ;

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

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

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

Vu le décret n° 2017-112/PR du 20 septembre 2017 fixant les attributions du ministre et portant organisation et fonctionnement du ministère de l'économie et des finances ;

Vu le décret n° 2018-1711PR du 22 novembre 2018 portant adoption des seuils de passation, de publication, de contrôle et d'approbation des marchés publics et des procédures de sollicitation de prix ;

Vu le décret n° 2019-098/PR du 08 juillet 2019 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage public déléguée et de la maîtrise d'œuvre en République togolaise ;

Vu le décret n° 2019-0971PR du 08 juillet 2019 portant code d'éthique et de déontologie dans la commande publique ;

Vu le décret n° 2020-0761PR du 28 septembre 2020 portant nomination du Premier ministre ;

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

Le conseil des ministres entendu ;

DECRETE :

TITRE I : DISPOSITIONS GENERALES

CHAPITRE 1ER : DEFINITIONS

Article 1er : Définitions

Aux termes du présent décret, on entend par :

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

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

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

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

• l'Etat ;

• les collectivités territoriales ;

• les établissements publics à caractère administratif, créés par l'Etat ou les collectivités territoriales :

• les entreprises publiques dont le capital est totalement ou majoritairement détenu par l'Etat ou une autre personne morale de droit public :

• les associations formées par une ou plusieurs personnes morales de droit public précitées ;

• les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat ou d'une des personnes morales de droit public susvisées ;

• les personnes morales de droit privé, ou des sociétés d'économie mixte, dont les marchés à passer bénéficient du concours financier ou de la garantie de l'Etat ou d'une des personnes morales de droit public susmentionnées.

- **autorité de régulation de la commande publique :** organe de régulation indépendante du système de la commande publique, dotée de la personnalité juridique et jouissant de l'autonomie de gestion administrative et financière ;

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

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

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

- **maître d'ouvrage délégué :** personne morale de droit public ou de droit privé qui reçoit, du maître d'ouvrage, délégation de tout ou partie des attributions ; la délégation revêt la forme d'un mandat confié à un tiers elle fait l'objet d'une convention de maîtrise d'ouvrage déléguée ;

- **marché public :** contrat écrit, sur support papier ou électronique, conclu par une ou plusieurs autorités contractantes avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ;

- **mécanisme de qualification et de classification des entreprises :** mécanisme de qualification et de classification des bureaux d'études, de contrôle, de laboratoires et entreprises d'exécution opérant dans le secteur du bâtiment et des travaux publics, établi par un organisme officiel de l'Etat sur la base de leurs capacités à exercer cette activité. Sont prises en compte, la situation économique, les références des prestations directement exécutées par le prestataire avec ses propres personnel et matériel, ou par l'intermédiaire d'un sous-traitant.

- **montant du marché :** montant total des charges et rémunérations des prestations faisant l'objet du marché, sous réserve de toute addition ou déduction qui pourrait y être apportée en vertu des stipulations dudit marché ;

- **moyen électronique :** procédé qui permet l'utilisation, d'une part des équipements électroniques de traitement et de stockage de données, y compris la compression numérique, et d'autre part la diffusion, l'acheminement et la réception par fils, radio, moyens optiques et autres moyens électromagnétiques. Un moyen électronique utilisé par une autorité contractante doit répondre à des exigences de sécurité, d'interopérabilité et d'accessibilité minimales ;

- **nantissement :** affectation d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs, en garantie d'une ou plusieurs créances présentes ou futures à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables ;

- **offre :** ensemble des éléments techniques et financiers inclus dans le dossier de soumission ;

- **offre économiquement la plus avantageuse :** offre conforme aux spécifications techniques, évaluée économiquement la plus avantageuse, et dont le soumissionnaire satisfait aux critères objectifs de qualification et d'attribution financier et qualitatif préalablement portés à la connaissance des candidats dans le dossier d'appel à concurrence et exprimés sous forme de pondération en vue de retenir l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix, le prix comptant pour au moins la moitié du rapport.

- **offre spontanée :** offre relative à la fourniture de biens, à la prestation de services et à la réalisation de travaux, notamment dans le cadre de marché clé en main assorti d'un montage financier, qui n'est soumise en réponse ni à un appel à concurrence, ni à une sollicitation par entente directe.

- **ordre de service :** document établi par l'autorité contractante ou son représentant notifiant au titulaire du marché toute instruction en relation avec l'exécution du marché ;

- **organisme de droit public :** organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général doté de la personnalité juridique et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

- **opération de travaux publics :** ensemble de travaux caractérisés par son unité fonctionnelle, technique, économique ou comptable que le maître de l'ouvrage prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limités ; la délimitation d'une catégorie homogène de travaux ne doit pas avoir pour effet de soustraire les marchés des règles qui leur sont applicables en vertu des dispositions du présent décret ;

- **ouvrage :** résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ; il peut comprendre, notamment des opérations de construction, de reconstruction, de démolition, de réparation ou rénovation, telle que la préparation du chantier, les travaux de terrassement, la construction, l'installation d'équipement ou de matériel, la décoration et la finition ainsi que les services accessoires aux travaux, si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des travaux eux-mêmes ;

- **personne responsable des marchés publics :** personne chargée au sein de l'autorité contractante de la conduite des procédures de passation et d'exécution des marchés publics ;

- **plateforme de dématérialisation :** infrastructure électronique répondant à des exigences de sécurité, d'interopérabilité et d'accessibilité mise à disposition par l'Etat et accessible librement par voie électronique qui permet, notamment de mettre à disposition des opérateurs économiques par voie électronique les documents du dossier d'appel à la concurrence et les avis d'appel à la concurrence et, le cas échéant, de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et de correspondre avec ces derniers.

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

- **prestations :** tous travaux, toutes fournitures, tous services ou toutes œuvres intellectuelles à exécuter ou à fournir conformément à l'objet d'un marché ;

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

- **pré qualification :** phase de sélection à l'issue de laquelle sont retenues les personnes qui peuvent soumissionner à un appel d'offres sur la base de critères objectifs préétablis ;

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

- **seuil :** montant prévisionnel à partir duquel certaines formalités doivent être observées par les acteurs du système de passation des marchés publics, Il peut s'agir de :

- **seuil de publication :** montant prévisionnel du marché à partir duquel l'autorité contractante est tenue de respecter les obligations de publicité ;

- **seuil de passation :** montant prévisionnel à partir duquel l'autorité contractante est tenue de procéder à un appel d'offres ouvert ;

- **seuil de contrôle a priori :** montant prévisionnel à partir duquel le contrôle a priori de l'organe national chargé du contrôle des marchés publics est requis ;

- **seuil d'approbation des marchés publics :** montant du marché à partir duquel la compétence de l'approbation des marchés de l'administration publique est répartie entre les ministres sectoriels et le ministre chargé des finances.

- **société civile :** ensemble des organisations non gouvernementales (ONG), des associations socio-professionnelles, des communautés religieuses, de la chefferie traditionnelle, des associations syndicales, des fondations, des associations de développement.

- **soumissionnaire :** toute personne physique ou morale qui remet une soumission en vue de l'attribution d'un marché ;

- **sous-traitance :** l'opération par laquelle un titulaire d'un marché confie, sous sa responsabilité, à une autre personne morale ou physique appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'autorité contractante.

- **support physique électronique :** tout support physique, tel un CD-ROM, clé USB (Universal Serial Bus) ou tout autre support matériel sur lequel peut être enregistré un document électronique ; il n'est pas connecté à un réseau et il est indépendant de l'équipement informatique des utilisateurs qui l'échangent entre eux de manière manuelle ;

- **termes de référence :** document, qui fait partie du dossier de consultation et des pièces du marché, établi par l'autorité contractante dans le cadre de la passation d'un marché de prestations intellectuelles et qui définit les exigences qu'elle requiert y compris les méthodes à utiliser et moyens à mettre en œuvre, ainsi que les résultats qu'elle escompte ;

- **termes monétaires :** expression de l'ensemble des critères d'une offre soumise à évaluation et qui peut faire l'objet d'une conversion sous la forme d'un pourcentage de son prix ;

- **titulaire :** personne physique ou morale, attributaire, dont le marché conclu avec une autorité contractante, a été approuvé par l'autorité compétente.

CHAPITRE 2 : OBJET, PRINCIPES ET SEUILS

Article 2 : Objet

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

Article 3 : Principes

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

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

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

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

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

Article 4 : Marchés sur financement extérieur

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

Article 5 : Détermination des seuils d'application des procédures

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CHAPITRE 1ER : ORGANES DE PASSATION

Section 1 : Personne responsable des marchés publics

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Section 2 : Cellule de gestion des marchés publics

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A ce titre, elle est chargée plus particulièrement de :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Section 3 : Les groupements de commandes

Article 10 : Mécanisme des groupements d'achats

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dans ce cas, le titulaire peut soit :

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

CHAPITRE 2 : ORGANES DE CONTROLE ET DE REGULATION

Article 11 : Fonctions de contrôle et de régulation

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

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

Section 1ère : Organes chargés du contrôle des marchés publics

Article 12 : Direction nationale du contrôle de la commande publique

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

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

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

Article 13 : Commission de contrôle des marchés publics

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Section 2 : Organe chargé de la régulation des marchés publics

Article 14 : Autorité de régulation de la commande publique

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

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

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

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

Article 15 : Autorité signataire

Le pouvoir de signer un marché public appartient à l'autorité qui a la qualité requise pour représenter la personne morale pour le compte de laquelle le marché est conclu.
La signature et l'approbation des marchés publics ne peuvent en aucun cas être le fait de la même personne quelle que soit l'autorité contractante.

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

Article 16 : Autorités approbatrices

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

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

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

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

TITRE III : PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

CHAPITRE 1ER : PREPARATION DE LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Section 1ère : Détermination des besoins, planification et définition des prestations

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

Article 17 : Détermination des besoins à satisfaire

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<u>Article 18</u> : Planification de la passation des marchés publics

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sous-section 2 : Définition des prestations

Article 20 : Allotissement

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

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

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

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

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

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

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

Article 21 : Normes, agréments et spécifications techniques

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

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

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

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

Il ne peut être dérogé à ces règles que :

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

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

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

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

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

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

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

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

- les pièces constitutives du futur marché, notamment les données particulières, les formulaires de garanties, le cahier des prescriptions techniques, le cahier des clauses administratives générales, le cahier des clauses techniques générales, les termes de référence, les caractéristiques techniques, et toutes autres pièces requises en fonction de l'objet du marché ;

- les informations communiquées par l'autorité contractante à titre indicatif en vue de faciliter l'établissement de leurs offres par les candidats, à savoir les instructions aux candidats, les formulaires de soumission, qui ne sont pas des pièces constitutives du marché, notamment la présentation et la constitution des offres, les critères d'évaluation, les conditions de rejet des offres, les procédures d'attribution ;

- les indications relatives au moyen de communication et d'échanges d'informations applicables à la procédure d'appel à la concurrence, notamment les échanges avec les candidats, le mode de transmission des candidatures, des offres ou propositions et qui est déterminé par l'autorité contractante en application des articles 79 et 80 du présent décret. Ces indications sont facultatives sauf si elles sont préalablement indiquées dans l'avis d'appel à la concurrence.

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

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

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

- par voie électronique, sur une plateforme de dématérialisation définie à l'article 1er du présent décret. Chaque candidat pourra consulter et télécharger en accès gratuit, libre, direct et complet les documents du dossier d'appel à la concurrence ;

- par support papier ou par supports physiques électroniques à chaque candidat qui en fait la demande contre paiement des frais afférents dont le barème est fixé par l'autorité de régulation de la commande publique qui peut, à la demande de l'autorité contractante, autoriser sa délivrance à titre gratuit. Sa consultation est libre.

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

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

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

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

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

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

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

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

Section 3 : Documents constitutifs du marché

Article 24 ; Forme et pièces constitutives du marché

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

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

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

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

Article 25 : Cahiers des charges

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

Ils comprennent notamment :

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

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

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

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

Article 26 : Mentions essentielles du marché

Le marché comporte les mentions obligatoires suivantes :

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

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

Le marché peut également comporter les mentions relatives :

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

Article 27 : Usage de la langue française

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

Section 4 : Prix des marchés

Article 28 : Contenu et caractère général des prix

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

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

Article 29 : Nature des prix des marchés

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

Article 30 : Définition de la nature des prix

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 32 : Décomposition des prix

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

Article 33 : Prix ferme et prix révisable

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 34 : Actualisation des prix

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

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

Article 35 : Conditions de participation aux marchés publics

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

Article 36 : Interdictions de soumissionner

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

a) qui ne se sont pas acquittées de leurs droits, taxes, impôts, cotisations, contributions, redevances ou prélèvements de quelque nature que ce soit. ou à défaut, ne peuvent justifier par un document de l'administration concernée du respect de leurs obligations en matière fiscale et sociale ;

b) qui font l'objet de procédure de redressement judiciaire, sauf à avoir été dûment autorisées à poursuivre leurs activités par les organes de la procédure ;

c) qui sont en état de liquidation des biens ;

d) qui sont en situation de faillite personnelle ou condamnés pour banqueroute ;

e) qui sont frappées de l'une des interdictions ou de déchéances prévues par les textes en vigueur, notamment le code pénal ;

f) qui sont liées aux consultants ayant contribué à préparer tout ou partie des dossiers d'appel à la concurrence ;

g) dont les marchés antérieurs ont été résiliés au cours des deux (2) dernières années auprès de l'autorité contractante suite à des défaillances constatées ;

h) dans lesquelles l'un des membres des organes de passation, de contrôle ou d'approbation, ayant eu à connaître de la procédure, possède des intérêts financiers ou personnels de nature à compromettre la transparence et l'intégrité des procédures de passation des marchés publics ;

i) qui ont été reconnues coupables de violations ou d'infractions à la réglementation des marchés publics ou qui ont été exclues des procédures de passation des marchés publics par une décision de l'autorité de régulation de la commande publique, une décision de justice définitive ou une décision d'un bailleur pour les financements extérieurs ;

j) qui sont ressortissantes d'un Etat faisant l'objet de mesures restrictives en matière de commerce international reconnues par la République togolaise.

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

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

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

Article 37 : Justification des capacités techniques

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

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

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

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

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

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

Article 38 : Justification des capacités économiques et financières

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

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

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

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

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

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

Article 39 : Modalités de qualification et de classification des candidats

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

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

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

Article 40 : Groupements d'entreprises

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 41 : Sous-traitance

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

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

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

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

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

a) Dans le cas où la demande de sous-traitance intervient au moment de l'offre ou de la soumission, le candidat doit, dans ladite offre ou soumission, fournir à l'autorité contractante une déclaration mentionnant :
   - la nature des prestations dont la sous-traitance est prévue ;
   - le nom, la raison ou la dénomination sociale, l'adresse et les références techniques du sous-traitant proposé :
   - le montant prévisionnel des sommes à payer directement aux sous-traitants ;
   - les modalités de règlement de cette somme ;
   - les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, celle de révision des prix.

b) Dans le cas où la demande est présentée après la conclusion du marché, le titulaire de celui-ci, soit remet contre récépissé à l'autorité contractante, soit lui adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout mode de transmission par voie électronique avec accusé de réception, une déclaration spéciale contenant les renseignements susmentionnés.

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

CHAPITRE 2 : PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Section 1ère : Typologie des marchés et accords-cadres

Sous-Section 1 : Marchés classiques

Article 43 : Marché de travaux

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

Article 44 : Marché de fournitures

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

Article 45 : Marché de services

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

Article 46 : Marché mixte

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

Sous-Section 2 : Marchés de type particulier

Article 47 : Marchés à commandes

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

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

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

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

Article 48 : Marchés de clientèle

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

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

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

Article 49 : Marchés à tranches

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

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

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

Article 50 : Marché sur dépenses contrôlées

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 52 : Marché d'innovation

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sous-Section 3 : Accords-cadres

Article 53 : Dispositions générales et modalités de recours

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 55 : Marchés subséquents de l'accord-cadre

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CHAPITRE 3 : MODES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Article 57 : Règles applicables

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Section 1ère : Appel d'offres et ses dérivés

Sous- section 1 : Appel d'offres

Article 58 : Définition

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

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

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

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

Article 59 : Appel d'offres ouvert

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

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

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

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

- la réglementation régissant l'appel d'offres.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 61 : Appel d'offres ouvert en deux étapes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 62 : Appel d'offres restreint

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

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

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

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

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

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

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

Article 63 : Appel d'offres avec concours

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

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

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

Le concours peut être ouvert ou restreint.

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

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

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

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

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

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

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

Les projets des soumissionnaires concurrents non retenus leur sont restitués.

Section 2 : Autres modes de passation

Article 65 : Sollicitation de prix

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

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

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

Article 66 : Dialogue compétitif

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Section 3 : Marchés de prestations intellectuelles

Article 67 : Procédures de sélection

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 68 : Méthodes de sélection

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

- **Sélection au moindre coût (SMC)**

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

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

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

La méthode basée sur un budget déterminé met en concurrence des cabinets de consultants présélectionnés. Le choix du cabinet retenu prend en compte la qualité de la proposition technique et le coût des services.
Dans la demande de proposition, le coût des services est indiqué sous la forme d'un budget déterminé.

Cette méthode est indiquée lorsque :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<u>Article 69</u> : Contenu des contrats et propriétés intellectuelles

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

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

L'autorité contractante s'engage à considérer les méthodes et le savoir-faire du consultant comme confidentiels sauf si ces méthodes et ce savoir-faire sont compris dans l'objet du marché.
Les titres protégeant les inventions faites à l'occasion de l'exécution du marché de prestations intellectuelles ne peuvent être opposés à l'autorité contractante pour l'utilisation des prestations.

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

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

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

Article 70 : Sélection de consultants individuels

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

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

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

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

- la formation.

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

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

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

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

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

Article 71 : Négociation des marchés de prestations intellectuelles

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

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

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

Article 72 : Dispositions spécifiques aux manifestations d'Intérêt

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 73 : Marchés par entente directe

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

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

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

Article 74 : Autorisation préalable

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

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

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

Article 75 : Marchés de défense et de sécurité nationales

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

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

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

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

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

<u>Article 76</u> : Procédure des offres spontanées

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<u>Article 77</u> : Contrôle des prix

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

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

CHAPITRE 4 - REGLES GENERALES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Section 1ère : Publicité, moyens de communication et modalités de réception des offres

Article 78 : Obligation de publicité

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 79 : Moyens de communication

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

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

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

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

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

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

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

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

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

L'autorité contractante, dans les conditions définies aux articles 62 et 83 du présent décret, autorise les transmissions par les candidats des candidatures, des offres ou propositions soit :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 82 : Présentation des candidatures, des offres ou propositions

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Les candidats respectent les consignes indiquées.

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 83 : Réception des offres ou propositions

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

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

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

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

Section 3 : Ouverture des offres ou propositions

Article 84 : Ouverture des offres

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 85 : Appel d'offres infructueux

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

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

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

Article 86 : Procédure sans suite

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

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

Section 4 : Procédure et critères d'évaluation des offres

Article 87 : Procédure d'évaluation des offres

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 88 : Critères d'évaluation des offres

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

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

a) le prix, éventuellement corrigé, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'article 92 du présent décret, à condition que le marché public ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à un autre ;

b) le prix ou le coût, déterminé selon une approche globale pouvant prendre en compte les éléments exprimés en termes monétaires et notamment ceux relatifs au coût du cycle de vie. Il s'agit de :

- l'utilisation, l'entretien et la réparation des ouvrages ou des biens ;
- le rendement et la compatibilité du matériel ;
- les conditions de livraison ;
- le service après-vente et de l'assistance technique ;
- la possibilité de se procurer des pièces de rechange ;
- le délai d'achèvement des travaux, de livraison des fournitures ou de prestation des services ;
- les conditions de paiement et des conditions de garantie des travaux, fournitures ou services ;
- la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques fonctionnelles des travaux ou des biens ainsi que leur adaptation aux conditions locales ;
- la sécurité des approvisionnements, de l'interopérabilité et des caractéristiques opérationnelles ;
- le caractère innovant ;
- les avantages et performances réunis en termes de sécurité des biens ou services acquis et de protection de l'environnement ;
- l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public ;
- les conditions de production et de commercialisation ;
- les garanties de la rémunération équitable des producteurs, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture ;

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

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

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

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

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

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

- elle se fonde sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoire. En particulier, lorsqu'elle n'a pas été prévue pour une application répétée ou continue, elle ne favorise, ni ne défavorise indûment certains opérateurs économiques ;
- elle est accessible à toutes les parties intéressées ;
- elle implique que les données requises puissent être fournies moyennant un effort raisonnable consenti par des opérateurs économiques normalement diligents ;

c) l'évaluation pondérée, suivant laquelle chacune des offres techniques et financières est évaluée séparément et reçoit une note. La note pondérée de chacune des deux (2) offres est additionnée et donne lieu à la note combinée.

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

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

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

Article 89 : Evaluatlon des variantes

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

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

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

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

Article 90 : Traitement des offres anormalement basses

Les autorités contractantes veillent à détecter les offres anormalement basses.

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 91 : Annulation de la procédure

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

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

Article 92 : Droit et marge de préférence

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

Article 93 : Conditions d'application de la préférence

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Section 5 : Attribution des marchés publics

Article 94 : Procès-verbal d'attribution

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

- le ou les soumissionnaires retenus ;

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

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

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

Article 95 : Information des soumissionnaires

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

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

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

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

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

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

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

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

Section 6 : Signature, approbation et notification du marché

Article 96 : Prohibition de négociations

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

Article 97 : Signature du marché

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

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

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

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

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

Article 98 : Approbation des marchés publics

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 99 : Notification du marché

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

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

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

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

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

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

Article 100 : Entrée en vigueur

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

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

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

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

TITRE IV : EXECUTION ET REGLEMENT DES MARCHES PUBLICS

CHAPITRE 1ER : EXECUTION DES MARCHES PUBLICS

Section 1ère : Dispositions générales

Article 101 : Principes

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

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

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

Article 102 : Ordres de service

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

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

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

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

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

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

Article 103 : Archivage des documents relatifs aux marchés publics

Les acteurs des marchés publics, notamment les autorités contractantes, la direction nationale du contrôle de la commande publique et l'autorité de régulation de la commande publique, prennent les dispositions idoines pour assurer, par les méthodes modernes, l'archivage de tous les documents reçus à toutes les phases de passation et d'exécution des marchés publics.

Pour les documents transmis par la voie électronique, les autorités contractantes peuvent mettre en place des méthodes d'archivage électronique prescrites dans la loi relative aux transactions électroniques.

Les responsabilités, les modalités et procédures de classement et d'archivage physique et électronique ainsi que les délais de conservation et les conditions d'accès des documents et données non comptables relatifs à la passation et à l'exécution des marchés publics sont définis par la réglementation en vigueur.

Article 104 : Conservation des documents comptables des marchés publics

L'autorité contractante ainsi que les autres acteurs des marchés publics sont tenus de conserver les documents relatifs aux marchés publics pour une durée de dix (10) ans à compter de la date de réception définitive des prestations.

Le titulaire du marché est tenu d'ouvrir et de tenir à jour un document comptable spécifique au marché qui fait ressortir les différentes sources de financement, les états des sommes facturées et des sommes réglées, ainsi qu'un état des déclarations fiscales et douanières relatives au marché.

L'autorité contractante ou le cas échéant, l'autorité de régulation de la commande publique peut accéder, aux fins de vérification, au document comptable visé à l'alinéa ci-dessus, jusqu'à l'expiration du délai prévu à l'alinéa 1er du présent article.

Article 105 : Obligations comptables du titulaire du marché

La comptabilité du titulaire du marché doit retracer les opérations qui se rapportent au marché de la manière suivante :

- les dépenses afférentes aux approvisionnements, à l'acquisition de matériaux, de matières premières ou d'objets fabriqués destinés à entrer dans la composition du marché ;
- les frais relatifs à la main d'œuvre exclusivement employée ainsi que toutes autres charges ou dépenses individualisées ;
- le bordereau des quantités exécutées ou des fournitures livrées.

Section 2 : Suivi de l'exécution du marché

Article 106 : Contrôle de l'exécution

Tout marché public fait l'objet de supervision, de contrôle, de suivi et de surveillance de son exécution administrative, technique et financière suivant les modalités fixées dans le cahier des charges.

Les organisations de la société civile dûment établies en République togolaise peuvent, sous la responsabilité des autorités contractantes, être autorisées à effectuer un contrôle citoyen en vue de s'assurer du respect par les titulaires de marchés publics des clauses sociales et environnementales.

Article 107 : Obligations sociales et de sauvegarde environnementale

Les soumissionnaires s'engagent dans leurs candidatures, offres ou propositions, à se conformer à toutes dispositions législatives, réglementaires ou résultant des conventions

collectives relatives, notamment aux salaires, aux conditions de travail, d'hygiène et de sécurité, de bien-être des travailleurs et de sauvegarde environnementale. Ils s'engagent à prohiber le travail forcé, le travail des enfants mineurs, les violences basées sur le genre ainsi que les exploitations sexuelles.

Les manquements aux obligations ci-dessus peuvent donner lieu à la disqualification du titulaire ou de ses sous-traitants éventuels des procédures de passation des marchés publics ultérieures.

Les titulaires demeurent garants de l'observation des clauses sociales et environnementales du marché et responsables de leur application par tout sous-traitant.

Article 108 : Organes chargés du contrôle de l'exécution des marchés

Sans préjudice des dispositions législatives et réglementaires relatives au contrôle des dépenses applicables aux autorités contractantes, le contrôle de l'exécution des marchés publics est assuré par :

- l'autorité contractante selon les modalités précisées dans les cahiers des clauses administratives générales et particulières ;
- le maître d'oeuvre ou le maître d'ouvrage délégué, le cas échéant ;
- tout autre organe administratif compétent prévu par les lois et règlements en vigueur.

Article 109 : Maîtrise d'oeuvre ou d'ouvrage délégué

Les autorités contractantes doivent, lorsque ne sont pas réunies dans leurs services les compétences requises, faire appel à une maîtrise d'oeuvre externe ou à une maîtrise d'ouvrage déléguée, conformément aux dispositions réglementaires en vigueur.

Section 3 : Garanties exigées des candidats et titulaires de marché

Article 110 : Garantie de soumission - déclaration de garantie

Lorsque requise par l'autorité contractante, les candidats sont tenus de fournir une garantie de soumission dont le montant est fixé dans les dossiers d'appel à la concurrence.

Le montant doit être compris entre 1 et 3 % du montant prévisionnel du marché.

La garantie de soumission reste valable pendant vingt-huit (28) jours calendaires à compter de la date d'expiration de la durée de validité des offres, y compris en cas de prorogation de la durée de validité de l'offre.

Les conditions dans lesquelles la garantie de soumission peut être retenue par l'autorité contractante sont fixées par le dossier d'appel à la concurrence.

Les garanties de soumission des candidats non retenus leur sont restituées immédiatement après l'expiration du délai de recours.

Pour l'attributaire du marché, la libération de la garantie de soumission est conditionnée par la constitution d'une garantie de bonne exécution lorsque celle-ci est requise.

La garantie de soumission n'est pas exigée pour les marchés passés suivant les procédures de demande de cotation et de demande de renseignement de prix.

L'obligation de fournir une garantie de soumission ne s'applique pas non plus aux marchés de prestations intellectuelles.

Les candidats sont autorisés à produire, dans le cadre des procédures de demande de cotation et de demande de renseignement de prix une déclaration de garantie d'offre, conformément au modèle prévu dans le dossier d'appel à concurrence par l'Autorité de régulation de la commande publique.

En cas de non-respect par le soumissionnaire de l'une des conditions prévues dans la déclaration de garantie, une suspension du droit de participer aux procédures de passation des marchés publics pour une période de deux (2) ans est prononcée par l'autorité de régulation de la commande publique après saisine de l'autorité contractante sur simple transmission de la lettre constatant la défaillance du soumissionnaire.

La déclaration de garantie reste valable pendant vingt-huit (28) jours calendaires à compter de la date d'expiration de la durée de validité des offres, y compris en cas de prorogation de la durée de validité de l'offre.

Article 111 : Garantie de bonne exécution

Le titulaire d'un marché public est tenu de fournir une garantie de bonne exécution lorsqu'elle est exigée dans le dossier d'appel à la concurrence compte tenu de la nature, de l'importance et du délai d'exécution du marché. Cette garantie est destinée à assurer la bonne exécution des travaux, fournitures ou services et à couvrir les réserves formulées à la réception des travaux, fournitures ou services.

La garantie de bonne exécution n'est pas exigée pour les marchés passés suivant la procédure de demande de cotation.

Elle n'est pas requise pour les marchés de prestations Intellectuelles.

La garantie de bonne exécution est fixée dans le cahier des charges et est proportionnel avec l'objet du marché.

Le montant de la garantie de bonne exécution est de cinq pour cent (5 %) du montant de base du marché augmenté ou diminué, le cas échéant, de ses avenants. En cas d'avenant, la garantie doit être complétée dans les mêmes conditions.

La garantie de bonne exécution doit être constituée dans les vingt (20) jours calendaires qui suivent la date de notification du marché et, en tout cas, avant le premier paiement. En cas d'existence d'une garantie de soumission, elle doit être constituée avant l'expiration de cette dernière.

La garantie de bonne exécution est libérée dans le délai d'un mois suivant l'expiration du délai de garantie ou, si le marché ne comporte pas un tel délai, dans le mois suivant la réception unique des travaux, fournitures ou services.

Article 112 : Garantie de remboursement d'avance de démarrage

Lorsque le marché prévoit le règlement d'avances, le titulaire est tenu de fournir une garantie de remboursement couvrant la totalité de l'avance sollicitée.

Les conditions de constitution et de libération de cette garantie qui est libérée au fur et à mesure du remboursement des avances sont définies par le cahier des charges.

Article 113 : Retenue de garantie

Lorsque le marché comporte un délai de garantie, une partie de chaque paiement peut être retenue par l'autorité contractante au titre de la retenue de garantie pour couvrir l'obligation de parfait achèvement des travaux, fournitures ou services.

La part des paiements retenue par l'autorité contractante est de cinq pour cent (5 %) du montant des paiements. Les conditions de sa libération sont définies dans le cahier des charges.

Les conditions de substitution de la retenue de garantie par une garantie financière ainsi que sa mainlevée sont déterminées suivant les prescriptions du cahier des charges.

Le remboursement de la retenue de garantie ou la mainlevée de la garantie financière, le cas échéant intervient dans le mois suivant expiration du délai de garantie.

La retenue de garantie n'est pas exigée pour les marchés de prestations intellectuelles.

Article 114 : Prorogation de la garantie

Sans préjudice de l'application des dispositions législatives ou réglementaires applicables en matière de garantie des travaux, fournitures et prestations de services, les défectuosités constatées durant la période de garantie ont pour conséquence la prorogation de cette période suivant des modalités définies dans le cahier des charges.

Les malfaçons ou vices cachés constatés pendant la période de garantie entrainent de plein droit une nouvelle période de garantie.

Article 115 : Formes de garanties

Lorsqu'elle est requise, la garantie financière se présente sous la forme d'une garantie à première demande émise par une banque, une compagnie d'assurance, un organisme de cautionnement, une institution de microfinance ou de méso finance ayant reçu l'agrément du ministre chargé des finances ou un établissement financier agréé.

La garantie financière émise dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public par un établissement financier étranger n'est valable que s'il dispose d'un correspondant local agréé par le ministre chargé des finances.

Toutefois, une contre garantie accordée par une banque locale et approuvée par le ministre de l'économie et des finances peut être acceptée sur décision du ministre chargé des finances.

La procédure concernant l'acceptation de la contre garantie est précisée par arrêté du ministre chargé des finances.

L'autorité contractante peut recourir, dans les dossiers d'appel à la concurrence, à une déclaration de garantie pour les marchés passés par la procédure de demande de renseignement de prix et de demande de cotation.

En tout état de cause, la forme, la nature et les conditions de mainlevée des garanties à première demande ainsi que les modalités de leur restitution sont fixées dans les dossiers d'appel à la concurrence en conformité avec les dispositions de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés en vigueur.

Section 4 : Nantissement du marché

Article 116 : Constitution du nantissement

Les créances nées ou à naître au titre d'un marché de travaux, fournitures ou services peuvent être affectées en nantissement par une convention conclue entre le titulaire du marché et un tiers appelé créancier nanti ou bénéficiaire du nantissement.

En vue du nantissement du marché, l'autorité contractante ou son représentant dûment habilité remet au titulaire du marché, après visa de l'ordonnateur du budget de l'autorité contractante, un exemplaire original du marché, revêtu de la mention « exemplaire unique délivré en vue du nantissement ».

Lorsque le titulaire du marché envisage de sous-traiter une part du marché ayant fait l'objet d'un nantissement, l'agrément des sous-traitants par l'autorité contractante est subordonné à une réduction du nantissement à concurrence de la part que le titulaire se propose de sous-traiter.

Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'autorité contractante peut donner en nantissement, à concurrence du montant des prestations devant lui être réglées directement, tout ou partie de sa créance.

Le nantissement est établi dans les conditions de forme et de fond édictées par les dispositions de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés en vigueur.

Article 117 : Effets du nantissement

Sauf dispositions contraires dans l'acte de nantissement et sous réserve de l'effet des privilèges, le bénéficiaire d'un nantissement encaisse seul le montant de la créance ou de la part de la créance affectée en garantie, sauf à rendre compte à celui qui a constitué le nantissement.

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

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

Le bénéficiaire d'un nantissement peut, par une convention distincte, subroger le tiers bénéficiaire de créances au titre du marché dans l'effet de ce nantissement à concurrence, soit de la totalité, soit d'une partie de la créance affectée en garantie. Cette subrogation doit être signifiée au comptable dans les mêmes conditions que celles fixées pour le nantissement.

Le bénéficiaire de la subrogation encaisse seul le montant de la part de créance qui lui a été affectée en garantie, sauf à rendre compte suivant les règles du mandat à celui qui a consenti la subrogation.

Le titulaire du marché, ainsi que les bénéficiaires des nantissements ou des subrogations prévues aux alinéas précédents du présent article peuvent, au cours de l'exécution du

marché, requérir de l'autorité contractante soit un état sommaire des travaux et fournitures effectués, appuyé d'une évaluation qui n'engage pas l'autorité contractante, soit le décompte des droits constatés au profit de l'entrepreneur ou du fournisseur, ainsi qu'un état des acomptes mis en paiement. Ils peuvent également requérir du comptable un état détaillé des significations reçues par lui en ce qui concerne le marché.

Les bénéficiaires d'un nantissement ou des subrogations ne peuvent exiger d'autres renseignements que ceux prévus ci-dessus, ni intervenir en aucune manière dans l'exécution du marché.

Article 118 : Extinction du nantissement

La mainlevée des significations du nantissement est donnée par le bénéficiaire au comptable détenteur de l'exemplaire unique délivré en vue du nantissement par lettre recommandée adressée avec accusé de réception ou remise contre récépissé Elle prend effet à compter du deuxième jour ouvrable suivant la date de réception du pli par le comptable.

Section 5 : Durée des marchés publics et prestations en régie

Article 119 : Durée des marchés publics

La durée d'un marché public est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique. Elle ne peut être en principe supérieure à un an, sauf dans les conditions fixées aux alinéas ci-dessous du présent article et dans le cadre de marché à commande, de clientèle et des accords-cadres, conformément aux dispositions du présent décret.

Les marchés afférents à des programmes d'investissement, d'entretien et de maintenance d'équipements complexes peuvent être contractés pour plusieurs années, à condition que les engagements qui en découlent demeurent respectivement dans les limites des autorisations d'engagement et des crédits de paiement contenus dans les lois de finances ou dans les budgets des autorités contractantes.

Les marchés de gestion et d'entretien par niveau de services qui se fondent sur une obligation de résultat en lieu et place d'une obligation de moyens des marchés classiques, peuvent être contractés pour une durée allant jusqu'à trois (3) ans.

Les marchés relatifs à l'acquisition des manuels scolaires peuvent être conclus pour une durée d'un (1) an, renouvelable chaque année, sur une période qui ne peut excéder cinq (5) ans.

Article 120 : Reconduction des marchés

Les marchés publics peuvent faire l'objet de reconduction après autorisation de la direction nationale du contrôle de de la commande publique pour une durée totale n'excédant pas cinq (5) ans.

Il ne peut être procédé à la reconduction d'un marché que si cette possibilité a été prévue par le dossier d'appel à concurrence et le contrat.

Les contrats d'assurance responsabilité civile, dommage et santé peuvent être reconduits pour une période de cinq (5) ans sauf, décision contraire de l'autorité contractante.

Les contrats d'assurance-vie ne sont assujettis à aucune durée maximale.

Article 121 : Cas des prestations en régie

Lorsqu'un marché comporte des prestations exécutées en régie, celles-ci sont réalisées à la diligence et sous la responsabilité de l'autorité contractante.

Dans ce cas, le cahier des clauses administratives particulières indique la nature, le mode de décompte et la valeur des divers éléments qui concourent à la détermination du prix de règlement.

Le montant des travaux en régie ne peut être supérieur à vingt pour cent (20%) du montant toutes taxes comprises du marché.

Les prestations peuvent également être exécutées en régie en cas de défaillance du titulaire, après avis favorable de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Section 6 : Modifications en cours d'exécution du contrat

Article 122 : Modifications dans le volume ou le coût des prestations

Les modifications des conditions initiales du marché, après autorisation de l'organe national du contrôle des marchés publics, font l'objet d'un avenant écrit, signé par les représentants habilités de l'autorité contractante et du titulaire du marché.

Un avenant ne peut avoir pour effet ou pour objet de substituer un autre marché au marché initial, soit en bouleversant l'économie du marché, soit en changeant fondamentalement l'objet. Un avenant ne peut porter que sur les objets suivants :

- la modification de clauses du marché initial qui n'a aucune incidence sur son montant ni sur le volume des travaux, fournitures ou services mais nécessaire à son exécution, y compris les changements qui affectent l'autorité contractante ou la forme ou la structure juridique du titulaire, sans remettre en cause les éléments du choix initial, ni l'économie du marché, ni le titulaire du marché ;
- l'augmentation ou la réduction de la masse des travaux, fournitures ou services excédant les variations minimales prévues par le dossier d'appel à la concurrence ;
- la réalisation de travaux, fournitures ou services non prévus au marché mais nécessaires à l'exécution de son objet, du fait de la survenance de sujétions techniques imprévues ;
- la prolongation ou la réduction du délai d'exécution du marché initial.

Aucun avenant relatif à un marché ne peut être conclu après la réception provisoire des travaux, fournitures ou services qui constituent son objet.

L'augmentation des travaux, fournitures ou services qui résulte d'un ou de plusieurs avenants ne doit en aucun cas dépasser trente pour cent (30%) du montant du marché initial, après application des éventuelles clauses d'actualisation et de révision.

Lorsque les modifications envisagées sont susceptibles d'entraîner le dépassement du seuil fixé au paragraphe précédent du présent article, ou lorsqu'en cas d'avenants successifs, le montant du dernier avenant à conclure porte le total cumulé des avenants, au-delà de trente pour cent (30 %) du montant du marché, il est passé un nouveau marché.

Article 123 : Modifications dans les délais contractuels

En cas de dépassement des délais contractuels fixés par le marché, et sauf cas de force majeure, le titulaire du marché encourt une pénalité égale, par jour calendaire de retard, à un taux fixé dans le cahier des charges conformément aux dispositions de l'article 147 du présent décret.

La remise totale ou partielle des pénalités peut être prononcée par l'autorité contractante après avis favorable de la direction nationale du contrôle de la commande publique. Une copie de la décision de remise des pénalités est transmise à l'autorité de régulation de la commande publique.

Section 7 : Résiliation et réception des prestations

Sous-Section 1 : Résiliation et ajournement des marchés - substitution d'entreprise

Article 124 : Résiliation pour motif d'intérêt général

L'autorité contractante dispose du droit de résilier unilatéralement le marché public pour un motif d'intérêt général et ce, même en l'absence de clause contractuelle sauf à indemniser le titulaire du préjudice réellement subi. Toute clause contraire est nulle.

Les motifs de résiliation pour intérêt général peuvent être notamment, sans que cette liste ne soit exhaustive, liés à :

- l'abandon d'un projet par l'autorité contractante en raison des difficultés techniques rencontrées en cours d'exécution ;
- le fait, non fautif, que l'autorité contractante ne dispose plus de garanties suffisantes pour remplir ses obligations ;
- la réorganisation d'un service ;
- la résiliation à la suite d'une décision de justice mettant en lumière des irrégularités substantielles ayant affecté la procédure de passation du marché public.

Article 125 : Résiliation à l'initiative de l'autorité contractante

Tout marché public peut faire l'objet d'une résiliation à l'initiative de l'autorité contractante :

- en cas de manquement grave du titulaire à ses obligations contractuelles, notamment en matière sociale et environnementale ;
- en cas d'un retard d'exécution qui a entraîné l'application de pénalités au-delà d'un seuil fixé par le cahier des charges ;
- lorsque la réalisation du marché est devenue inutile ou inadaptée compte tenu des nécessités du service public ;
- en cas de survenance d'un événement qui affecte la capacité juridique du titulaire du marché dans les conditions fixées par le cahier des charges ;
- en cas de survenance d'un événement qui rend impossible l'exécution du marché ;

- en cas de décès du cocontractant personne physique, si l'autorité contractante n'accepte pas, s'il y a lieu, les offres qui peuvent être faites par les héritiers pour la continuation des marchés en cours ;
- en cas de redressement judiciaire, si l'autorité contractante n'accepte pas, dans l'éventualité où le syndic aurait été autorisé par te tribunal à continuer l'exploitation de l'entreprise, les offres qui peuvent être faites par ledit syndic pour la continuation de l'exécution du marché ;
- en cas de liquidation des biens ou de redressement judiciaire, si le cocontractant n'est pas autorisé à continuer l'exploitation de son entreprise ou à poursuivre l'exécution du marché.

Dans les hypothèses de redressement judiciaire, les mesures conservatoires ou de sécurité dont l'urgence apparaît, en attendant une décision définitive du tribunal compétent, sont prises d'office et mises à la charge du titulaire du marché.

Article 126 : Modalités de résiliation à l'initiative de l'autorité contractante

La résiliation à l'initiative de l'autorité contractante peut prendre la forme d'une résiliation simple ou d'une résiliation aux frais et risques du titulaire.

Dans l'hypothèse de la résiliation simple, l'autorité contractante supporte les conséquences de la résiliation. Elle passe éventuellement un nouveau marché public, en respectant les dispositions du présent décret. Le titulaire est dégagé de ses obligations contractuelles et ne peut percevoir aucune indemnisation.

Dans l'hypothèse de la résiliation aux frais et risques, le titulaire défaillant supporte le surcoût engendré par la passation d'un marché de substitution pour achever les prestations faisant l'objet du marché public.

Article 127 : Procédure de résiliation à l'initiative de l'autorité contractante

Sauf stipulation contraire, l'autorité contractante ne peut prononcer la résiliation pour manquement du titulaire à ses obligations qu'après mise en demeure préalable restée sans effet et qu'après réalisation d'un état ou inventaire contradictoire du niveau d'exécution du marché.

Cette mise en demeure est notifiée au titulaire par tout moyen permettant de donner date certaine à sa réception soit par remise en mains propre, soit par lettre recommandée avec accusé de réception ou par voie électronique avec accusée de réception. Il doit comporter les mentions suivantes :

- les motifs de la mise en demeure ;
- l'indication d'un délai raisonnable, permettant au titulaire de remédier à la situation ;
- la sanction encourue en cas de manquement avéré, à savoir la résiliation du marché public, en précisant si elle est simple ou aux frais et risques.

S'il n'est pas donné suite à la mise en demeure, l'autorité contractante peut résilier unilatéralement le marché public. Cette décision est motivée et mentionne expressément le type de résiliation conformément à ce qui avait été annoncé dans la mise en demeure ainsi que sa date d'effet.

La décision de résiliation est accompagnée d'un décompte de liquidation, qui récapitule les débits et crédits du titulaire du marché public après inventaire contradictoire des prestations réalisées. Ce décompte financier ne peut être totalement établi au moment de la décision de résiliation prononcée aux frais et risques. Dans cette hypothèse, le règlement financier du marché public initial ne peut être fait qu'après exécution complète du marché public de substitution.

La décision de résiliation est signée par l'autorité qui a compétence pour passer et signer les marchés publics à la date à laquelle la résiliation a lieu. Elle est ensuite notifiée au titulaire, par tout moyen permettant de donner date certaine à sa réception ainsi qu'à la direction nationale du contrôle de la commande publique et à l'autorité de régulation de la commande publique.

Article 128 : Résiliation à l'initiative du titulaire

Un marché public peut faire l'objet d'une résiliation à la demande du titulaire :

- en cas de faute grave de l'autorité contractante rendant l'exécution du marché impossible ;
- en cas de défaut de paiement, à la suite d'une mise en demeure restée sans effet pendant trente (30) jours calendaires ;
- lorsque l'autorité contractante prescrit l'ajournement pour plus de trois (3) mois, soit avant, soit après un commencement d'exécution. Il en est de même en cas d'ajournements successifs dont la durée globale dépasse trois (3) mois, même dans les cas où l'exécution du marché a été reprise entre temps. Lorsque l'autorité contractante prescrit l'ajournement du marché pour moins de trois (3) mois, le titulaire n'a pas droit à la résiliation mais seulement è une indemnité en cas de préjudice ;
- en cas de survenance d'un événement qui rend impossible l'exécution du marché.

En tout état de cause, le titulaire qui se prévaut de l'une ou l'autre des conditions de résiliation ci-dessus doit respecter la procédure prescrite par l'article 127 du présent décret.

Article 129 : Résiliation de commun accord

Un marché public peut faire l'objet d'une résiliation à la suite d'un accord entre parties contractantes. Cet accord précise les modalités de gestion des effets liés à cette résiliation.

Article 130 : Ajournement

L'autorité contractante peut ordonner l'ajournement des travaux, fournitures ou services, objet du marché, avant leur achèvement, notamment en cas de retard dans l'exécution d'un ouvrage ou d'un service dont la livraison d'une fourniture qui lui incombe est nécessaire à l'exécution du marché, ou pour toute autre raison qui lui est propre.

Lorsque l'autorité contractante ordonne l'ajournement de l'exécution du marché pour une durée de plus de trois (3) mois, le titulaire a droit à la résiliation de son marché. Il en est de même en cas d'ajournements successifs dont la durée cumulée dépasse trois (3) mois.

Article 131 : Conséquences de la résiliation et de l'ajournement

La résiliation met fin aux obligations et aux responsabilités contractuelles, sous réserve de certaines obligations contractées qui ne peuvent être exécutées qu'après la fin du marché.

En cas de résiliation du marché imputable à l'autorité contractante, le titulaire peut, en complément du remboursement des dépenses occasionnées par un éventuel ajournement préalable, comme Indiqué au présent article, demander le versement d'une indemnité correspondant au préjudice subi dûment constaté qui ne peut, en aucun cas, être supérieure à la perte des bénéfices du titulaire dont le marché est résilié, telle que cette perte résulte des pièces justificatives.

La résiliation du marché ouvre droit, au profit du titulaire, au paiement des travaux, fournitures, services réalisés et non encore réglés. Si le marché a reçu un commencement d'exécution, le cocontractant peut requérir qu'il soit procédé immédiatement à la réception provisoire des ouvrages exécutés ou livrés, puis à leur réception définitive après l'expiration de la période de la garantie.

La demande du titulaire n'est recevable que si elle est présentée dans le délai de deux (2) mois à compter de la date de notification de l'ordre de service qui prescrit l'ajournement de l'exécution du marché ou la date de la résiliation.

L'ajournement ouvre droit au titulaire du marché à la réception des prestations déjà effectuées, ainsi qu'au paiement d'une indemnité qui couvrent les frais et le préjudice résultant de l'ajournement. dans les limites définies par le cahier des charges.

L'indemnité pour préjudice subi à laquelle a droit le titulaire du marché en cas d'ajournement inférieur à trois (3) mois ne peut excéder le montant des dépenses occasionnées par cet ajournement, telles qu'elles résultent des justificatifs produits par le titulaire.

Article 132 : Indemnité en cas de résiliation

En cas de résiliation, sauf lorsque la décision de l'autorité contractante a pour cause une faute ou un manquement du titulaire à ses obligations, ce dernier a droit à une indemnité en réparation du préjudice réellement subi.

En cas de résiliation du marché sans manquement ni faute du titulaire, ce dernier peut, en complément du remboursement sur justificatifs des dépenses occasionnées par les ajournements ayant éventuellement précédé la résiliation, demander le versement d'une indemnité en réparation du préjudice réellement subi.

Cette indemnité est strictement liée à la perte de bénéfice escompté, sur la période considérée à la date de la résiliation, telle que cette perte résulte des pièces justificatives, sauf fixation de leur mode de calcul par le marché.

Cette indemnité, dont le montant est fixé contradictoirement, donne lieu à un accord écrit conclu avec l'autorité contractante et approuvé par le ministre chargé des finances.

En cas de désaccord entre les parties quant à la détermination de cette indemnité, il en est référé à la juridiction compétente.

La résiliation des accords-cadres à bons de commande et des accords-cadres passés sans minimum, ne donne pas droit à indemnisation, dans la mesure où l'administration ne s'est engagée sur aucun montant de commande.

Article 133 : Substitution d'entreprise

En cas de faute grave de nature à compromettre l'exécution normale du marché commise par le titulaire, l'autorité contractante qui décide de recourir à une procédure autre que l'appel d'offres ouvert pour l'achèvement des prestations, requiert l'avis de la direction nationale du contrôle de commande publique sur la procédure à engager.

Lorsqu'il résulte du nouveau marché, passé aux frais et risques du titulaire défaillant, des excédents de dépense, ceux-ci sont prélevés sur les sommes dues au cocontractant ou, à défaut, sur la garantie de bonne exécution ou sur la retenue de garantie, sans préjudice des voies de droit à exercer sur lui en cas d'insuffisance.

Si le nouveau marché ou la régie entraîne au contraire une diminution dans les dépenses, le cocontractant ne peut réclamer aucune part du bénéfice.

Article 134 : Mise en régie du marché

La mise en régie est le moyen par lequel l'autoriité contractante décide de poursuivre l'exécution d'office du marché avec les moyens installés sur le site par le titulaire.

Lorsqu'un marché comporte des prestations en régie, celles-ci sont réalisées à la diligence et sous la responsabilité de l'autorité contractante. Dans ce cas, le cahier des clauses administratives particulières doit indiquer la nature, le mode de décompte et la valeur des divers éléments qui concourent à la détermination du prix de règlement.

Les prestations peuvent également être exécutées en régie en cas de défaillance du titulaire. Dans cette hypothèse, le montant des travaux en régie ne peut être supérieur à vingt pour cent (20%) du montant toutes taxes comprises du marché.

Le recours à la mise en régie doit être autorisé par la direction nationale du contrôle de la commande publique.

En cas de mise en régie, le titulaire est dessaisi de ses prérogatives de chef d'entreprise. La direction des travaux appartient à l'autorité contractante qui dispose du matériel et des approvisionnements de ce dernier.

Il est procédé, le titulaire du marché étant présent ou ayant été dûment convoqué, à la constatation des travaux exécutés et des approvisionnements existants, ainsi qu'a l'inventaire descriptif et quantitatif du matériel et à la remise au titulaire de la partie du matériel qui n'est pas utile à la poursuite des travaux poursuivis en régie.
Le titulaire étant temporairement dessaisi de l'exécution du marché, l'autorité contractante organise la régie en choisissant un régisseur pour diriger le personnel de l'entreprise mise en régie. Le régisseur peut être un des agents de l'autorité contractante ou une personne physique ayant des qualifications avérées dans le domaine.

L'autorité contractante ne peut choisir aucune autre entreprise pour intervenir sur les travaux mis en régie.

La mise en régie ne met pas fin au marché. L'entreprise demeure titulaire du marché et elle est autorisée à en suivre l'exécution sans pouvoir entraver les ordres du maître d'œuvre ou de ses représentants.

Il peut être mis fin à la régie si le titulaire du marché justifie des moyens nécessaires pour reprendre les travaux et les mener à bonne fin.

Le régisseur est responsable de la bonne gestion des moyens du titulaire mis à sa disposition. Dans ce cadre, il est tenu de veiller en bon père de famille sur lesdits moyens.

Sous-Section 2 : Réception des prestations

Article 135 : Réception partielle des prestations

L'autorité contractante peut utiliser des parties d'ouvrages ou fournitures faisant partie du marché au fur et à mesure de leur achèvement ou de leur livraison.

Toute prise de possession de parties d'ouvrages ou fournitures par les services bénéficiaires de l'autorité contractante ou le maître d'œuvre s'il existe, doit être précédée d'une réception provisoire partielle.

Toutefois, s'il y a urgence, la prise de possession peut intervenir antérieurement à la réception, sous réserve de l'établissement par les services bénéficiaires de l'autorité contractante ou le maître d'œuvre s'il existe, d'un inventaire des travaux ou fournitures en suspens, préalablement approuvé par les parties au contrat.

Dès que les services bénéficiaires de l'autorité contractante ou le maître d'œuvre s'il existe, ont pris possession d'une partie d'ouvrage ou de fournitures, le titulaire n'est plus tenu de réparer les dommages autres que ceux résultant de vices de construction ou de malfaçons.

A la demande du titulaire, et si la nature des travaux ou des fournitures le permet, les services bénéficiaires de l'autorité contractante ou le maître d'œuvre s'il existe, peuvent effectuer une réception provisoire partielle pour autant que les parties d'ouvrages terminés ou fournitures livrées se prêtent à l'usage spécifié dans le marché.

Article 136 : Réception provisoire des prestations

La réception provisoire a pour but le contrôle et la conformité des prestations avec l'ensemble des obligations du marché et, en particulier, avec les cahiers des clauses techniques. Si le cahier des clauses administratives particulières le prévoit, la réception peut être prononcée par tranche de prestations étant précisé que, dans ce cas, c'est la réception de la dernière tranche qui tient lieu de réception provisoire de prestations.

Le prestataire avise à la fois les services bénéficiaires de l'autorité contractante ou le maître d'œuvre, par écrit, de la date à laquelle il estime que les prestations ont été achevées.

La réception provisoire entraîne le transfert de la propriété et des risques au profit du maître d'ouvrage et constitue le point de départ de l'obligation de garantie contractuelle selon les dispositions du cahier des clauses administratives générales.

La réception provisoire est sanctionnée par un procès-verbal signé du titulaire du marché et de tous les membres présents de la commission de réception.

Article 137 : Réception définitive des prestations

La réception définitive des travaux, fournitures et services est prononcée au terme du délai de garantie, si ce délai est prévu au marché. Pendant cette période, le titulaire est tenu à l'obligation de garantie contractuelle.

La livraison des travaux, des fournitures et des services sont effectuées conformément au calendrier de livraison et d'achèvement figurant dans le bordereau des quantités et les calendriers de livraison. Le cahier des clauses administratives particulières fixe les détails relatifs aux essais, inspections préalables et indique les autres pièces et documents à fournir par le titulaire.

La commission de réception des prestations comprend, outre le titulaire du marché, la personne responsable des marchés publics ou son représentant et les services techniques ou bénéficiaires de l'autorité contractante, les services financiers chargés de l'engagement, de la liquidation, de l'ordonnancement et du paiement de la dépense. L'autorité contractante peut également s'adjoindre les compétences d'un organisme de qualité pour la vérification indépendante de la conformité des prestations.

La composition de cette commission est définie, suivant la nature des prestations, par un acte de l'autorité contractante.

La réception définitive est sanctionnée par un procès-verbal signé du titulaire du marché et de tous les membres présents de la commission de réception.

CHAPITRE 2 : REGLEMENT DES MARCHES PUBLICS

Section 1ère : Nature des règlements

Article 138 : Modes de règlement des marchés

Sous réserve des dispositions qui découlent des accords ou conventions de financement ou des conventions Internationales, tout règlement relatif à un marché public intervient par transfert bancaire sur une institution bancaire ou un établissement financier agréé de premier rang conformément aux textes en vigueur au par crédit documentaire.

Tout tirage sur crédit de financement extérieur est soumis au visa préalable de l'organisme habilité à gérer ce financement.

Toute modification de domiciliation bancaire ne peut être réalisée que par voie d'avenant. Les opérations effectuées par le titulaire du marché et susceptibles de donner lieu à versement soit à titre d'avances ou d'acomptes soit à titre de règlement partiel définitif ou de solde, sont constatées par tout moyen laissant trace écrite par la personne responsable des marchés publics ou son mandataire suivant les modalités prévues par le cahier des charges.

Article 139 : Avance de démarrage

Une avance de démarrage peut être accordée au titulaire d'un marché en raison des opérations préparatoires à l'exécution des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché. Cette avance de démarrage est versée dans les délais de paiement requis après réception de la demande de paiement accompagnée de la garantie correspondante.

Le montant de l'avance de démarrage accordée au titre d'un marché déterminé ne peut excéder :

- vingt pour cent (20 %) du montant du marché pour les travaux et prestations intellectuelles ;
- trente pour cent (30 %) du montant du marché pour les fournitures et autres services.

Le montant et les modalités de versement des avances visées à l'alinéa précédent doivent être prévus dans le dossier d'appel à la concurrence.

Dans le cas des marchés à commande ou de clientèle, le montant de l'avance est calculé sur la base du montant maximum ou du montant estimé pour les douze (12) premiers mois d'exécution.

Dans le cas des marchés à tranches, l'avance de démarrage est calculée sur la tranche affermie par l'autorité contractante.

Le remboursement de l'avance s'effectue sur les sommes dues au titulaire, selon un rythme et des modalités fixés par le marché par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes ou de règlement partiel, définitif ou de solde.

Le remboursement de l'avance de démarrage doit, en tout état de cause, être terminé lorsque le montant des paiements perçues par le titulaire atteint quatre-vingt pour cent (80 %) du montant toutes taxes comprises des prestations qui lui sont confiées au titre du marché ou de la tranche affermie, du montant maximum dans le cas des marchés à commande.

Article 140 : Avances à la commande ou pour approvisionnement

Des avances peuvent être accordées en raison des dépenses engagées en vue de l'exécution des travaux, fournitures ou services qui font l'objet d'un marché.
Chaque marché détermine les conditions administratives ou techniques particulières auxquelles sont subordonnés les versements d'avance, conformément aux régies prévues par le présent décret.

Les avances sont versées sur production des justifications des débours contrôlées par l'autorité contractante et contre remise d'une garantie de restitution d'égal montant.

Le montant total des avances accordées au titre d'un marché déterminé en contrepartie des dépenses engagées ne peut, en aucun cas, excéder soixante pour cent (60 %) du marché.

Les avances consenties au titre des dépenses préalables doivent être suivies dans la comptabilité de l'autorité contractante jusqu'à apurement. Elles sont remboursées, à un rythme fixé par le marché, par compensation effectuée sur les sommes dues

ultérieurement au titulaire à titre d'acompte ou de solde. Le rythme de remboursement tient compte de la proportion des éléments qui ont donné lieu à avances dans la partie du marché déjà exécutée.

Article 141 : Acomptes périodiques

Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit au versement d'acomptes.

Le montant d'un acompte ne peut excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte. Il y a lieu, le cas échéant, d'en déduire la part des avances fixées par le contrat. Dans le cas d'acomptes versés en fonction des phases d'exécution, le marché peut fixer, sous réserve du régime des déductions des avances, le montant de chaque acompte, forfaitairement sous forme de pourcentage du montant initial du marché.

Article 142 : Règlement pour solde

Le règlement pour solde a pour objet le versement au titulaire des sommes dues au titre de l'exécution normale des prestations, objet du marché, déduction faite des acomptes et avances de toute nature non encore récupérés par l'autorité contractante ainsi que des pénalités de retard d'exécution ou autres manquements du titulaire pour inobservation des clauses techniques du marché.

Lorsqu'une retenue de garantie est opérée, le règlement définitif du marché donne lieu tout d'abord à un règlement pour solde provisoire comprenant les sommes dues au titre de l'exécution normale du marché, déduction faite des avances et acomptes versés, puis à un règlement pour solde définitif pour lequel il est donné mainlevée de la retenue de garantie.

Section 2 : Régime des paiements, Intérêts moratoires, pénalités et paiement direct du sous-traitant

Sous- section 1 : Régime des paiements

Article 143 : Principe

Les règlements d'avances ou d'acomptes n'ont pas le caractère de paiement définitif. Leur bénéficiaire en est comptable jusqu'au règlement final du marché ou, lorsque le marché le prévoit, jusqu'au règlement partiel définitif.

Sauf accord de l'autorité contractante constaté par avenant, le titulaire d'un marché et les sous-traitants bénéficiaires des dispositions de l'article 150 du présent décret ne peuvent disposer des approvisionnements ayant fait l'objet d'avances ou d'acomptes pour des travaux, fournitures ou services autres que ceux prévus au contrat.

Lorsque le titulaire du marché ou les sous-traitants sont autorisés à disposer des approvisionnements, l'avenant établi à cet effet doit préciser les conditions dans lesquelles les versements d'avances ou d'acomptes correspondants doivent être restitués sur les versements à venir.

Article 144 : Paiements après résiliation

En cas de résiliation du marché, l'autorité contractante peut, sans attendre la liquidation définitive et si la demande lui en est faite, mandater au profit du titulaire quatre-vingt pour cent (80%) au maximum du solde créditeur que fait apparaître une liquidation provisoire.

Réciproquement, si la liquidation provisoire fait apparaître un solde créditeur au profit de l'autorité contractante, celle-ci peut exiger du titulaire du marché le reversement immédiat des quatre-vingt pour cent (80 %) du montant de ce solde. Toutefois, un délai peut être accordé au titulaire pour s'acquitter de sa dette dans cette hypothèse, le titulaire doit fournir la garantie solidaire de remboursement de la totalité du solde.

Le présent article est applicable aux sous-traitants bénéficiaires des dispositions de l'article 150 du présent décret, sous réserve, en cas de solde créditeur à leur profit, que le décompte de liquidation provisoire des travaux, fournitures ou services soit revêtu de l'acceptation du titulaire.

Article 145 : Délai de paiement

Le représentant de l'autorité contractante est tenu de procéder au paiement des acomptes et du solde dans un délai qui ne peut dépasser quarante-cinq (45) jours calendaires à compter de la date du dépôt de la facture conforme aux prescriptions réglementaires par le titulaire du marché auprès de l'autorité contractante.

Des délais de paiement plus courts peuvent être accordés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics, au bénéfice des très petites, petites et moyennes entreprises régulièrement installées sur leur ressort territorial.

Sous- section 2 : intérêts moratoires, pénalités et primes

Article 146 : Droit aux intérêts moratoires

Le défaut de règlement dans le délai prescrit à l'article 145 ci-dessus fait courir de plein droit et sans autres formalités des intérêts moratoires calculés depuis le jour qui suit l'expiration dudit délai jusqu'au jour du règlement effectif.

Il en est de même pour le retard constaté dans la mainlevée des garanties fournies par les soumissionnaires et titulaires de marchés publics.

Le taux de l'intérêt moratoire correspond au taux d'intérêt légal en vigueur.

Article 147 : Pénalités de retard

Pour assurer le respect des délais contractuels, les marchés prévoient une clause de pénalités pour retard dont le montant est fixé, pour chaque catégorie de marché, dans le cahier des charges.

A moins que le marché en dispose autrement, les pénalités pour retard sont appliquées sans mise en demeure préalable, sur simple confrontation de la date d'expiration des délais contractuels d'exécution et de la date de réception des prestations.

Le montant des pénalités infligées au titulaire d'un marché vient en diminution du montant des factures ou décomptes introduits.

Dans le cas où le montant des pénalités ne peut être retenu sur les sommes dues, les pénalités sont versées en recette au budget qui a supporté la charge du marché.

Le taux des pénalités de retard est compris dans la fourchette de 1/2000ème et 1/5000ème du montant toutes taxes comprises du marché y compris ses avenants par jour calendaire de retard. Ce taux est fixé dans le cahier des charges.

Article 148 : Pénalités particulières

Indépendamment des pénalités pour dépassement du délai contractuel, le marché peut prévoir des pénalités particulières pour inobservation des dispositions techniques.

En tout état de cause, le montant cumulé des pénalités de retard et des pénalités particulières ne saurait excéder dix pour cent (10 %) du montant du marché de base avec ses avenants, sous peine de résiliation.

Article 149 : Primes pour réduction de délai contractuel

Chaque fois que cela apparaît nécessaire à l'autorité contractante, des primes pour réduction des délais contractuels réalisée à la demande de l'autorité contractante peuvent être prévues dans les marchés.

Le taux journalier de ces primes ne peut en aucun cas dépasser celui des pénalités de retard.

De plus, la réduction des délais contractuels, au titre de laquelle peuvent être attribuées de telles primes, ne peut excéder le 1/10ème du délai contractuel.

Sous- section 3 : Paiements directs aux sous-traitants

Article 150 : Principe

Un sous-traitant peut obtenir directement de l'autorité contractante, avec l'accord du titulaire du marché, le règlement des travaux, fournitures ou services dont il a assuré l'exécution et qui n'ont pas déjà donné lieu à un paiement au profit du titulaire. Ce règlement est subordonné à la réalisation des conditions suivantes :

- le sous-traitant est agréé par l'autorité contractante par une disposition expresse insérée, soit dans le marché, soit dans un acte ultérieur ; il est tenu de souscrire une assurance garantissant sa responsabilité professionnelle ;
- le marché ou l'avenant indique d'une manière précise, la nature et la valeur des travaux, des fournitures ou services à exécuter par le titulaire et par chacun des sous-traitants nommément désignés ;
- le titulaire du marché revêt son acceptation les attachements ou procès-verbaux administratifs produits en sus des titres de paiement émis en règlement des travaux, fournitures ou services exécutés par le sous-traitant comme s'ils l'étaient par lui-même.

Les dispositions du présent article ne peuvent recevoir application en cours d'exécution du contrat lorsque le marché a déjà été remis en nantissement par le titulaire.

Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées peut céder ou nantir, à concurrence du montant des prestations qui doivent lui être réglées directement, tout ou partie de sa créance.

A cet effet, après accord écrit du titulaire du marché, l'exemplaire unique délivré en vue du nantissement du marché et, le cas échéant, de l'avenant prévoyant le bénéfice de l'alinéa précédent doit être remis au titulaire du marché et à chaque sous-traitant bénéficiaire des dispositions du présent article.

Sauf dispositions contraires, pour les marchés uniques réalisés conjointement par plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, les règlements sont effectués auprès de la personne désignée comme mandataire pour représenter le cotraitant vis-à-vis de l'autorité contractante.

Cependant, lorsque le marché le prévoit expressément, le règlement des fournitures livrées ou des travaux ou services exécutés peut être effectué pour le compte du cotraitant désigné par le contrat.

Le marché ou l'avenant indique d'une manière précise les modalités pratiques de versement des sommes dues et les personnes destinataires.

Chaque sous-traitant peut donner en nantissement tout ou partie de sa créance sur l'autorité contractante à concurrence des sommes qui lui reviennent au titre de l'exécution du marché des travaux, fournitures ou services et tel qu'il est stipulé dans les documents contractuels.

Article 151 : Justifications comptables

Les paiements aux sous-traitants sont effectués sur la base des pièces justificatives revêtues de l'acceptation du titulaire du marché. Dès réception de ces pièces, l'autorité contractante avise le sous-traitant et lui indique les sommes dont le paiement à son profit a été accepté par le titulaire du marché.

Dans le cas où le titulaire d'un marché n'a pas donné suite à la demande de paiement du sous-traitant, ce dernier saisit la personne responsable des marchés publics qui met aussitôt en demeure le titulaire d'apporter la preuve qu'il a opposé un refus motivé à son sous-traitant, faute de quoi, la personne responsable des marchés publics mandate les sommes restant dues au sous-traitant.

TITRE V : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

Article 152 : Dispositions transitoires

Les marchés publics notifiés ou pour lesquels une procédure à été engagée ou un avis d'appel à la concurrence publié ou les offres des soumissionnaires ont été reçues par l'autorité contractante antérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret demeurent régis, pour leur passation et exécution, par les dispositions du décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public.

Article 153 : Abrogation

Le présent décret abroge toutes les dispositions antérieures contraires, notamment celles du décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public, le décret n° 2018-28/PR du 1er février 2018 portant attribution d'une part des marchés aux jeunes et femmes entrepreneurs et du décret n° 2009- 297/ PR du 30 décembre 2009 portant attributions, organisation et fonctionnement des organes de passation et de contrôle des marchés publics.

Article 154 : Exécution

Le ministre de l'économie et des finances est chargé de l'exécution du présent décret qui sera publié au Journal officiel de la République togolaise.

Fait à Lomé, le 06 JUIL 2022

Le Président de la République

SIGNE

Faure Essozimna GNASSINGBE

Le Premier ministre

SIGNE

Victoire S. TOMEGAH-DOGBE

Le ministre de l'économie
et des finances

SIGNE

Sani YAYA

Pour ampliation
Le secrétaire Général
de la Présidence de la République

Ablamba Ahoéfavi JOHNSON

DECRET N° 2022 - 063/PR
PORTANT ATTRIBUTIONS, ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE L'AUTORITE DE REGULATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE,

Sur le rapport du ministre de l'économie et des finances ;

Vu la Constitution du 14 octobre 1992 ;

Vu le Traité du 17 octobre 1993 modifié par le Traité du 17 octobre 2008 relatif à l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) et ses différents Actes Uniformes ;

Vu le Traité du 10 janvier 1994 modifié par le Traité du 29 janvier 2003 de l'Union économique et monétaire ouest-africaine ;

Vu la décision n° 03/2014/CM/UEMOA du 28 juin 2014 portant adoption du plan d'actions des réformes des marchés publics et des délégations de service public au sein de l'UEMOA ;

Vu la directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest-africaine ;

Vu la directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest-africaine ;

Vu la directive n° 01/2009ICM/UEMOA du 27 mars 2009 portant code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'Union économique et monétaire ouest-africaine ;

Vu la directive n° 04/2012/CM/UEMOA du 28 septembre 2012 relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public au sein de l'Union économique et monétaire ouest-africaine ;

Vu la loi organique n° 2014-013 du 27 juin 2014 relative aux lois de finances ;

Vu la loi n° 2014-009 du 11 juin 2014 portant code de transparence dans la gestion des finances publiques ;

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

Vu la loi n° 2021- 034 du 31 décembre 2021 relative aux contrats de partenariat public-privé ;

Vu le décret n° 2009-221/PR du 19 octobre 2009 portant organisation des services de la Présidence de la République, ensemble les textes qui l'ont modifié ;

Vu le décret n° 2015-054/PR du 27 août 2015 portant règlement général de la comptabilité publique ;

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

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

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

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

Vu le décret n° 2020-080/PR du 1er octobre 2020 portant composition du gouvernement, complété par le décret ri° 2020-0901PR du 2 novembre 2020 ;

Vu le décret n° 2022-065/PR du 11 mai 2022 portant modalités de mise en oeuvre des procédures de passation et d'exécution des contrats de partenariat public-privé ;

Le conseil des ministres entendu,

D E C R E T E :

CHAPITRE IER - DISPOSITIONS GENERALES

Article 1er : Le présent décret porte attributions, organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation de la commande publique, en abrégé « ARCOP ».

L'autorité de régulation de la commande publique est chargée d'assurer la régulation indépendante du système de la commande publique en République togolaise.

L'autorité de régulation de la commande publique est dotée d'une personnalité juridique et jouit d'une autonomie de gestion administrative et financière. Elle est rattachée à la Présidence de la République.

Elle est habilitée à ester en justice.

Article 2: Le siège de l'autorité de régulation de la commande publique est établi à Lomé.

L'autorité de régulation de la commande publique peut créer des structures déconcentrées en fonction des besoins.

Elle peut créer un centre de formation pour le renforcement des capacités professionnelles des acteurs de la commande publique.

CHAPITRE II - ATTRIBUTIONS DE L'AUTORITE DE REGULATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Article 3 : L'autorité de régulation de la commande publique assure la régulation du système de gestion de la commande publique.

A ce titre, elle :

- émet des avis, propositions ou recommandations dans le cadre de la définition des politiques et de l'assistance à l'élaboration de la réglementation de la commande publique ;
- assure, en collaboration avec la direction nationale du contrôle de la commande publique, la sensibilisation et l'information de l'ensemble des acteurs de la commande publique, le développement du cadre professionnel ;
- élabore, en collaboration avec la direction nationale du contrôle de la commande publique et l'unité de partenariat public-privé, les stratégies de professionnalisation et de renforcement des capacités des acteurs de la commande publique ;
- assure l'évaluation des performances du système de passation, d'exécution et de contrôle de la commande publique ;
- assure l'opérationnalisation et le fonctionnement de l'observatoire économique de la commande publique chargé du recensement et de l'analyse des données économiques et financières relatives à la commande publique ;
- assure le dialogue entre les acteurs de la commande publique et la diffusion de bonnes pratiques ;
- diligente les enquêtes sur les irrégularités et violations dénoncées ou constatées dans le cadre de la passation et de l'exécution de la commande publique ;
- initie des procédures d'audits de conformité, techniques et/ou financiers réalisés par des organismes indépendants des procédures de passation et d'exécution des contrats de la commande publique ;

- procède à l'évaluation de la performance du système de la commande publique ;

- procède au règlement non juridictionnel des litiges survenus à l'occasion de la passation et de l'exécution des contrats de la commande publique et sanctionne les irrégularités constatées.

L'autorité de régulation de la commande publique est également chargée de la réalisation de toute mission relative à la commande publique qui lui est confiée.

Section 1ère : Attributions en matière administrative et consultative

Article 4 : L'autorité de régulation de la commande publique est chargée de :

- veiller, par des études de suivi évaluation du système et des avis réguliers, à l'application de la réglementation et des procédures relatives à la commande publique et de proposer au gouvernement et aux institutions chargées de la commande publique, toute mesure législative ou réglementaire, ou recommandation de nature à améliorer, à réviser ou à renforcer l'efficience du système de la commande publique ;

- élaborer, diffuser et mettre à jour, en concertation avec la direction nationale du contrôle de la commande publique et l'unité de partenariat public-privé, les ministères techniques compétents, les organisations professionnelles et la société civile, les textes d'application relatifs à la réglementation de la commande publique ainsi que les documents-types nécessaires, les manuels de procédures, les guides pratiques et progiciels appropriés ;

- contribuer à la promotion d'un environnement transparent favorable au jeu de la concurrence et au développement des entreprises et de compétences nationales stables et performantes ;

- promouvoir, en collaboration avec les institutions chargées de la lutte contre la corruption, la mise en œuvre, par l'ensemble des acteurs du système de la commande publique, de dispositifs éthiques et de pactes d'intégrité visant à proscrire la corruption et à en sanctionner les effets ;

- diffuser l'ensemble de la réglementation relative à la commande publique et, ainsi, garantir l'information du public et des opérateurs économiques sur les procédures de passation de la commande publique ;

- initier, en collaboration avec la direction nationale du contrôle de la commande publique et l'unité de partenariat public-privé, des programmes de formation, de sensibilisation et d'information des opérateurs économiques et des institutions concernées par la commande publique en relation régulière avec les instituts ou écoles de formation mis en place, au niveau national, communautaire ou international et spécialisés dans le domaine de la pratique de la commande publique ;

- participer aux réunions régionales et internationales ayant trait à la commande publique et entretenir des relations de coopération technique avec les organismes régionaux et internationaux agissant dans ce domaine.

Article 5 : Pour réaliser les missions mentionnées à l'article 4 ci-dessus, l'autorité de régulation de la commande publique :

- participe, en relation avec la direction nationale du contrôle de la commande publique et l'unité de partenariat public-privé, à la collecte et à la centralisation de toute la documentation et de toutes les données relatives à l'attribution, à l'exécution et au contrôle de la commande publique, en vue de la constitution d'une banque de données à laquelle elle a directement accès ;

- reçoit également des autorités contractantes copies des avis, autorisations, procès-verbaux, rapports d'évaluation, contrats approuvés et tous rapports d'activités dont elle assure la bonne tenue et la conservation par archivage ;

- assure l'édition et la publication d'une revue périodique ayant pour objet d'informer le public des activités de l'autorité de régulation de la commande publique ;

- gère un site internet où sont publiées les informations liées à la mission de régulation de la commande publique ;

- conçoit et participe à la gestion du portail web national de publication des informations relatives à la commande publique ;

- évalue périodiquement les capacités humaines, logistiques et financières des institutions en charge de la commande publique. en tenant compte des indicateurs de performance en matière de passation et d'exécution des contrats de la commande publique ;

- assure le contrôle des procédures de classification et de quallication des entreprises et procède à des audits réguliers de ces procédures diligentées par l'organisme compétent ;

- participe à l'élaboration des normes, spécifications techniques, systèmes de management de la qualité applicables à la commande publique en adéquation avec les règles adoptées au sein des organismes de normalisation nationaux, régionaux ou internationaux.

Section 2 : Attributions en matière d'investigations et d'enquêtes

Article 6 : L'autorité de régulation de la commande publique est chargée de :

- initier, sur la base d'une demande ou d'une information émanant de toute personne intéressée, à tout moment, toute enquête concernant des irrégularités ou violations de la réglementation relative à la commande publique ;

- réaliser des enquêtes par des agents assermentés ;

- saisir ou assister, en tant qu'organe de liaison, les organisations communautaires ou internationales, dans le cadre de la surveillance multilatérale en matière de la commande publique.

Section 3 : Attributions en matière contentieuse et disciplinaire

Article 7 : L'autorité de régulation de la commande publique est chargée de :

- recevoir les recours exercés par les candidats, soumissionnaires et titulaires :
- statuer, par une décision, sur les recours exercés par les candidats et soumissionnaires ;
- recevoir et statuer sur les dénonciations des irrégularités introduites par les acteurs de la commande publique ;
- recevoir et statuer sur les différends qui peuvent opposer les autorités contractantes à la direction nationale du contrôle de la commande publique ou à l'unité de partenariat public-privé â l'occasion de la passation des contrats de la commande publique, ou en cas de refus d'approbation du marché ou du contrat de partenariat public-privé par l'autorité compétente ;
- se saisir des violations de la réglementation en matière de la commande publique ;
- prononcer des sanctions administratives d'exclusion et pécuniaires à l'encontre de tout candidat, soumissionnaire, titulaire ou agent public ayant violé la réglementation applicable en matière de passation, d'exécution et de contrôle des contrats de la commande publique ;
- tenir la liste des personnes physiques ou morales exclues à la disposition des acteurs de la commande publique.

Section 4 : Attributions en matière d'audits annuels et rapport d'activités

Article 8 : L'autorité de régulation de la commande publique fait procéder annuellement, par des cabinets indépendants à des audits sur la régularité de la passation et de l'exécution des contrats de la commande publique de tout ou partie des autorités contractantes sélectionnées sur la base d'un échantillon aléatoire représentatif de marchés passés. Ces audits portent sur l'efficacité, l'efficience et la conformité juridique, technique et financière des acquisitions publiques.

Le cabinet d'audit sélectionné peut demander et obtenir communication, au nom de l'autorité de régulation de la commande publique, de tout document ou pièce qu'il juge nécessaire à l'accomplissement de sa mission et s'engage à assurer la confidentialité de la documentation reçue.

Il peut, après en avoir informé l'autorité de régulation de la commande publique et obtenu l'autorisation de celle-ci, procéder aux auditions et visites qu'il juge nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Dans ce cas, il préserve le droit au contradictoire de l'administration, de l'organisme, de l'entreprise ou du service concerné par l'audit.

Les rapports établis à l'issue des missions d'audit par le cabinet sont soumis à l'autorité de régulation de la commande publique qui les transmet au président de la République, au président de l'Assemblée nationale, au président du Sénat, au président de la Cour des comptes, au ministre chargé des finances, aux autorités compétentes chargées du

contrôle a priori, à l'Inspection générale des finances, à l'Inspection générale d'Etat, et aux institutions de l'Etat en charge de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption. Leurs principales conclusions et recommandations sont mentionnées dans le rapport d'activités de l'autorité de régulation de la commande publique.

Les rapports d'audits sont publiés sur le site internet de l'autorité de régulation de la commande publique et font l'objet d'une large diffusion.

Article 9 : L'autorité de régulation de la commande publique dresse à la fin de chaque année budgétaire, un rapport d'activités qui rend compte de la performance en termes d'efficacité et de fiabilité du système de passation, d'exécution et de contrôle des contrats de la commande publique, assorti de toutes recommandations susceptibles de l'améliorer.

Ce rapport est adressé au président de la République, au premier ministre, au président de l'Assemblée nationale, au président du Sénat, au président de la Cour des comptes, aux présidents des autres institutions de la République et au ministre chargé des finances et fait l'objet d'une publication.

CHAPITRE III - ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE L'AUTORITE DE REGULATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Section 1ère : Conseil de régulation

Article 10 : Le conseil de régulation est l'organe délibérant et décisionnel de l'autorité de régulation de la commande publique.

A ce titre, il :

- participe à la définition de la politique générale et détermine les orientations stratégiques du secteur de la commande publique ainsi que les perspectives de développement de l'autorité de régulation de la commande publique ;
- examine et approuve chaque année le programme d'activités de l'autorité de régulation de la commande publique pour l'exercice à venir, sur proposition de la direction generale ;
- reçoit de la direction générale, communication des rapports périodiques, annuels et tous autres rapports et délibère à leur sujet ;
- recrute le directeur général par appel à candidatures et conclut avec lui un contrat d'objectifs et de performance sur la base duquel il est évalué annuellement ;
- évalue, selon une périodicité qu'il détermine, le respect des orientations, le niveau de réalisation des objectifs et l'atteinte des performances de l'autorité de régulation de la commande publique ;
- adopte, sur proposition du directeur général, toute recommandation, projet de réglementation, document standard, manuel de procédures, dans le domaine de la commande publique en vue de sa transmission aux autorités compétentes ;

- adopte, sur proposition du directeur général, le règlement intérieur de l'autorité de régulation de la commande publique, l'organigramme, les manuels de procédures internes de gestion, de recrutement et de gestion des ressources humaines, le statut du personnel, la grille des rémunérations et des avantages du personnel de la direction générale ;

- adopte le budget de l'autorité de régulation de la commande publique ;

- arrête les comptes définitifs et états financiers annuels en vue de leur transmission au président de la Cour des comptes ;

- accepte tous dons, legs et subventions dans le respect des dispositions des lois en vigueur ;

- approuve la signature des conventions et engagements financiers et techniques qui ont une incidence sur le budget ;

- contrôle l'exécution conforme du budget sans intervenir dans le fonctionnement quotidien de la direction générale de l'autorité de régulation de la commande publique dont le personnel ne peut recevoir du conseil de régulation d'instructions relatives à l'exercice de ses attributions ;

- autorise la direction générale à engager la procédure d'aliénation des biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, conformément à la législation en vigueur ;

- approuve par les soins du président du conseil les contrats de l'ARCOP d'un montant supérieur ou égal à un seuil fixé par décision du conseil ;

- approuve le plan de recrutement du personnel de direction, les propositions de nomination, les rémunérations du personnel et les sanctions disciplinaires du personnel ;

- autorise la participation de l'autorité de régulation de la commande publique dans les associations, groupements ou autres organismes professionnels, dont l'activité est nécessairement liée à ses missions et met fin à de telles participations.

Dans le cadre de ses missions, le conseil de régulation peut faire appel, en cas de besoin, aux services de cabinets, de sociétés et de personnes ressources qualifiées dans les domaines considérés soumis à sa délibération.

Les procédures d'utilisation de ces services extérieurs sont définies dans un manuel de procédures.

Article 11 ; Le conseil de régulation est un organe tripartite composé de neuf (9) membres représentant, sur une base paritaire, l'administration publique, le secteur privé et la société civile.

Il est composé comme suit :

- trois (3) représentants de l'administration publique dont un provenant de la Présidence de la République, un représentant le ministère chargé des finances et un magistrat, représentant le ministère chargé de la justice ;

- trois (3) membres du secteur privé provenant des organisations professionnelles représentatives des opérateurs économiques des secteurs des bâtiments et travaux publics, du commerce et des services ;

- trois (3) membres de la société civile provenant des organisations ou associations représentatives œuvrant dans le domaine de la bonne gouvemance, de l'éthique et de la lutte contre la corruption.

Article 12 : Les membres du conseil de régulation sont choisis parmi les personnalités ou cadres de réputation morale et professionnelle avérée dans les domaines juridique, technique, économique ou financier.

Ils sont nommés par décret en conseil des ministres, après enquête de moralité, sur proposition des administrations, des organismes professionnels du secteur privé et des organisations de la société civile auxquels ils appartiennent.

Ils ne peuvent être poursuivis, recherchés, arrêtés ou jugés à l'occasion des actes accomplis, des mesures prises, des opinions ou des votes émis dans l'exercice de leurs fonctions. Ils exercent leurs fonctions en toute impartialité et en toute indépendance.

Ils sont tenus au secret des délibérations et décisions du conseil de régulation, au respect du secret professionnel pour les informations, faits, actes et renseignements dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

Les membres du conseil de régulation sont également tenus à l'obligation de réserve pour ce qui concerne les procédures de règlement des différends et de sanctions conduites par-devant l'autorité de régulation de la commande publique.

Ils doivent, lors de leur entrée en fonction et à la fin de celle-ci, faire sur l'honneur une déclaration écrite d'intérêts et de patrimoine, conformément à la loi organique fixant les conditions de déclaration de biens et avoirs des hautes personnalités, hauts fonctionnaires et autres agents publics.

A défaut d'établissement de ces déclarations lors de leur entrée en fonction dans les trots (3) mois, le ou les membres défaillants sont réputés démissionnaires de plein droit.

Article 13 : Les membres du conseil de régulation sont nommés pour un mandat de trois (3) ans, renouvelable une fois.

Le mandat des membres du conseil de régulation prend fin, soit à l'expiration normale de sa durée, soit par décès ou par démission ou par perte de la qualité qui avait motivé la nomination. Il prend également fin par révocation, par décret en conseil des ministres, à la suite d'agissements incompatibles avec l'exercice de leurs fonctions.

Constitue notamment un agissement incompatible, l'un des faits ci-après :

- non-respect du secret des délibérations et décisions ;

- corruption active ou passive ou toute autre infraction assimilée ;

- violation des dispositions des textes législatifs et réglementaires régissant la commande publique ;

- actes ou comportements intentionnels, susceptibles d'empêcher l'accomplissement par l'autorité de régulation de la commande publique de sa mission de régulation et pouvant causer un préjudice certain aux acteurs ;
- tout comportement inapproprié de nature à entacher la respectabilité et l'image de l'autorité de régulation de la commande publique.

En cas de décès au cours du mandat ou dans toutes les hypothèses où un membre n'est plus en mesure d'exercer son mandat, il est immédiatement pourvu à son remplacement dans les mérnes conditions que pour sa nomination, pour la période du mandat restant à courir.

Dans les quatre (4) mois précédant l'expiration du mandat des membres du conseil de régulation, le président du conseil de régulation sortant Instruit le directeur général à engager le processus de renouvellement du mandat des membres du conseil en relation avec les administrations, organismes socioprofessionnels et organisations de la société civile auxquels ils appartiennent.

Article 14 : Le conseil de régulation est présidé par une personnalité élue par ses membres parmi les représentants de l'administration publique, pour la durée de son mandat.

Article 15 : Un membre du conseil de régulation ne peut prendre part à l'examen de questions liées aux personnes morales ou physiques avec lesquelles il entretient des liens d'intérêt ou de parenté.

Aucun membre du conseil de régulation ne peut participer à une délibération si, au cours des deux années précédant sa nomination, il a, directement ou indirectement, collaboré aux activités de l'entreprise ou de la personne concernée par la délibération qui est soumise au conseil.

Il est interdit aux membres du conseil de régulation d'utiliser les informations obtenues dans l'exercice de leurs fonctions pour s'assurer un avantage quelconque lié à la commande publique.

Article 16 : Le conseil de régulation se réunit au siège de l'autorité de régulation de la commande publique une fois par trimestre en session ordinaire sur convocation de son président. Sauf en cas d'urgence, les convocations sont faites par télécopie, lettre, courrier électronique ou tout autre moyen laissant trace écrite, dix (10) jours calendaires au moins, avant la date prévue pour la réunion. Les convocations indiquent la date, le lieu et l'ordre du jour de la réunion.

Le conseil de régulation peut également se réunir par tous moyens de télécommunication fiables permettant l'identification des participants et la retransmission continue et simultanée des échanges, notamment par visio-conférence.

Le conseil de régulation examine toute question inscrite à l'ordre du jour, soit par son président, soit à la demande d'au moins un tiers (1/3) de ses membres ou du directeur général. Les pièces annexées à l'ordre du jour sont mises à la disposition de chaque membre au moins cinq (5) jours calendaires avant la réunion.

Le conseil de régulation peut se réunir en session extraordinaire chaque fois que de besoin sur convocation de son président, soit à la demande d'au moins un tiers (1/3) de ses membres ou du directeur général.

Article 17 : Tout membre empêché peut se faire représenter aux réunions par un autre membre du conseil de régulation. En tout état de cause, aucun membre dudit conseil ne peut représenter plus d'un membre au cours de la même réunion.

Aucun membre ne peut se faire représenter plus d'une fois par semestre au cours des réunions ordinaires. Tout membre qui aura été absent à deux (2) réunions ordinaires du conseil de régulation, au cours d'une même année, sans motif légitime, sera considéré comme ayant démissionné de ses fonctions.

En cas d'empêchement du président, celui-ci désigne un représentant provenant de l'administration publique pour le suppléer aux réunions du conseil de régulation.

Si le président n'a pu procéder à la désignation d'un remplaçant, le conseil de régulation élit en son sein un président de séance provenant de l'administration à la majorité simple des membres présents ou représentés.

Article 18 : Le conseil de régulation ne peut valablement délibérer que si au moins les deux tiers (2/3) de ses membres sont présents ou représentés.

Si ce quorum n'est pas atteint, le conseil de régulation, convoqué dans un délai de sept (7) jours calendaires, délibère valablement quel que soit le nombre des membres présents.

Dans l'un ou l'autre cas, la délibération du conseil de régulation ne peut valablement se faire que si chacune des trois (3) composantes est représentée.

Chaque membre dispose d'une voix. Les décisions sont prises à la majorité simple des membres présents ou représentés. En cas de partage des voix, celle du président du conseil de régulation est prépondérante.

Article 19 : Le conseil de régulation peut faire appel à toute personne dont la compétence est jugée utile à l'examen de dossiers inscrits à l'ordre du jour de ses réunions.

Article 20 : Les délibérations du conseil de régulation sont formalisées par des procès-verbaux consignés dans un registre tenu au siège de l'autorité de régulation de la commande publique et signés par le président du conseil et le directeur général qui assure le secrétariat des réunions. Ces procès-verbaux mentionnent les noms des membres présents ou représentés ainsi que ceux des personnes invitées à titre consultatif. Ils sont lus et approuvés par le conseil de régulation lors de la session suivante.

Article 21 : Une indemnité forfaitaire mensuelle et des indemnités de session rémunèrent les activités du président du conseil de régulation. Les autres membres du conseil de régulation perçoivent des indemnités de session.

Les diverses indemnités visées à l'alinéa précédent du présent article sont fixées, par arrêté du ministre chargé des finances, sur proposition du conseil de régulation.

Section 2 : Comité de règlement des différends

Article 22 : Le comité de règlement des différends est chargé de :

- recevoir, enregistrer et examiner les recours relatifs à la procédure de passation des contrats de la commande publique ainsi qu'à leur exécution, exercés par les candidats, les soumissionnaires et les titulaires ;

- recevoir et statuer sur les irrégularités ou violations commises avant pendant et après la passation ou l'exécution des contrats de la commande publique ;

- statuer sur les différends qui opposent une ou plusieurs entités administratives de passation, d'exécution ou de contrôle des contrats de la commande publique.

Article 23 : Le comité de règlement des différends est composé de quatre (4) membres issus du conseil de régulation ainsi qu'il suit ;

- le président du conseil de régulation ;

- le magistrat représentant le ministère de la justice ;

- un membre du collège secteur privé ;

- un membre du collège société civile.

La présidence du comité de règlement des différends est assurée de droit par le président du conseil de régulation. En cas d'empêchement, la présidence du comité de règlement des différends est assurée par toute personne désignée à cet effet parmi ses membres par le conseil de régulation.

Le comité de règlement des différends est appuyé dans la préparation et la tenue des audiences par un secrétaire rapporteur.

Les modalités de fonctionnement du comité de règlement des différends ainsi que la procédure devant cette instance sont fixées par le manuel de procédures et le règlement intérieur du conseil de régulation.

Les membres du comité de règlement des différends perçoivent des indemnités de session fixées par arrêté du ministre chargé des finances, sur proposition du conseil de régulation.

Article 24 : Les membres du comité de règlement des différends exercent leur fonction en toute indépendance et impartialité. Ils sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leur fonction, sous réserve de ce qui est nécessaire à l'établissement de la décision. Dans l'exercice de leurs attributions, ils ne reçoivent d'instructions d'aucune autorité.

Lorsque le comité examine des réclamations ou des recours concernant la structure d'origine de l'un de ses membres ou des entreprises dans lesquelles l'un de ses membres représentant le secteur privé ou la société civile a des intéréts, ce dernier n'assiste pas aux délibérations.

En cas de besoin, il peut être fait appel à toute personne ressource susceptible d'éclairer le comité de règlement des différends. Les personnes ressources n'ont pas voix délibérative.

Article 25 : Le comité de règlement des différends de l'autorité de régulation de la commande publique siège, en fonction des faits dont il est saisi, soit en formation litiges, soit en formation disciplinaire.

Article 26 : Le comité, en formation litiges, est saisi des litiges relatifs à la procédure de passation des contrats de la commande publique.

Le comité, en formation litiges, a pour missions de :

- ordonner toute mesure conservatoire, corrective, ou suspensive de la procédure de passation ;
- statuer sur les irrégularités et violations de la réglementation de la commande publique qu'il constate ;
- concilier les parties dans le cadre de la procédure de règlement amiable des litiges nés de l'exécution des contrats de la commande publique.

Le comité de règlement des différends est saisi par le directeur général de l'autorité de régulation de la commande publique à l'effet de statuer sur toute irrégularité de la procédure de passation des contrats de la commande publique dont l'autorité de régulation de la commande publique est saisie ou informée.

Le comité de règlement des différends peut soulever d'office des irrégularités d'ordre public constatées dans le cadre d'une affaire dont il est saisi.

Les décisions du comité de règlement des différends sont exécutoires et ont force contraignante pour les parties.

Article 27 : Le comité de règlement des différends, statuant en formation disciplinaire, a pour attribution de prononcer des sanctions, sous la forme d'exclusions temporaires, définitives et/ou de pénalités pécuniaires à l'encontre des soumissionnaires, candidats, titulaires ou agents publics qui interviennent dans la commande publique, en cas de violation de la réglementation afférente en matière de passation ou d'exécution des contrats de la commande publique. Ces sanctions peuvent également être prononcées par le comité en formation litiges statuant en matière de recours dans le respect du principe du contradictoire et de protection des droits de la défense lorsque l'examen d'un litige laisse apparaître l'existence de pratiques devant donner lieu à des sanctions.

Le comité de règlement des différends, statuant en formation disciplinaire, peut prononcer à l'encontre des candidats, soumissionnaires et titulaires des sanctions pécuniaires sous forme d'amende dans les conditions fixées par la loi.

Le montant des pénalités est fonction de la gravité des irrégularités et des violations à la réglementation, sans préjudice de la réparation des dommages subis par l'autorité contractante.

L'autorité de régulation de la commande publique informe les autorités judiciaires et les juridictions financières compétentes des fautes commises par les agents publics et

privés des autorités contractantes à l'occasion de la passation ou de l'exécution des contrats de la commande publique.

Le comité de règlement des différends peut recourir à un programme de clémence dont les modalités sont précisées dans le manuel de procédures du comité de règlement des différends et le règlement intérieur du conseil de régulation.

Article 28 : Les recours devant le comité de règlement des différends prennent la forme de requête adressée par lettre avec accusé de réception ou par tout moyen électronique, devant contenir les nom et adresse du demandeur, l'objet de la demande, l'exposé sommaire des motifs, l'énonciation et la communication des pièces que le requérant entend verser au débat, le cas échéant, la décision attaquée. La requête affranchie d'un timbre fiscal, est adressée au Président du comité de règlement des différends et inscrite sur un registre d'ordre tenu par la direction générale.

L'enregistrement de tout recours est conditionné au paiement des frais y afférents et dont le montant est fixé par décision du conseil de régulation.

Les modalités de traitement et d'instruction des recours ainsi que des dénonciations sont détaillées dans le manuel de procédures du comité de règlement des différends et dans un règlement intérieur du conseil de régulation.

Section 3 : Direction générale

Sous-section 1ère : Attributions de la direction générale

Article 29 : La direction générale est l'organe exécutif de l'autorité de régulation de la commande publique.

A ce titre, elle est chargée de :

- veiller à l'application de la politique générale et des orientations stratégiques du secteur de la commande publique ainsi que les perspectives de développement de l'autorité de régulation de la commande publique ;
- préparer et organiser les travaux du conseil de régulation ;
- veiller à l'application des décisions du conseil de régulation et du comité de règlement des différends.

La direction générale de l'autorité de régulation de la commande publique est placée sous la responsabilité d'un directeur général.

Sous-section 2 : Attributions du directeur général

Article 30 : Le directeur général est chargé du bon fonctionnement de la direction générale de l'autorité de régulation de la commande publique.

A ce titre, il :

- assure la préparation des dossiers à soumettre au conseil de régulation et au comité de règlement des différends, assiste aux réunions de ceux-ci avec voix

consultative en qualité de secrétaire rapporteur et exécute les décisions adoptées ;

- soumet à l'adoption du conseil de régulation les projets d'organigramme et de règlement intérieur, ainsi que la grille des rémunérations et des avantages du personnel ;
- élabore et soumet à l'adoption du conseil de régulation le projet de plan annuel d'activités de l'autorité de régulation de la commande publique, les rapports d'activités assortis de recommardations, les projets de réglementation, de documents standards, de manuels de procédures, de programmes de formation ou de développement du cadre professionnel dans le domaine de la commande publique ;
- propose et diligente les enquêtes et investigations, contrôles et audits sur les procédures de passation et d'exécution des contrats de la commande publique ;
- prépare le budget dont il est l'ordonnateur, les comptes et les états financiers à soumettre au conseil pour approbation et arrêté des comptes ;
- exécute le budget adopté par le conseil de régulation ;
- assure la gestion technique, administrative et financière de l'autorité de régulation de la commande publique ;
- recrute et licencie les membres du personnel. Il a la qualité d'employeur au sens du code du travail ;
- nomme le personnel aux postes de responsabilités dans le respect des conditions du statut du personnel ;
- approuve les marchés, contrats et conventions liés aux missions de l'autorité de régulation de la commande publique dont le montant est inférieur à un seuil fixé par décision du conseil de régulation ;
- représente l'autorité de régulation de la commande publique dans tous tes actes de la vie civile et dispose de la capacité d'ester en justice ;
- prend, dans les cas d'urgence, toute mesure conservatoire nécessaire à la bonne marche, de l'autorité de régulation de la commande publique, à charge pour lui d'en rendre compte au conseil de régulation ;
- exécute, toute mission relevant des competences générales de l'autorité de régulation de la commande publique, sous réserve des prérogatives spécifiques dévolues, aux termes du présent décret, au conseil de régulation et au comité de règlement des différends ;
- émet des titres exécutoires sous forme d'ordre de recettes des redevances de régulation et des amendes prononcés par le comité de règlement des différends.

Le directeur général peut, sous sa responsabilité, déléguer sa signature.

Article 31 : Le directeur général est nommé par décret en conseil des ministres, sur proposition du conseil de régulation, aux termes d'une procédure de recrutement effectuée par appel à candidatures pour un mandat de trois (3) ans renouvelable une fois. Il est recruté sur la base de critères d'intégrité morale, de qualification et d'expérience professionnelle dans les domaines juridique, technique, économique ou de

la commande publique.

Le directeur général signe avec le conseil de régulation un contrat d'objectifs et de performance assorti d'indicateurs.

Le directeur général doit faire sur l'honneur une déclaration écrite de tous ses biens et patrimoine conformément à la loi organique qui fixe les conditions de déclaration de biens et avoirs des hautes personnalités, hauts fonctionnaires et autres agents publics.

Les fonctions du directeur général, exercées à temps plein, sont incompatibles avec toute détention directe ou indirecte d'intérêts dans les entreprises soumissionnaires des contrats de la commande publique, toute fonction salariée, ou tout bénéfice, rémunération ou avantage sous quelque forme que ce soit accordé par ces entreprises ou des autorités contractantes. Il ne peut davantage exercer de fonction élective et d'activité commerciale ou de consultation en rapport avec les missions de l'autorité de régulation de la commande publique.

Les rapports entre le directeur général et l'autorité de régulation de la commande publique sont régis par un contrat administratif.

Il est tenu au secret des délibérations du conseil de régulation et du comité de règlement des différends.

En cas de vacance du poste de directeur général pour cause de décès, de démission ou d'empêchement définitif et dans l'attente du recrutement d'un nouveau directeur général, le conseil de régulation nomme sans délai un directeur général intérimaire choisi parmi les cadres supérieurs qui assument des fonctions de direction ou de responsabilité au sein de la direction générale.

Article 32 : Le directeur général est responsable de la gestion de l'autorité de régulation de la commande publique devant le conseil de régulation qui peut le sanctionner en cas de comportement susceptible de nuire à la bonne marche ou à l'image de l'institution conformément aux dispositions du code du travail.

Les procédures de sanction doivent respecter le principe du contradictoire et les droits de la défense.

Le directeur général est révocable.

Article 33 : La rémunération et les avantages divers du directeur général sont fixés suivant un statut adopté par décision du conseil de régulation.

Sous-section 2 : Organisation de la direction générale

Article 34 : La direction générale de l'autorité de régulation de la commande publique comprend les directions ci-après :

- la direction des services administratif et financier ;
- la direction de la réglementation et des affaires juridiques ;
- la direction de la formation et des appuis techniques ;

- la direction des statistiques, de la documentation et du suivi-évaluation ;
- la direction des investigations et enquêtes ;
- la direction de la communication et des relations publiques.

Article 35 : Chaque direction est placée sous l'autorité d'un directeur qui est responsable devant le directeur général.

Les directeurs sont recrutés par voie d'appel à candidatures par le directeur général après avis du conseil de régulation.

Sous-section 3 : Attributions des directions

Article 36 : La direction des services administratif et financier est chargée de :

- l'élaboration et la mise à jour du manuel de procédures techniques, administratives, comptables et financières ainsi que le suivi de sa mise en œuvre ;
- l'élaboration et le suivi des tableaux de bord de la performance financière ;
- l'élaboration de la politique de gestion des ressources humaines ;
- la gestion du patrimoine matériel et immatériel, du courrier et des ressources financières ;
- la préparation et le suivi de l'exécution du budget ;
- la préparation des états financiers et autres documents comptables ;
- la gestion du personnel de l'autorité de régulation de la commande publique ;
- la mobilisation des ressources pour le financement des activités de régulation de la commande publique.

Article 37 : La direction de la réglementation et des affaires juridiques est chargée de :

- veiller, par des études et avis réguliers, à la saine application de la réglementation et des procédures relatives à la commande publique ;
- proposer au directeur général toutes recommandations ou projets de textes de nature à améliorer et renforcer l'efficience du système de la commande publique ;
- élaborer et mettre à jour les documents types, manuels de procédures et guides de passation des contrats de la commande publique ;
- participer à l'élaboration des normes, spécifications techniques, systèmes de management de la qualité applicables aux contrats de la commande publique ;
- appuyer le comité de règlement des différends dans l'instruction des recours exercés par les candidats, soumissionnaires et titulaires des contrats de la commande publique ;

- informer et conseiller le directeur général ainsi que tous les services concernés quant aux évolutions du droit, des normes, de la jurisprudence à travers une veille juridique et réglementaire permanente, la rédaction de notes de synthèse ;

- assurer l'intervention avec les auxiliaires de justice et assister le directeur général dans la représentation de l'autorité de régulation de la commande publique devant les instances judiciaires.

Article 38 : La direction de la formation et des appuis techniques est chargée de :

- élaborer et mettre en œuvre la stratégie de renforcement des capacités des acteurs de la commande publique ;

- élaborer et exécuter les programmes annuels de formation ;

- participer à la définition des programmes d'information et de sensibilisation des acteurs du système de la commande publique ;

- assurer la mise en œuvre des appuis techniques au profit des acteurs de la commande publique ;

- assurer la professionnalisation de la fonction de gestion de la commande publique ;

- coordonner les activités pédagogiques du centre de renforcement des capacités ou de l'institut de formation en commande publique ;

- initier, en relation avec les centres ou écoles de formation nationaux, sous-régionaux ou internationaux et spécialisés dans le domaine de la commande publique, des programmes de formation initiale et continue.

Article 39 : La direction des statistiques, de la documentation et du suivi-évaluation est chargée de :

- concevoir et mettre en œuvre un mécanisme de collecte et de centralisation des statistiques sur la commande publique en vue de la constitution d'une base de données;

- recevoir des autorités contractantes copies des avis, dossiers, autorisations, procès-verbaux, rapports d'évaluation, contrats et de tout rapport d'activités pour conservation et archivage ;

- concevoir et mettre à la disposition des acteurs les outils informatiques ou les logiciels en vue d'assurer l'efficience dans la gestion des contrats de la commande publique ;

- conduire les missions de contrôle a posteriori, à savoir audits annuels techniques et/ou financiers indépendants de la passation, du contrôle et de l'exécution des contrats de la commande publique ;

- évaluer périodiquement la performance des organes en charge du système de la commande publique, ainsi que les procédures et les pratiques de la commande publique, et de proposer des actions correctives et préventives de

nature à améliorer la qualité de leurs performances, dans un souci d'économie, de transparence et d'efficacité ;

- conduire la mise en place et l'opérationnalisation de l'observatoire économique de la commande publique ;

- assurer la mise en place et le fonctionnement du système de dématérialisation des procédures de la commande publique ;

- élaborer et mettre à jour périodiquement le système de suivi et évaluation de la performance du système de la commande publique ;

- coordonner les revues périodiques du rendement des activités relatives à la commande publique.

Article 40 : La direction des investigations et enquêtes est chargée de :

- réaliser des enquêtes relatives aux irrégularités dénoncées ou constatées dans la gestion de la commande publique ;

- élaborer la cartographie des risques et la stratégie de lutte contre la corruption dans la commande publique ;

- mettre en place le système de management anti-corruption dans la commande publique conformément aux standards internationaux ;

- proposer, au directeur général, des enquêtes et contrôles sur les procédures de passation et d'exécution des contrats de la commande publique ;

- appuyer le comité de règlement des différends dans l'instruction les dénonciations faites par les acteurs de la commande publique ;

- établir un rapport des résultats des investigations et proposer une suite à donner.

Les enquêtes peuvent être engagées à l'initiative du président de la République, du président de l'Assemblée nationale, du président du sénat, du président ou du procureur général près la cour des comptes, de chaque ministre pour les affaires relevant de son département, des représentants des collectivités territoriales, des représentants des entreprises publiques, des institutions de lutte contre la corruption.

La direction des investigations et enquêtes est dirigée par un directeur recruté dans les conditions prévues à l'articte 35 du présent décret.

Le directeur des investigations et enquêtes est un agent assermenté assisté d'un ou de plusieurs agents assermentés recrutés parmi le personnel de l'autorité de régulation de la commande publique ou par recrutement externe.

Les candidats retenus à l'issue du recrutement sont, avant tout engagement, soumis à une enquête de moralité.

Ils prêtent serment après leur engagement devant le tribunal de première instance de Lomé.

Article 41 : La direction de la communication et des relations publiques est chargée de :

- élaborer et mettre en œuvre le plan de communication de l'autorité de régulation de la commande publique ;
- assurer la communication interne, externe et la gestion des relations publiques ;
- participer à l'élaboration et à l'édition du journal des marchés publIcs ou de tout autre support de communication sur la commande publique ;
- assurer l'édition et la publication d'une revue périodique relative aux activités de l'autorité de régulation de la commande publique ;
- assurer la gestion du site web et la communication digitale ;
- élaborer et diffuser les supports de communication ;
- participer à l'organisation matérielle et logistique des manifestations institutionnelles scientifiques et grand public ;
- organiser des actions d'information et de sensibilisation relatives à la commande publique ;
- coordonner la rédaction et assurer la publication du rapport annuel d'activités.

Article 42 : L'organisation et le fonctionnement des directions de la direction générale de l'autorité de régulation de la commande publique sont déterminés par décision du conseil de régulation sur proposition du directeur général.

CHAPITRE IV - RESSOURCES DE L'AUTORITE DE REGULATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Section 1ère : Ressources humaines

Article 43 : Le personnel de l'autorité de régulation de la commande publique bénéficie d'un statut propre approuvé par le conseil de régulation.

Article 44 : L'autorité de régulation de la commande publique peut employer :

- un personnel contractuel directement recruté ;
- les fonctionnaires en position de détachement ;
- les agents de l'Etat relevant du code du travail en suspension d'engagement ou toute autre position permise par la réglementation en vigueur.

Article 45 : Les fonctionnaires en détachement à l'autorité de régulation de la commande publique ou dans une autre position autorisée par les statuts de la fonction publique sont soumis, pendant toute la durée de leur emploi en son sein, aux textes régissant l'autorité de régulation de la commande publique et à la législation du travail, sous réserve, des dispositions des statuts de la fonction publique, le cas échéant, relatives à l'avancement, à la retraite et à la fin du détachement ou de toute autre position.

Le personnel de l'autorité de régulation de la commande publique est recruté selon une procédure transparente et concurrentielle.

Les membres des directions techniques et du personnel de l'autorité de régulation de la commande publique ne peuvent pas exercer une activité commerciale ou salariée dans la commande publique ni avoir un intérêt direct ou indirect dans une entreprise participant à la commande publique.

Les conflits entre l'autorité de régulation de la commande publique et les membres de son personnel relèvent de la compétence des juridictions de droit commun.

Article 46 : La rémunération ainsi que les avantages d'ordre financier et matériel du personnel de l'autorité de régulation de la commande publique sont fixés par le conseil de régulation sur proposition du directeur général.

Section 2 : Ressources financières

Article 47 : Les ressources financières de l'autorité de régulation de la commande publique sont constituées par :

- les subventions de l'Etat ;
- les ressources issues de la redevance de régulation des marchés publics ;
- les ressources issues de la redevance de régulation des contrats de partenariat public-privé ;
- les produits des amendes prononcées en cas de violation de la réglementation de la commande publique ;
- les produits de cession des dossiers d'appels à la concurrence ;
- les produits des prestations rendues aux intervenants du système de la commande publique à conditions que celles-ci ne soient pas en conflit avec les opérateurs économiques ;
- les appuis et subventions des partenaires techniques et financiers ;
- les revenus de ses biens, fonds et valeurs ;
- les dons et legs.

Les modalités de la collecte du produit des ventes des dossiers d'appel à la concurrence sont fixées par arrêté du ministre chargé des finances.

Article 48 : Les ressources de l'autorité de régulation de la commande publique sont des deniers publics.

Les disponibilités de l'autorité de régulation de la commande publique sont déposées sur un compte ouvert dans les livres du Trésor public ou dans une banque commerciale après autorisation du ministre chargé des finances.

La gestion comptable et financière de l'autorité de régulation de la commande publique obéit aux règles de la comptabilité publique.

Section 3 : Budget et comptes

Article 49 : Le budget de l'autorité de régulation de la commande publique prévoit et autorise les recettes et les dépenses et en détermine la nature et le montant.

Il est préparé par le directeur général qui le soumet au conseil de régulation pour examen au plus tard deux (2) mois avant la fin de l'année budgétaire en cours. Le budget est adopté par le conseil de régulation au plus tard le 1er décembre de la même année.

L'exercice budgétaire commence le 1er janvier et se clôture le 31 décembre de l'année.

Article 50 : Le budget de l'autorité de régulation de la commande publique est exécuté conformément au manuel de procédures administrative, technique, comptable et financière.

Les dépenses doivent être engagées dans l'exercice budgétaire au cours duquel elles ont été programmées.

Article 51 : Dans les trois (3) mois suivant la clôture de l'exercice budgétaire, le directeur général soumet au conseil de régulation, un rapport annuel contenant le rapport d'activités, les états financiers, l'état d'exécution du plan de travail budget annuel (PTBA) et tout autre renseignement que le conseil juge nécessaire.

Section 4 : Contrôle de gestion budgétaire

Article 52 : L'autorité de régulation de la commande publique est assujettie à la vérification des organes de contrôle de l'Etat et de la Cour des Comptes.

CHAPITRE V - DISPOSITIONS DIVERSES ET FINALES

Article 53 : Ethique et déontologie

Les membres des organes de l'autorité de régulation de la commande publique sont soumis à la réglementation en vigueur en matière d'éthique et de déontologie dans la commande publique.

Article 54 : Le présent décret abroge toutes les dispositions antérieures contraires, notamment celles des décrets n° 2009-296/PR du 30 décembre 2009 et n° 2011-182/PR du 28 décembre 2011 modifiant le décret n° 2009-296/PR du 30 décembre 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation des marchés publics.

Article 55 : Le ministre de l'économie et des finances et le secrétaire général de la Présidence de la République sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret qui sera publié au Journal officiel de la République togolaise.

Fait à Lomé, le 11 MAI 2022

Le Président de la République

SIGNE

Faure Essozimna GNASSINGBE

Le Premier ministre

SIGNE

Victoire S. TOMEGAH-DOGBE

Le ministre de l'économie
et des finances

SIGNE

Sani YAYA

Pour ampliation,
Le secrétaire Général
de la Présidence de la République

Ablamba Ahoéfavi JOHNSON

DECRET N° 2022 - 070/PR
PORTANT ATTRIBUTIONS, ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE LA DIRECTION NATIONAL DU CONTROLE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE,

Sur le rapport du ministre de l'économie et des finances,

Vu la Constitution du 14 octobre 1992 ;

Vu le Traité du 17 octobre 1993 modifié par le Traité du 17 octobre 2008 relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) et ses différents Actes Uniformes ;

Vu le Traité du 10 janvier 1994 modifié par le Traité du 29 janvier 2003 de l'Union économique et monétaire ouest-africaine ;

Vu la décision n° 03/2014/CM/UEMOA du 28 juin 2014 portant adoption du plan d'actions des réformes des marchés publics et des délégations de service public au sein de l'UEMOA ;

Vu la directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest-africaine ;

Vu la directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest-africaine ;

Vu la directive n° 01/2009ICM/UEMOA du 27 mars 2009 portant adoption du code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'Union économique et monétaire ouest-africaine ;

Vu la directive n° 06/20091CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'Union économique et monétaire ouest-africaine ;

Vu la directive n° 04/2012/CM/UEMOA du 28 septembre 2012 relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public au sein de l'Union économique et monétaire ouest-africaine ;

Vu la loi organique n° 2014-013 du 27 juin 2014 relative aux lois de finances ;

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

Vu la loi n° 2021-034 du 31 décembre 2021 relative aux contrats de partenariat public-privé ;

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

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

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

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

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

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

Vu le décret n° 2022-065/PR du 11 mai 2022 portant modalité de mise en oeuvre des procédures de passation et d'exécution des contrats de partenariat public-privé ;

Le conseil des ministres entendu ;

D E C R E T E :

Article 1er : Le présent décret porte attributions, organisation et fonctionnement de la direction nationale du contrôle de la commande publique, en abrégée DNCCP.

La direction nationale du contrôle de la commande publique est une direction du ministère de l'économie et des finances rattachée au ministre chargé des finances.

CHAPITRE Ier - ATTRIBUTIONS DE LA DIRECTION NATIONALE OU CONTROLE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Article 2 : La direction nationale du contrôle de la commande publique est chargée du contrôle a priori de la régularité et de la conformité des procédures de passation des marchés publics d'un montant supérieur ou égal à un seuil fixé par voie réglementaire.

Elle procède a posteriori au contrôle de la régularité et de la conformité des procédures de passation des marchés publics d'un montant inférieur audit seuil.

La direction nationale du contrôle de la commande publique est également chargée du contrôle a priori de la régularité et de la conformité des procédures de passation des contrats de partenariat public-privé.

La direction nationale du contrôle de la commande publique assure aussi des missions de suivi de l'exécution des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé.

Section 1ère : Attributions en matière de contrôle des procédures de passation de la commande publique et de suivi de leur exécution

Article 3 : Dans le cadre de ses attributions, la direction nationale du contrôle de la commande publique est chargée de :

- recevoir, examiner et valider les plans prévisionnels de passation des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé qui sont préparés par toutes les autorités contractantes et en assurer la publication sur le portail web de la commande publique ;
- participer aux réunions de coordination entre les autorités contractantes et les autorités en charge d'élaborer le budget de l'Etat et qui assurent le suivi de l'exécution budgétaire par la réservation du crédit et sa confirmation ;
- émettre un avis de non objection sur les dossiers d'appel à la concurrence, y compris les avis d'appel à la concurrence, avant leur lancement et la publication correspondante, ainsi que sur leurs modifications éventuelles ;
- accorder les autorisations et dérogations nécessaires à la demande des autorités contractantes lorsqu'elles sont prévues par la réglementation en vigueur ;
- émettre un avis de non objection sur le rapport d'analyse comparative des offres ou propositions et le procès-verbal d'attribution provisoire des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé ;
- procéder à un examen juridique et technique des projets de marché et des contrats de partenariat public-privé avant leur approbation et au besoin adresse à l'autorité contractante toute demande d'éclaircissement, de modification de nature à garantir la conformité du marché avec le dossier d'appel à la concurrence et la réglementation en vigueur ;
- émettre un avis de non objection sur les projets d'avenant ;
- apporter, en tant que de besoin, un appui technique aux autorités contractantes depuis l'élaboration des plans de passation de marchés publics, la préparation des dossiers d'appel d'offres jusqu'à la réception définitive des prestations ;
- assurer le suivi de l'exécution des contrats de la commande publique.

Section 2 : Attributions en matière administrative et consultative

Article 4 : La direction nationale du contrôle de la commande publique collabore avec l'autorité de régulation de la commande publique, les ministères techniques compétents, les organisations professionnelles, à la rédaction et à la validation des textes d'application relatifs à la réglementation des marchés publics et des contrats de partenariat public privé, notamment les documents-types, les manuels de procédures, les guides.

La direction nationale du contrôle de la commande publique procède, en relation avec l'autorité de régulation de la commande publique, à la collecte et à la centralisation de toute la documentation et de toutes les données relatives à l'attribution, à l'exécution et au contrôle des marchés publics en vue de la constitution et de la gestion d'une banque de données. Elle reçoit, à cet effet, des autorités contractantes copies des avis, autorisations, procès-verbaux, rapports d'évaluation, contrats, conventions, avenants et tous rapports d'activités dont elle assure la bonne tenue et la conservation par archivage.

A ce titre, elle est chargée de :

- l'immatriculation des contrats de la commande publique, en conformité avec les dispositions réglementaires et la conservation des exemplaires originaux des contrats et avenants ;
- la gestion du système d'information de la commande publique ainsi que du portail web national de la commande publique destinée à la publication de toutes les informations relatives aux contrats de la commande publique, en collaboration avec l'autorité de régulation de la commande publique.

La direction nationale du contrôle de la commande publique assure également, en collaboration avec l'autorité de régulation de la commande publique, la gestion du système de dématérialisation des procédures de la commande publique.

La direction nationale du contrôle de la commande publique collabore avec l'autorité de régulation de la commande publique à la programmation et à l'organisation de la formation initiale et continue des acteurs du système de passation des marchés publics et des contrats de partenariat public privé.

Article 5 : Dans le cadre de ses attributions telles que définies aux articles 2 à 4 du présent décret, la direction nationale du contrôle de la commande publique peut faire appel, en cas de nécessité, aux services de cabinets, sociétés et personnes ressources qualifiées dans les domaines considérés.

Les procédures d'utilisation de ces services extérieurs sont définies dans un manuel de procédures dûment élaboré sous la responsabilité du directeur national.

CHAPITRE II - ORGANISATION DE LA DIRECTION NATIONALE DU CONTROLE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Section 1ère : Structures

Article 6 : La direction nationale du contrôle de la commande publique comprend :

- la direction des affaires juridiques ;
- la direction du suivi de la commande publique ;
- la direction de la documentation, de la communication et de l'information ;
- la direction des divisions régionales du contrôle de la commande publique ;
- les services rattachés au directeur national.

Article 7 : La direction nationale du contrôle de la commande publique est placée sous l'autorité d'un directeur national qui a rang de directeur général de l'administration publique.

Le directeur national est nommé par décret en conseil des ministres sur proposition du ministre chargé des finances.

Section 2 : Attributions du directeur national

Article 8 : Le directeur national assure le bon fonctionnement des activités de la direction nationale du contrôle de la commande publique. A ce titre, il est chargé de :

- veiller à l'application des décisions de la direction nationale du contrôle de la commande publique ;
- réunir périodiquement les directions pour coordonner l'activité des structures de la direction nationale du contrôle de la commande publique ;
- émettre un avis sur les textes réglementaires qui lui sont soumis ;
- valider les plans prévisionnels de passation des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé des autorités contractantes ;
- émettre des avis de non objection sur les dossiers d'appel à concurrence, les rapports d'évaluation des offres ou propositions ainsi que les projets de contrat, convention et avenant qui lui sont soumis par les autorités contractantes ;
- valider les programmes et rapports d'activités de la direction nationale du contrôle de la commande publique ;
- évaluer, selon une périodicité qu'il détermine, le respect des orientations, le niveau de réalisations des objectifs et de l'accomplissement des performances de la direction nationale du contrôle de la commande publique ;
- transmettre au ministre chargé des finances un rapport annuel sur les activités de la direction nationale du contrôle de la commande publique établi à l'intention du président de la République, du président de l'Assemblée nationale, du président du Sénat et du président de la Cour des comptes ;
- établir, à l'intention du ministre chargé des finances, un rapport trimestriel sur les activités de la direction nationale du contrôle de la commande publique ;
- assurer, avec l'assistance des directeurs, la gestion technique, administrative et financière de la direction nationale du contrôle de la commande publique ;
- valider le projet de budget de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Le directeur national est chargé de l'exécution du budget de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Le directeur national peut, en cas de besoin, et suivant la complexité et l'urgence de certains dossiers, soumis par les autorités contractantes, créer des comités ad hoc composés des représentants des différentes structures de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Section 3 : Attributions des directions et des services rattachés au directeur national

Article 9 : La direction des affaires juridiques est chargée de :

- analyser les textes réglementaires applicables en matière de marchés publics et de contrats de partenariat public-privé soumis à l'examen de la direction nationale du contrôle de la commande publique ;

- étudier, en collaboration avec la direction du suivi de la commande publique, les dossiers d'appel à la concurrence, y compris les avis d'appel à la concurrence, avant leur lancement et la publication correspondante, ainsi que sur leurs modifications éventuelles ;
- fournir un avis juridique ou une assistance technique aux autorités contractantes sur les projets de marché public, de contrat, de convention et d'avenants ;
- examiner les demandes d'autorisations et de dérogations des autorités contractantes ;
- étudier en collaboration avec la direction du suivi de la commande publique, le rapport d'analyse comparative des offres ou propositions et le procès-verbal d'attribution provisoire des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé ;
- procéder à un examen juridique et technique des projets de marché public, de contrat ou de convention et d'avenant avant leur approbation et au besoin adresser à l'autorité contractante toute demande d'éclaircissement, de modification de nature à garantir la conformité du marché avec le dossier d'appel à la concurrence et la réglementation en vigueur ;
- fournir un avis juridique en cas de litige avec une autorité contractante survenant à l'occasion des procédures de passation des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé ;
- assurer le suivi des recours auprès de l'autorité de régulation de la commande publique.

Article 10 : La direction du suivi de la commande publique est chargée de :

- étudier et soumettre à la validation les plans de passation des marchés publics et des contrats de partenariat public privé préparés par les autorités contractantes ; elle est associée aux réunions de coordination entre les autorités contractantes et les autorités chargées d'élaborer le budget de l'État avec lesquelles elle assure le suivi de l'exécution budgétaire des marchés publics ;
- étudier, en collaboration avec la direction des affaires juridiques, les dossiers d'appel à la concurrence, y compris les avis d'appel à la concurrence, avant leur lancement et la publication correspondante, ainsi que sur leurs modifications éventuelles ;
- étudier, en collaboration avec la direction des affaires juridiques, le rapport d'analyse comparative des offres et propositions et le procès-verbal d'attribution provisoire des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé ;
- procéder à des vérifications périodiques ou inopinées des chantiers et des matériels en cours de fabrication ;
- faire le suivi de l'exécution des commandes publiques sur la base du planning de l'opération et des délais contractuels ;
- vérifier la qualité des prestations et s'assurer de leur conformité aux spécifications techniques ;
- assurer le suivi de l'exécution financière des marchés publics et formuler des avis sur la pertinence des travaux supplémentaires demandés et sur l'application des pénalités de retard prévues par les contrats et conventions ;
- participer, à titre d'observateur, à la réception des prestations.

Les rapports de suivi de l'exécution des contrats de la commande publique sont soumis au directeur national pour statuer sur les suites à donner aux constatations qui ont été faites.

Article 11 : La direction de la documentation, de la communication et de l'information est chargée de :

- organiser et préparer la communication générale de la direction nationale du contrôle de la commande publique avec les organes de presse ;
- assurer la collecte, la centralisation et l'archivage de toute la documentation et de toutes les données relatives à l'attribution, l'exécution et le contrôle des marchés publics et des contrats de partenariat public privé, en vue de la constitution d'une banque de données ;
- assurer l'immatriculation des marchés publics et des contrats de partenariat public privé ;
- gérer le système d'information de la commande publique ainsi que le portail web national de la commande publique destinée à la publication des informations relatives aux contrats de la commande publique ;
- assurer la gestion du système de dématérialisation des procédures de la commande publique ;
- participer à la préparation et à l'organisation de la formation initiale et continue des acteurs du système de passation des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé ;
- préparer les projets de rapports trimestriel et annuel de la direction nationale du contrôle de la commande publique ;
- préparer l'état sur la situation mensuelle et annuelle des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé ;
- gérer le site Web de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Article 12 : La direction des divisions régionales du contrôle de la commande publique est chargée du contrôle de la procédure de passation des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé dans les régions à travers les divisons régionales.

Elle est, à cet effet, chargée de :

- étudier les plans de passation des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé préparés par les autorités contractantes ;
- examiner les dossiers d'appel à la concurrence, avant leur lancement, ainsi que leurs modifications éventuelles ;
- étudier le rapport d'analyse comparative des offres ou propositions et le procès-verbal d'attribution provisoire des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé ;
- procéder à un examen juridique et technique du projet de marché public, de contrat ou de convention, avant son approbation et au besoin adresser à l'autorité contractante toute demande d'éclaircissement, de modification de nature à garantir la conformité du marché public avec le dossier d'appel à la concurrence et la réglementation en vigueur ;

- émettre, au besoin, un avis juridique ou apporter une assistance technique aux autorités contractantes sur les dossiers d'appel à concurrence, les projets de marché public, de contrat, de convention et d'avenant ;
- assurer le suivi de l'exécution des contrats de la commande publique de son ressort.

Article 13 : Chacune des directions est placée sous l'autorité d'un directeur qui est responsable devant le directeur national du contrôle de la commande publique.

Les directeurs sont nommés par décret en conseil des ministres sur proposition du ministre chargé des finances.

Article 14 : Les services rattachés assistent le directeur national dans la conduite de ses attributions administratives et financières.

Article 15 : Les services rattachés au directeur national sont :

- le ou les assistant (s) du directeur national ;
- le service de comptabilité ;
- le service financier et de suivi de l'exécution du budget ;
- le service des ressources humaines et
- les services généraux.

Article 16 : L'organisation interne de la direction nationale du contrôle de la commande publique est précisée par arrêté du ministre chargé des finances.

CHAPITRE III - FONCTIONNEMENT DE LA DIRECTION NATIONALE DU CONTROLE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Article 17 : Tout dossier soumis à l'étude de la direction nationale du contrôle de la commande publique par une autorité contractante est déposé au secrétariat du directeur national du contrôle de la commande publique contre la délivrance d'un accusé de réception.

Après analyse, le directeur national du contrôle de la commande publique affecte le dossier à la direction concernée.

Les directions doivent instruire le dossier aux fins de permettre au directeur national du contrôle de la commande publique d'émettre un avis au plus tard dans le délai de sept (7) jours calendaires à compter de la date de délivrance de l'accusé de réception. En cas de besoin, elles peuvent obtenir, par écrit, des autorités contractantes, des informations complémentaires qu'elles jugent nécessaires à l'étude des dossiers.

A l'expiration de ce délai, le silence de la direction nationale du contrôle de la commande publique vaut avis de non-objection ou autorisation. Dans cette hypothèse, les autorités contractantes ont l'obligation d'en informer l'autorité de régulation de la commande publique en lui adressant copie du dossier remis à la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Article 18 : Les dossiers des autorités contractantes examinés par les directions font l'objet d'un projet d'avis ou de décision auquel est joint, le cas échéant, une note explicative. Cette note, signée par le directeur chargé du dossier, est adressée au directeur national du contrôle de la commande publique pour suite à donner.

Article 19 : Les avis et décisions de la direction nationale du contrôle de la commande publique sont motivés et portés à la connaissance des autorités contractantes par le directeur national du contrôle de la commande publique.

Une copie de ces avis et décisions est adressée à l'autorité de régulation de la commande publique, si celle-ci en fait la demande.

Article 20 : Si l'avis de la direction nationale du contrôle de la commande publique est favorable, l'autorité contractante peut poursuivre la procédure de passation du marché public ou du contrat de partenariat public privé.

En cas d'avis défavorable ou de rejet de la demande d'autorisation, l'autorité contractante prend en compte diligemment les observations ou recommandations formulées par la direction nationale du contrôle de la commande publique en vue de lui transmettre la version corrigée, pour avis.

Dans le cas où l'autorité contractante n'est pas d'accord avec l'avis émis par la direction nationale du contrôle de la commande publique, elle peut saisir le comité de règlement des différends de l'autorité de régulation de la commande publique conformément à la réglementation en vigueur.

Article 21 : Les agents de la direction nationale du contrôle de la commande publique sont soumis au secret et à la confidentialité dans l'exercice de leur mission.

Article 22 : Les agents de la direction nationale du contrôle de la commande publique sont soumis à la réglementation en vigueur en matière d'éthique et de déontologie dans la commande publique.

Article 23 : Les dépenses de fonctionnement de la direction nationale du contrôle de la commande publique sont imputables au budget de l'Etat.

Les agents de la direction nationale du contrôle de la commande publique bénéficient d'une indemnité spéciale dont le montant et les modalités d'octroi sont fixés par arrêté du ministre chargé des finances, sur proposition du directeur national du contrôle de la commande publique.

Les agents fonctionnaires de la direction nationale du contrôle de la commande publique bénéficient également des avantages, indemnités et primes que leur confèrent leur statut et service.

CHAPITRE IV - DISPOSITIONS DIVERSES ET FINALES

Article 24 : Le présent décret abroge toutes les dispositions antérieures contraires, notamment celles du décret n° 2009-295/PR du 30 décembre 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de la direction nationale du contrôle des marchés publics.

Article 25 : Le ministre de l'économie et des finances est chargé de l'exécution du présent décret qui sera publié au Journal officiel de la République togolaise.

Fait à Lomé, le 30 MAI 2022

Le Président de la République

SIGNE

Faure Essozimna GNASSINGBE

Le Premier ministre

SIGNE

Victoire S. TOMEGAH-DOGBE

Le ministre de l'économie
et des finances

SIGNE

Sani YAYA

Pour ampliation
Le secrétaire Général
de la Présidence de la République

Ablamba Ahoéfavi JOHNSON

DECRET N° 2022-092/PR DU 25/08/2022 FIXANT LE TAUX, LES MODALITÉS DE RECOUVREMENT ET D'AFFECTATION DE LA REDEVANCE DE RÉGULATION DU SYSTÈME DES MARCHÉS PUBLICS

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE,

Sur le rapport du ministre de l'Economie et des Finances ;

Vu la Constitution du 14 octobre 1992 ;

Vu le Traité du 17 octobre 1993 modifié par le Traité du 17 octobre 2008 relatif à l'organisation et à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) et ses différents Actes Uniformes ;

Vu le Traité modifié de l'Union économique et monétaire ouest africaine du 29 janvier 2003 ;

Vu la décision n° 03/2014/CM/UEMOA du 28 juin 2014 portant adoption du plan d'actions des réformes des marchés publics et des délégations de service public au sein de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine ;

Vu la directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine ;

Vu la directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine ;

Vu la directive n° 01/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant adoption du Code de transparence dans la gestion des finances, publiques au sein de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine ;

Vu la directive n° 06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances publiques au sein de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la directive n° 04/2012/CM/UEMOA du 28 septembre 2012 relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public au sein de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la loi organique n° 2014-013 du 27 juin 2014 relative aux lois de finances ;

Vu la loi n° 2021-033 du 31 décembre 2.021 relative aux marchés publics ;

Vu le décret n° 2015-054/PR du 27 août 2015 portant règlement général sur la comptabilité publique ;

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

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

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

Vu le décret n° 2022-063/PR du 11 mai 2022 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation de la commande publique ;

Vu le décret n° 2022-070/PR du 30 mai 2022 portant attributions, organisation et fonctionnement de la direction nationale du contrôle de la commande publique ;

Vu le décret n° 2022-080/PR du 6 juillet 2022 portant code des marchés publics ;

Le conseil des ministres entendu,

DECRETE :

Article premier : Le présent décret fixe le taux ainsi que les modalités de recouvrement et d'affectation de la redevance de régulation du système des marchés publics.

La redevance de régulation du système des marchés publics collectée sert à financer le système des marchés publics, à savoir, l'exécution des missions de régulation de la commande publique, les besoins spécifiques de la direction nationale du contrôle de la commande publique et ceux des organes de gestion des marchés publics des autorités contractantes.

La redevance de régulation du système des marchés publics n'est assimilable, ni aux droits, ni aux impôts et taxes exigibles dans les marchés publics.

Elle est mise à la charge du titulaire de tout marché public passé par les autorités contractantes quelle que soit la source de financement.

Art. 2 : Le taux de la redevance de régulation du système des marchés publics est fixé à un pour cent (1 %) du montant hors taxes du marché public.

Art. 3 : La redevance de régulation du système des marchés publics n'est perçue que sur les marchés publics d'un montant supérieur ou égal à dix

Art. 4 : Le recouvrement de la redevance de régulation du système des marchés publics est assuré par l'autorité de régulation de la commande publique.

Le directeur général de l'autorité de régulation de la commande publique émet des ordres de recettes, sur la base des marchés conclus à l'année N-1, à l'encontre des titulaires des marchés publics qui sont tenus de les payer par chèque ou par virement bancaire sur le compte de l'autorité de régulation de la commande publique ou par tous autres modes de paiement.

L'autorité de régulation de la commande publique peut également à tout moment, conformément à la loi relative aux marchés publics, notifier l'ordre de recettes à l'autorité contractante, au Trésor public ainsi qu'à tout débiteur connu du titulaire du marché public aux fins du recouvrement direct, entre leurs mains, de la redevance de régulation du système des marchés publics.

Art. 5 : La redevance de régulation du système des marchés publics collectée chaque année par l'autorité de régulation de la commande publique est affectée comme suit :

- 60 % pour l'autorité de régulation de la commande publique ;

- 20 % pour la direction nationale du contrôle de la commande publique, versé sur un compte de dépôt ouvert en son nom dans les livres de la direction générale du trésor et de la comptabilité publique ;

- 20 % pour les autorités contractantes. Cette part est inscrite chaque année en dotation au budget de l'autorité de régulation de la commande publique pour appuyer financièrement et en nature les organes de gestion des marchés publics des autorités contractantes.

Art. 6 : Les marchés publics approuvés avant l'entrée en vigueur du présent décret sont soumis au taux de la redevance de régulation du système des marchés publics applicable au moment de leur passation.

Les marchés publics dont la procédure de passation a démarré avant l'entrée en vigueur du présent décret et qui sont approuvés après l'entrée en vigueur de ce décret sont soumis au taux de la redevance de régulation du système des marchés défini par le présent décret.

Art. 7 : Sont abrogées toutes les dispositions antérieures contraires, notamment le décret n° 2011-054/PR du 4 mai 2011 fixant les modalités de fonctionnement du compte d'affectation spéciale pour la régulation des marchés publics et délégations de service public.

Art. 8 : Le ministre de l'Economie et des Finances est chargé de l'exécution du présent décret qui sera publié au Journal Officiel de la République Togolaise.

Fait à Lomé, le 24 août 2022

le Président de la République

Faure Essozimna GNASSINGBE

Le Premier ministre

Victoire TOMEGAH-DOGBE

Le ministre de l'Economie et des Finances

Sani YAYA

DECRET N° 2019 - 096/PR
PORTANT REGLEMENTATION DE LA MAITRISE D'OUVRAGE PUBLIC DELEGUEE ET DE LA MAITRISE D'OEUVRE EN REPUBLIQUE TOGOLAISE

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE,

Sur le rapport du ministre de l'économie et des finances, du ministre des Infrastructures et des transports et du ministre de la ville, de l'urbanisme, de l'habitat et de la salubrité publique,

Vu la Constitution du 14 octobre 1992 ;

Vu le Traité modifié de l'Union économique et monétaire ouest africaine du 29 janvier 2003 ;

Vu la directive n° 04/2012/CM/UEMOA du 28 septembre 2012 relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public au sein de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la directive n° 02/2014/CM/UEMOA du 28 juin 2014 relative à la réglementation de la maîtrise d'ouvrage public déléguée au sein de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la loi n° 90-02 du 4 janvier 1990 relative à la profession d'architecte ;

Vu la loi n° 90-26 du 4 décembre 1990 portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques ;

Vu la loi n° 2007-011 du 13 mars 2007 portant décentralisation et liberté locale ;

Vu la loi n° 2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public ;

Vu le décret n° 94-117/PMRT du 23 décembre 1994 portant code déontologique des architectes ;

Vu le décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public ;

Vu le décret n° 2009-295/PR du 30 décembre 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de la direction nationale du contrôle des marchés publics ;

Vu le décret n° 2009-296/PR du 30 décembre 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation des marchés publics et son décret modificatif n° 2011-182/PR du 28 décembre 2011 ;

Vu le décret n° 2009-297/PR du 30 décembre 2009 portant attributions, organisation et fonctionnement des organes de passation et de contrôle des marchés publics ;

Vu le décret n° 2012-004/PR du 29 février 2012 relatif aux attributions des ministres d'Etat et ministres ;

Vu le décret n° 2012-006/PR du 07 mars 2012 portant organisation des départements ministériels ;

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

Vu le décret n° 2019-003/PR du 24 janvier 2019 portant nomination du Premier ministre ;

Vu le décret n° 2019-004/PR du 24 janvier 2019 portant composition du gouvernement modifié par décret n° 005/PR du 25 janvier 2019 ;

Sur proposition du conseil de régulation de l'Autorité de régulation des marchés publics ;

Le conseil des ministres entendu,

D E C R E T E :

Article 1er : Le présent décret fixe les règles qui régissent la maîtrise d'ouvrage public déléguée et la maîtrise d'œuvre en République togolaise.

TITRE PRELIMINAIRE - DEFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION

Article 2 : Aux fins du présent décret, on entend par :

Assistant à maître d'ouvrage : Personne physique au morale de droit public ou droit privé chargée par le maître d'ouvrage public, d'attributions attachées aux aspects relatifs à l'aide au maître d'ouvrage pour l'élaboration du programme, la détermination de l'enveloppe financière, l'étude et la réalisation de l'ouvrage.

Autorité contractante : Personne morale de droit public, notamment l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, les agences et organismes, les sociétés d'Etat, les sociétés à participation financière publique majoritaire et les associations formées par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public, les personnes privées agissant en vertu d'un mandat au nom et pour le compte d'une personne publique, signataire d'un contrat de la commande publique ou des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier ou de la garantie de l'Etat ;

Autorité délégante : Autorité contractante ci-dessus définie, cocontractante d'une convention de délégation de service public ;

Délégataire : Personne morale de droit privé ou de droit public signataire d'une convention de maîtrise d'ouvrage déléguée et à laquelle l'autorité délégante confie, conformément aux dispositions du présent décret, l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions de la maîtrise d'ouvrage ;

Entreprise communautaire : Entreprise dont le siège social est situé dans un Etat membre de l'UEMOA ;

Maître d'œuvre : Personne physique ou morale de droit public ou droit privé chargée par le maître d'ouvrage public ou le maître d'ouvrage délégué, d'attributions attachées aux aspects architecturaux et techniques de la réalisation d'un ouvrage de bâtiment ou d'infrastructure aux termes d'un contrat de maîtrise d'oeuvre ; la maîtrise d'oeuvre inclut des fonctions de conception et d'assistance au maître d'ouvrage public et/ou au maître d'ouvrage délégué dans la passation, la direction de l'exécution des contrats de travaux, dans l'ordonnancement, le pilotage et la coordination du chantier, dans les opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement ;

Maître d'ouvrage délégué : Personne morale de droit public ou de droit privé qui est le délégataire du maître d'ouvrage dans l'exécution de ses missions ;

Maître d'ouvrage public : Personne morale de droit public pour laquelle un ouvrage de bâtiment, d'infrastructure est construit, ou une étude est réalisée et qui en est le propriétaire final ;

Maîtrise d'ouvrage : Attributions et prérogatives exercées par le maître d'ouvrage public ;

Maîtrise d'ouvrage publique déléguée : Convention par laquelle l'Autorité délégante confie à un délégataire l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions de la maîtrise d'ouvrage ;

Ouvrage : Résultat d'un ensemble de travaux d'infrastructures destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. Il peut comprendre de manière non-restrictive des opérations de construction, de reconstruction, de démolition, de réparation ou rénovation, tels que la préparation du chantier, les travaux de terrassement, l'érection, la construction, l'installation d'équipement ou de matériel, la décoration et la finition ainsi que les services accessoires aux travaux si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des travaux eux-mêmes.

Article 3 : Les dispositions du présent décret sont applicables aux études, aux suivis et aux réalisations de tous ouvrages de bâtiments, d'infrastructures, ainsi qu'aux équipements industriels ou spécialisés destinés à leur exploitation, dont les maîtres d'ouvrages sont :

1) l'Etat et ses établissements publics, les agences et organismes de droit public bénéficiant du concours financier ou de la garantie de l'Etat ;
2) les collectivités territoriales ainsi que leurs établissements publics, les groupements de ces personnes morales ;
3) les sociétés dont le capital social est détenu, entièrement ou majoritairement, directement ou indirectement, par l'une ou plusieurs des personnes morales visées aux points 1 et 2 ci-dessus ;
4) les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat ou de l'une des personnes morales de droit public visées aux alinéas précédents ;
5) les sociétés d'Etat et les personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier ou de la garantie de l'Etat ou de l'une des personnes morales de droit public visées aux alinéas précédents.

Au sens du présent décret, les personnes morales visées aux points 1 à 5 du présent article sont des autorités contractantes ; à ce titre, elles sont soumises à l'ensemble des dispositions du présent décret lorsqu'elles concluent des conventions de maîtrise d'ouvrage déléguée ; toutefois, seules celles visées aux points 1 à 3 et 5 ont la qualité de maître d'ouvrage public.

Les dispositions du présent décret ne sont pas applicables aux ouvrages de bâtiments et d'infrastructures dont l'investissement et l'exploitation sont liés.

TITRE IER : REGLES REGISSANT LA COLLABORATION ENTRE LA MAITRISE D'OUVRAGE PUBLIC, L'ASSISTANCE A MAITRISE D'OUVRAGE ET LA MAITRISE D'ŒUVRE

CHAPITRE Ier - MAITRISE D'OUVRAGE PUBLIC

Article 4 : Le maître d'ouvrage public est investi d'une mission de service public ; à ce titre, il ne peut se délier ni de sa responsabilité relative à l'ouvrage, ni de la fonction d'intérêt général qu'il remplit.

Article 5 : Le maître d'ouvrage public, dans le cadre de sa mission, doit :

- s'assurer de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération ;
- déterminer la localisation, s'il s'agit d'un ouvrage ;

- définir et adopter le programme d'exécution des travaux ;
- arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle ;
- assurer le financement ;
- choisir le mode et le processus de réalisation conformément à la réglementation en vigueur.

Lorsque la réalisation, la réutilisation ou la réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages relève simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage public, ces derniers peuvent désigner, par convention, celui d'entre eux qui assurera la maîtrise d'ouvrage de l'opération. Cette convention précise les conditions d'organisation de la maîtrise d'ouvrage exercée et en fixe le terme.

Lorsque l'Etat confie à l'un de ses établissements publics la réalisation d'ouvrages ou de programmes d'investissement, il peut décider que cet établissement exerce la totalité des attributions de la maîtrise d'ouvrage.

Dans le cadre de sa collaboration avec le maître d'ouvrage délégué, le maître d'ouvrage public peut recourir à l'assistance à maîtrise d'ouvrage ou à la maîtrise d'œuvre.

CHAPITRE II - ASSISTANCE A MAITRISE D'OUVRAGE

Article 6 : Pour la réalisation d'un ouvrage, le maître d'ouvrage public peut recourir à un ou plusieurs assistants à maître d'ouvrage dans un ou plusieurs des domaines administratif, financier et technique. Un assistant à maître d'ouvrage n'a pas compétence pour représenter le maître d'ouvrage. Il lui apporte une mission d'assistance et de conseil.

Article 7 : Les missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage comprennent :

- l'aide au maître d'ouvrage pour l'élaboration du programme et la détermination de l'enveloppe financière ;
- l'aide au maître d'ouvrage pour l'étude et la réalisation de l'ouvrage.

Ces deux (2) types d'assistance à maîtrise d'ouvrage peuvent, pour la même opération, être effectués par le même prestataire ou par des prestataires différents. Ils comprennent :

- l'aide au maître d'ouvrage à la détermination de ses besoins, ses objectifs, ses besoins sociaux, fonctionnels, qualitatifs, techniques, environnementaux, de coût, de délai ;
- l'aide à l'organisation de la concertation avec les différents partenaires et, notamment, les futurs utilisateurs ;

- l'aide à la traduction des besoins en termes de programme ;
- l'assistance à l'organisation de la maîtrise d'ouvrage, au choix du processus de réalisation, à l'élaboration du calendrier prévisionnel de l'opération, de l'enveloppe financière prévisionnelle et des recettes prévisionnelles ;
- l'aide à la définition des différents intervenants, notamment les consultants, les entreprises et de leurs missions ;
- l'aide au choix du maître d'oeuvre, à la définition et au suivi du marché de maîtrise d'oeuvre et des autres marchés de prestations intellectuelles, notamment le contrôle technique ;
- le suivi des études et du règlement des marchés correspondants, l'aide à la gestion financière ;
- le cas échéant, l'assistance pour l'établissement du marché d'assurance ;
- l'assistance pour le choix des entreprises de travaux ;
- l'assistance pour la conduite des travaux et le règlement des entreprises ;
- l'assistance pendant la période de garantie.

Article 8 : Les rapports entre le maître d'ouvrage et l'assistant à maîtrise d'ouvrage sont définis par une convention, qui précise notamment la nature et les caractéristiques de l'ouvrage objet du contrat, les missions de l'assistant à maîtrise d'ouvrage, le calendrier prévisionnel, les modalités de la rémunération de l'assistant, les pénalités qui lui sont applicables en cas de non-respect par lui de ses obligations, les conditions dans lesquelles le contrat peut être résilié.

Article 9 : Peuvent assumer une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage des personnes de droit public ou de droit privé disposant des compétences requises.

Article 10 : Pour une même opération, une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage est incompatible, avec toute mission de maîtrise d'ouvrage déléguée, de maîtrise d'oeuvre, de contrôle technique et d'entrepreneur de travaux.

Article 11 : L'assistant à maîtrise d'ouvrage est tenu de souscrire les garanties et assurances relatives aux missions qu'il exerce.

Article 12 : La rémunération de l'assistant à maîtrise d'ouvrage tient compte de la nature et de la complexité de l'ouvrage, des attributions confiées, du coût de l'investissement et de sa localisation.

CHAPITRE III - MAITRISE D'OEUVRE

Article 13 : Le maître d'ouvrage peut confier à une personne de droit public ou privé ou à un groupement de personnes de droit public ou privé une mission de maîrise d'œuvre.

Cette mission a pour objet d'apporter une réponse architecturale, environnementale, technique et économique au programme de l'opération. Elle peut porter sur la conception et/ou la réalisation de l'ouvrage.

Article 14 : Le maître d'ouvrage peut confier au maître d'œuvre tout ou partie des éléments de conception et d'assistance à la réalisation suivants :

a) au stade de la conception :

- les études d'esquisse ;
- les études d'avant-projet ;
- les études de projet.

b) au stade de la réalisation :

- l'assistance au maître d'ouvrage pour la passation des contrats de travaux ou de fournitures ;
- les études d'exécution du projet, ou l'examen de la conformité au projet et le visa des études d'exécution si elles sont réalisées par l'entrepreneur ;
- la direction de l'exécution des contrats de travaux et de fournitures ;
- l'ordonnancement, le pilotage et la coordination du chantier ;
- l'assistance au maître d'ouvrage pour la réception de l'ouvrage et pendant la période de garantie de son parfait achèvement.

Le contenu détaillé des éléments de la mission de maîtrise d'œuvre est fixé par décret en conseil des ministres en distinguant selon qu'il s'agit :

- d'opération de construction de bâtiments neufs ou de réhabilitation et de réutilisation de bâtiments existants ;
- d'opérations de réalisation d'infrastructures neuves ou de réhabilitation et réutilisation d'infrastructures existantes.

Article 15 : Pour les ouvrages de bâtiments, une mission de base doit permettre au maître d'œuvre de s'assurer du respect, lors de l'exécution de l'ouvrage, des études de conception qu'il a effectuées.

Article 16 : Les rapports entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre sont régis par un contrat.

Ce contrat précise la nature et le programme de l'ouvrage, sa localisation, le contenu des missions, les normes éventuellement applicables, la rémunération du maître d'œuvre ou son mode de calcul, les éventuelles pénalités applicables.

Article 17 : Peuvent assumer une mission de maîtrise d'œuvre les différents intervenants ci-après, selon la nature de l'ouvrage et des missions, et notamment :

- les architectes et sociétés d'architecture inscrits à l'ordre des architectes ;
- les bureaux d'études techniques reconnus par l'Etat ;
- les ingénieurs-conseils reconnus par l'Etat ou inscrits dans des organismes reconnus par l'Etat ;
- les métreurs et autres économistes de la construction.

Article 18 : La mission de maîtrise d'œuvre est incompatible, pour une même opération, avec celle d'entrepreneur.

Article 19 : Le maître d'oeuvre est tenu de contracter avant le début de sa mission les assurances adaptées aux prestations dont il est chargé.

Article 20 : La rémunération du maître d'œuvre tient compte de la nature et de la complexité de l'ouvrage, de l'étendue de la mission, du coût prévisionnel des travaux et de la localisation de l'ouvrage.

Le contrat de maîtrise d'œuvre comporte en annexe une décomposition par éléments de mission de la rémunération du maitre d'œuvre.

TITRE II - REGLES REGISSANT LA COLLABORATION ENTRE LA MAITRISE D'OUVRAGE PUBLIC ET LA MAITRISE D'OUVRAGE PUBLIC DELEGUEE

CHAPITRE Ier - MISSIONS DELEGUEES PAR LE MAITRE D'OUVRAGE PUBLIC

Article 21 : Dans la limite du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle qu'il a arrêtés, le maître d'ouvrage public peut déléguer l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie de ses attributions à un mandataire, le maître d'ouvrage délégué, à l'exception de celles relevant de sa mission d'intérêt général et définies à l'article 5 susmentionné et dans les conditions fixées par le présent décret.

La délégation revêt la forme d'un mandat confié à un tiers ; les missions accomplies dans le cadre des opérations concernées par le présent décret doivent obligatoirement faire l'objet d'un contrat écrit, quelle que soit l'importance des travaux et quelle que soit la personnalité juridique du prestataire.

Article 22 : Le maître d'ouvrage public met les emprises ou immeubles nécessaires à l'opération, libres de toutes occupations et servitudes, à la disposition du maître d'ouvrage délégué.

A compter de la date de mise à disposition constatée par procès-verbal, le maître d'ouvrage délégué est réputé avoir la garde des biens immobiliers jusqu'à ce qu'il les confie à l'entrepreneur qui exécute les travaux, et pour la durée de ceux-ci.

Article 23 : La délégation de maîtrise d'ouvrage public exercée par une personne publique ou privée est incompatible avec toute mission de maîtrise d'œuvre, d'étude, de suivi et de réalisation de travaux ou de contrôle technique, exercée directement ou par une entreprise liée, en relation avec le contenu de la mission objet de la délégation.

Article 24 : Dans la limite du programme et de l'enveloppe financière qu'il a arrêtés, le maître d'ouvrage public peut déléguer les attributions suivantes :

- la définition des conditions administratives et techniques de l'étude, du suivi et de réalisation de l'ouvrage ;
- la gestion de l'opération aux plans administratif, financier et comptable ;
- la préparation des dossiers d'appel à concurrence, la sélection et le choix, après mise en compétition du maître d'œuvre, des entrepreneurs et des prestataires, l'établissement, la signature et la gestion de leurs contrats ;
- l'approbation des documents d'avant-projets ;
- l'accord sur le projet d'exécution technique des travaux ;
- le versement de la rémunération du maître d'œuvre, des entrepreneurs et des prestataires ;
- la réception et l'accomplissement de tous actes afférents aux attributions prévues ci-dessus ;
- les actions en justice.

Le maître d'ouvrage public peut se réserver sans condition l'exercice des attributions suivantes :

- l'accord sur le projet d'exécution technique ;
- la sélection ou la non-objection sur le choix du maître d'œuvre et la signature du contrat de maîtrise d'oeuvre ;
- la sélection ou la non-objection sur le choix des entrepreneurs et prestataires et la signature des contrats y afférents ;
- la réception de l'ouvrage ou l'approbation des études.

Article 25 : Le maître d'ouvrage délégué agit comme mandataire du maître d'ouvrage public, c'est-à-dire qu'il intervient en son nom et pour son compte, dans les limites fixées par la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée.

Le maître d'ouvrage délégué n'est tenu envers le maître d'ouvrage public que de la bonne exécution des attributions dont il a personnellement été chargé par celui-ci.

Toute subdélégation d'attributions par le maître d'ouvrage délégué est interdite ; dans les actes et contrats passés par le maître d'ouvrage délégué, celui-ci s'engage à indiquer qu'il agit au nom et pour le compte du maître d'ouvrage public. Il prend, à cet effet, toutes assurances rendues obligatoires par la réglementation en vigueur.

Le maître d'ouvrage délégué rend compte au maître d'ouvrage public de l'exécution de la mission qui lui est confiée. Toutefois, ce dernier peut effectuer des contrôles selon les modalités prévues au chapitre III du Titre II ci-dessous.

Le maître d'ouvrage délégué représente le maître d'ouvrage public à l'égard des tiers dans l'exercice des attributions qui lui ont été confiées, jusqu'à ce que le maître d'ouvrage public ait constaté l'achèvement de sa mission, dans les conditions définies au chapitre IV du Titre II du présent décret.

Il peut agir en justice, au nom et pour le compte du maître d'ouvrage public, selon les modalités définies par la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée.

Toutefois, le maître d'ouvrage public ne peut déléguer au maître d'ouvrage délégué les actions en justice concernant des faits survenant après l'achèvement de la mission du maître d'ouvrage délégué, et notamment les actions relatives à la garantie de parfait achèvement et à la garantie décennale prévues par la réglementation.

Article 26 : Les documents suivants sont considérés comme des pièces contractuelles entre le maître d'ouvrage public et le maître d'ouvrage délégué et doivent être obligatoirement annexés à la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée :

- le programme d'exécution des travaux ;
- l'enveloppe financière prévisionnelle ;
- l'échéancier prévisionnel des recettes et des dépenses.

Article 27 : La convention de maîtrise d'ouvrage déléguée prévoit, à peine de nullité :

- les conditions de réalisation de l'ouvrage ou de l'étude, sa description, son délai d'exécution, les attributions confiées au maître d'ouvrage délégué, les conditions de constat d'achèvement de la mission du maître d'ouvrage délégué, les modalités de rémunération du maître d'ouvrage délégué et les pénalités applicables en cas de non-respect de ses obligations, les conditions de résiliation de la convention ;
- le mode de financement de l'ouvrage ou de l'étude et les conditions de versement d'avances de fonds au maître d'ouvrage délégué ;

- les conditions dans lesquelles le choix ou maître d'œuvre, des entrepreneurs, des prestataires, la signature des contrats correspondants et l'approbation des avant-projets de l'ouvrage sont effectués ; dans ces cas, l'accord préalable ou la ratification expresse du maître d'ouvrage public est nécessaire ;

- les modalités du contrôle technique, financier et comptable sur le maître d'ouvrage délégué aux différentes phases de l'opération ;

- les modalités de réception de l'ouvrage ou de l'étude, ainsi que de leur mise à la disposition du maître d'ouvrage public ;

- les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage délégué peut agir en justice pour le compte du maître d'ouvrage public ;

- l'obligation incombant au maître d'ouvrage délégué d'assurer sa responsabilité civile et professionnelle.

Les conventions de délégation de maîtrise d'ouvrage public passées seront établies par référence à un modèle de convention de maîtrise d'ouvrage déléguée élaboré par l'Autorité de régulation des marchés publics en rapport avec les ministères techniques concernés et le ministère de l'économie et des finances.

Article 28 : Les missions de maîtrise d'ouvrage déléguée comprennent les éléments suivants :

- la gestion administrative, financière et comptable relative à la mise en œuvre du projet ;

- la gestion des prestataires intervenant dans la mise en œuvre du projet.

CHAPITRE II - CONDITIONS D'EXERCICE DE LA MAITRISE D'OUVRAGE PUBLIC DELEGUEE

Article 29 : Pour l'exécution de sa mission, le maître d'ouvrage public délégué est soumis, quelle que soit sa qualité et sans dérogation, au respect des principes généraux consacrés par le code des marchés publics qui sont :

- l'économie et l'efficacité du processus d'acquisition ;

- la liberté d'accès à la commande publique ;

- l'égalité de traitement des candidats, la reconnaissance mutuelle ;

- la transparence des procédures, et ce à travers la rationalité, la modernité et la traçabilité des procédures.

Article 30 : Sans préjudice de l'application des dispositions relatives aux missions confiées à toute direction technique aux termes de la réglementation en vigueur et des dispositions spécifiques du présent décret qui leur sont applicables, les activités de maître d'ouvrage délégué sont réservées :

- aux personnes morales de droit privé, en fonction des conditions et modalités déterminées par l'agrément dont elles bénéficient, et don't la maîtrise d'ouvrage déléguée entre dans l'objet social ;
- aux associations reconnues d'utilité publique dans les domaines de compétence de la mission.

Les personnes morales visées ci-dessus ne peuvent soumissionner qu'autant qu'elles ont obtenu au préalable, l'agrément délivré par les administrations compétentes à cet effet.

Article 31 : Nul ne peut être maître d'ouvrage délégué s'il fait l'objet de l'une des incapacités ou motifs d'exclusion de la commande publique visés notamment par les dispositions du code des marchés publics.

Article 32 : Pour exercer la mission de maîtrise d'ouvrage déléguée, les personnes définies à l'article 30 du présent décret doivent disposer d'une compétence en matière de pilotage et de gestion de projet à caractère pluridisciplinaire, technique, juridique et financier, de capacités techniques, de moyens en personnel, de logistiques, de capacités financières ainsi qu'une assurance pour risques professionnels en cours de validité.

Les critères et conditions d'obtention de l'agrément administratif visé à l'article 33 du présent décret sont fixés par voie réglementaire par les autorités compétentes.

Article 33 : L'exercice de missions de maître d'ouvrage délégué par les personnes morales de droit public ou de droit privé visées à l'article 30 du présent décret est subordonné à l'obtention préalable d'un agrément administratif délivré par arrêté conjoint des ministres chargés des finances, des infrastructures et de l'urbanisme, après avis d'une commission paritaire composée de l'Administration publique et du secteur privé.

L'agrément est délivré pour une durée maximale de cinq (5) ans. Il peut être suspendu ou retiré en cas de violation des dispositions du présent décret, de la réglementation des marchés publics et, dans les cas où le maître d'ouvrage délégué a fait l'objet de sanctions à caractère pénal, administratif ou financier pour violation desdites réglementations.

La composition et les missions de la commission visée à l'alinéa premier du présent article ainsi que les conditions d'obtention de l'agrément administratif sont fixées par arrêté conjoint des ministres chargés des finances, des infrastructures et de l'urbanisme. Ledit arrêté devra préciser également les pièces justificatives qui doivent être jointes au dossier de demande d'agrément.

La procédure de renouvellement de l'agrément obéit aux mêmes règles.

Toute contestation relative à la délivrance, au refus ou au renouvellement de l'agrément est soumise à l'Autorité de régulation des marchés publics.

Article 34 : Le maître d'ouvrage délégué est tenu de soumettre à l'approbation du ministre chargé des finances un manuel de procédures conforme aux principes admis par le code des marchés publics.

Ce manuel de procédures contient notamment les règles de publicité et de mise en concurrence des marchés passés dans le cadre de la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée.

Les dispositions de la réglementation des marchés publics en matière de contrôle a posteriori des procédures de sélection des cocontractants du maître d'ouvrage délégué effectué sont uniquement applicables.

Article 35 : Dans le cadre de l'exécution de ses missions, le maître d'ouvrage délégué, dans ses rapports avec l'ensemble de ses co-contractants, qu'Il s'agisse du maître d'œuvre, des entrepreneurs, des prestataires de services, des bureaux d'études techniques, d'ingénierie ou de contrôle, est tenu de respecter les dispositions de la réglementation afférentes à l'exercice de ces professions, des missions qui leur sont dévolues et des dispositions contractuelles qui en organisent la mise en œuvre.

CHAPITRE III - EXECUTION DU MANDAT ET SON CONTROLE

Article 36 : La convention de maîtrise d'ouvrage déléguée définit les délais au terme desquels le maître d'ouvrage délégué s'engage à mettre l'ouvrage à la disposition du maître d'ouvrage public.

Ces délais peuvent être éventuellement prorogés de la durée des retards dont le maître d'ouvrage délégué ne pourrait être tenu responsable ou de toute autre cause exonératoire, tels que précisés par les cahiers des charges.

Article 37 : Le coût des ouvrages ou de l'étude à réaliser sur la période définie dans la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée est précisé dans les pièces contractuelles annexées à ladite convention.

La convention de maîtrise d'ouvrage déléguée définit les conditions et modalités de révision de ce coût dans l'hypothèse où certains facteurs, tels que la variation des prix ou de la valeur de la monnaie entraînerait une variation de l'enveloppe prévisionnelle.

Article 38 : Toute modification du programme d'exécution des travaux doit faire l'objet d'un avenant à la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée qui doit être signée avant que le maître d'ouvrage délégué puisse mettre en œuvre cette modification. Le maître d'ouvrage public apporte, en conséquence et en temps utile,

les financements nécessaires en complément de l'enveloppe financière prévisionnelle modifiée à due concurrence.

Artiçle 39 : Dans le cadre de l'exécution de sa mission, le maître d'ouvrage délégué est soumis à une double tutelle : une tutelle financière du ministère chargé des finances et une tutelle technique du ministère en charge du domaine concerné par la mission principale, objet de la convention de maîtrise d'ouvrage publique déléguée.

Le maître d'ouvrage public se réserve le droit d'effectuer à tout moment les contrôles techniques, administratifs et financiers qu'il juge utiles. Le maître d'ouvrage délégué laisse libre accès au maître d'ouvrage public et à ses représentants à tous les dossiers relatifs à l'opération, ainsi qu'aux chantiers.

Toutefois, le maître d'ouvrage public ne peut faire ses observations qu'au maître d'ouvrage délégué, et, en aucun cas, directement aux titulaires des contrats passés par celui-ci.

Article 40 : La convention de maîtrise d'ouvrage déléguée précise la nature, la périodicité et le contenu des rapports et comptes rendus que le maître d'ouvrage délégué s'engage à fournir au maître d'ouvrage public.

Article 41 : Le maître d'ouvrage public peut demander à tout moment au maître d'ouvrage délégué la communication de toutes les pièces et contrats concernant l'opération.

A cet effet, le maître d'ouvrage délégué lui transmet selon une périodicité convenue d'accord partie :

a) un compte-rendu de l'avancement de l'opération comportant :

- un bilan financier prévisionnel actualisé de l'opération ;
- un calendrier prévisionnel actualisé du déroulement de l'opération ;
- un échéancier prévisionnel actualisé des recettes et dépenses restant à intervenir et les besoins en trésorerie correspondant ;
- une note de conjoncture indiquant l'état d'avancement de l'opération, les évènements marquants intervenus ou à prévoir ainsi que des propositions pour les éventuelles décisions à prendre par le maître d'ouvrage public pour permettre la poursuite de l'opération dans de bonnes conditions.

Le maître d'ouvrage public fait connaître ses observations éventuelles dans le délai de quinze (15) jours après réception du compte-rendu. Passé ce délai, le maître d'ouvrage public est réputé avoir accepté les éléments du rapport du maître d'ouvrage délégué.

b) un état financier et comptable comportant :

- le montant cumulé des dépenses, rémunération du maître d'ouvrage délégué incluse ;
- le montant cumulé des financements reçus ;
- le montant de l'avance nécessaire pour la période de trois (3) mois à venir.

En fin de mission, le maître d'ouvrage délégué établit et remet au maître d'ouvrage public un bilan général de l'opération qui comporte le détail de toutes les dépenses et recettes réalisées accompagné de l'attestation du comptable certifiant l'exactitude des facturations et des paiements résultant des pièces justificatives et la possession de toutes ces pièces justificatives.

Le bilan devient définitif après accord du maître d'ouvrage public et donne lieu, si nécessaire, à la régularisation au plus tard dans le mois suivant le quitus donné par le maître d'ouvrage public au maître d'ouvrage délégué.

Un rapport annexé de tous les documents échangés entre le maître d'ouvrage délégué et le maître d'ouvrage public sont transmis aux autorités assurant la tutelle technique et financière dans un délai de quinze (15) jours à compter de la réception des documents requis du maître d'ouvrage délégué par le maître d'ouvrage public.

Les autorités concernées disposent de quarante-cinq (45) jours pour faire des observations sur la situation d'exécution de la maîtrise d'ouvrage public déléguée, Passé ce délai, le rapport est réputé être accepté.

Article 42 : Le maître d'ouvrage public fait réaliser périodiquement un audit financier et de gestion ainsi qu'un audit technique des opérations exécutées pour son compte par le maître d'ouvrage délégué par un auditeur indépendant désigné après mise en œuvre d'une procédure de sélection compétitive.

Les rapports établis à l'occasion de ces audits sont communiqués au maître d'ouvrage public, à l'organe de régulation des marchés publics et à la Cour des comptes.

Article 43 : Les procédures d'audits externes visées à l'article 42 ci-dessus ne sont pas de nature à exclure l'intervention des services de l'Etat, cités à l'article 30 du présent décret, au titre de la mise on œuvre des procédures de contrôle que peut exercer l'organe de régulation des marchés publics ou de tout autre organisme public ou juridiction compétente pour contrôler l'exécution des missions effectuées par le maître d'ouvrage délégué.

Sous réserve de l'application des dispositions de l'article 30 du présent décret, les directions administratives et services techniques sont systématiquement associés en qualité d'observateurs, et en fonction de la nature du projet exécuté, aux opérations d'audits visées à l'article précédent.

Ces administrations et services reçoivent, en fonction du champ de leur compétence et de la nature du projet, copie de l'ensemble des documents transmis par le maître d'ouvrage délégué au maître de l'ouvrage public.

CHAPITRE IV - MODALITES DE RECEPTION - ACHEVEMENT DE LA MISSION - REMUNERATION

Article 44 : La réception est l'acte par lequel le maître d'ouvrage public ou le maître d'ouvrage délégué déclare accepter l'ouvrage ou l'étude, avec ou sans réserves. Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente soit à l'amiable, soit judiciairement.

Elle est prononcée contradictoirement.

Le maître d'ouvrage délégué organise la réception. En tout état de cause, le maître d'ouvrage public assiste ou se fait représenter à la réception de l'ouvrage. Selon le cas, les observations du maître d'ouvrage public sont versées au procès-verbal de réception et notifiées par le maître d'ouvrage délégué à l'entrepreneur.

Les modalités de réception de l'ouvrage sont celles prévues par le code des marchés publics et les cahiers des charges des contrats.

En ce qui concerne les études, l'acceptation du rapport final vaut réception définitive.

Article 45 : Les ouvrages sont mis à disposition du maître d'ouvrage public après réception des travaux notifiée aux entreprises et à condition que le maître d'ouvrage délégué ait exécuté toutes les obligations qui lui incombent pour permettre une mise en service immédiat de l'ouvrage.

Si le maître d'ouvrage public demande une mise à disposition partielle, celle-ci ne peut intervenir qu'après la réception partielle correspondante.

Au cours de l'exécution d'un marché, le maître d'ouvrage public peut décider, soit d'exploiter certaines parties achevées, soit d'exécuter ou de faire exécuter par d'autres entrepreneurs des travaux autres que ceux prévus au marché.

Toute mise à disposition ou occupation anticipée de l'ouvrage doit faire l'objet d'un constat contradictoire de l'état des lieux, consigné dans un procès-verbal signé du maître d'ouvrage public, du maître d'ouvrage délégué et du titulaire du marché.

Ce constat doit faire mention des réserves de réception levées ou restant à lever à la date du constat.

La mise à disposition de l'ouvrage vaut transfert de la garde et de l'obligation d'entretien de l'ouvrage correspondant au maître d'ouvrage public.

Lorsque la mise à disposition vise à faire exécuter les travaux concernés par d'autres entrepreneurs, le titulaire du marché a le droit de suivre l'exécution des travaux mis à disposition.

Il peut émettre des réserves, s'il estime que les caractéristiques des ouvrages ne permettent pas la réalisation de ces travaux ou que lesdits travaux risquent de les détériorer. Ces réserves sont notifiées par écrit et adressées au maître d'ouvrage public, au maître d'ouvrage délégué et au maître d'œuvre.

Lorsque la période de mise à disposition est terminée, un nouvel état des lieux contradictoire est dressé.

Sous réserve des malfaçons qui lui sont imputables, le titulaire du marché n'est pas responsable de la garde des ouvrages pendant toute la période de mise à disposition ou des travaux effectués pendant ladite période.

Article 46 : La mission du maître d'ouvrage délégué prend fin consécutivement au quitus délivré par le maître d'ouvrage public. A défaut de quitus exprès, celui-ci peut être tacite tel que prévu dans le présent article.

Le quitus est délivré à la demande du maître d'ouvrage délégué, après exécution complète de ses missions et, notamment après ;

- réception des ouvrages et levée des réserves de réception ;
- mise à disposition de l'ouvrage ou des rapports de l'étude ;
- expiration du délai de garantie de parfait achèvement des ouvrages et reprise des désordres couverts par cette garantie ;
- remise des dossiers complets, comportant tous documents contractuels techniques, administratifs, relatifs à l'ouvrage ou à l'étude ;
- établissement du bilan général et définitif de l'opération et acceptation par le maître d'ouvrage public.

Le quitus est tacite après écoulement d'un délai de deux (2) mois à compter de la date de réception de la demande du maître d'ouvrage délégué.

La délivrance du quitus ne fait pas obstacle à la mise en cause ultérieure de la responsabilité du maître d'ouvrage délégué pour les conséquences de ses agissements au titre de ses missions durant l'exécution de la convention.

Article 47 : La convention de maîtrise d'ouvrage déléguée peut être résiliée dans l'un des cas suivants :

- non-respect de ses obligations par l'une des parties à la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée ;
- insolvabilité, faillite ou liquidation des biens du maître d'ouvrage délégué ;

- non-obtention des autorisations administratives nécessaires pour une cause autre que la faute du maître d'ouvrage délégué.

Sauf dans l'hypothèse visée au troisième tiret du présent article, la résiliation ne peut prendre effet qu'un (1) mois après la date de notification de la décision de résiliation et le maître d'ouvrage délégué est rémunéré au prorata de la mission accomplie. Il est procédé immédiatement à un constat contradictoire des prestations effectuées par le maître d'ouvrage délégué et des travaux réalisés. Le constat contradictoire fait l'objet d'un procès-verbal qui précise, en outre, les mesures conservatoires que le maître d'ouvrage délégué doit prendre pour assurer la conservation et la sécurité des prestations et travaux exécutés. Il indique, enfin, le délai dans lequel le maître d'ouvrage délégué doit remettre l'ensemble des dossiers au maître d'ouvrage public.

Article 48 : La convention de maîtrise d'ouvrage déléguée fixe la rémunération du maître d'ouvrage délégué. Cette rémunération, décomposée en éléments de mission, tient compte :

- de l'étendue et de la complexité de la mission, appréciée notamment par rapport aux prestations à accomplir, aux moyens à mobiliser, au nombre de prestataires à gérer, aux formalités à accomplir ;
- du coût prévisionnel de l'opération, basé sur l'enveloppe financière prévisionnelle établie par le maître d'ouvrage public.

Article 49 : La convention de maîtrise d'ouvrage déléguée détermine le montant des avances qui peuvent être consenties au maître d'ouvrage délégué. Elles ne sauraient être supérieures à trente pour cent (30 %) du montant de l'enveloppe prévisionnelle.

Tous les mois ou dès que le cumul des paiements effectués atteint ou dépasse le tiers (1/3) du montant de l'avance initiale, le maître d'ouvrage délégué présente des décomptes provisoires à hauteur des sommes payées, justifiées par des états détaillés des paiements effectués certifiés par son mandant.

Le maître d'ouvrage public est tenu de procéder au paiement des acomptes et du solde dans un délai qui ne peut dépasser soixante (60) jours ; toutefois, un délai plus long peut être fixé pour le paiement du solde de certaines catégories de marchés.

Le dépassement du délai de paiement ouvre droit, sans autre formalité et de plein droit, pour le maître d'ouvrage délégué, au paiement d'intérêts moratoires à compter du jour suivant l'expiration du délai à un taux fixé par le ministre chargé des finances, et qui ne pourra en aucun cas être inférieur au taux de l'intérêt légal de la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO) augmenté de un point.

CHAPITRE V - GARANTIES - ASSURANCES - SANCTIONS

Article 50 : A l'exception des directions et services techniques visés à l'article 30 du présent décret, le maître d'ouvrage délégué est tenu de fournir une caution ou garantie bancaire dont la forme et les modalités de constitution doivent être conformes avec les dispositions de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés. Cette caution couvre les fonds publics mis à la disposition du maître d'ouvrage délégué, y compris les avances sur ses honoraires, sauf dispositions contraires de la convention de délégation de maîtrise d'ouvrage déléguée.

Article 51 : Le maître d'ouvrage délégué n'est tenu envers le maître d'ouvrage public que de la bonne exécution des prestations dont il a été personnellement chargé, conformément à la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée.

Le maître d'ouvrage public doit exiger préalablement à la signature de la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée la fourniture par le maître d'ouvrage délégué, et ce, à l'exception des directions administratives et techniques visées à l'article 30 du présent décret, des assurances en cours de validité inhérentes aux responsabilités diverses du maître d'ouvrage délégué et couvrant l'ensemble des risques civils et professionnels afférents à l'opération.

La garantie d'assurance devra prendre en charge les conséquences pécuniaires des responsabilités contractuelles, délictuelles et quasi délictuelles pouvant lui incomber à la suite de dommages corporels, matériels et immatériels, consécutifs ou non consécutifs, causés à ses co-contractants et aux tiers, du fait de ses activités et des biens et des personnes nécessaires à l'exercice desdites activités.

Le maître d'ouvrage délégué doit pouvoir justifier auprès du maître d'ouvrage public de la fourniture par tous les prestataires intervenant à l'opération des assurances professionnelles afférentes aux responsabilités encourues dans le cadre de son exécution et lorsqu'il s'agit de travaux nécessitant une garantie décennale.

Article 52 : Le maître d'ouvrage délégué est responsable vis-à-vis du maître d'ouvrage public de l'exécution de ses prestations conformément aux dispositions de la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée.

En cas de manquements par le maître d'ouvrage délégué à ses obligations contractuelles, le maître d'ouvrage public se réserve le droit de lui appliquer des pénalités sur sa rémunération.

Donnent lieu à l'application des pénalités, les motifs ci-après, qu'ils aient ou non entraîné un dépassement de l'enveloppe financière prévisionnelle initiale :

- le retard imputable au maître d'ouvrage délégué dans la sélection des prestataires et dans la réception des prestations ;
- le retard dans la remise des rapports périodiques visés à l'article 41 du présent décret ou des dossiers complets relatifs à l'opération ;

- le retard de paiement ayant occasionné des préjudices aux prestataires et dont la réparation incombe au maître d'ouvrage public.

Sont exonératoires de l'application des pénalités, les faits liés :

- à la faute du maître d'ouvrage public ;
- à un événement ou circonstance exceptionnel, notamment un cas de force majeure.

  La partie empêchée d'exécuter ses obligations en conformité avec le marché pour cause de force majeure la notifie par écrit à l'autre partie dans un délai de quinze (15) jours à compter de la date de réalisation de l'événement ;
- à l'acte d'un tiers au contrat de maîtrise d'ouvrage déléguée.

Les montants et/ou les pourcentages des pénalités augmentés, le cas échéant, des frais consécutifs à la substitution du maître d'ouvrage délégué défaillant, sont prévus dans la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée, conformément aux cahiers des charges et au code des marchés publics.

Article 53 : Sans préjudice de la mise en œuvre de leurs responsabilités civiles, administratives ou pénales, toutes personnes physiques ou morales qui à l'occasion des procédures de sélection d'un maître d'ouvrage délégué ou qui à l'occasion de l'exécution de leur mission de maîtrise d'ouvrage déléguée, contreviennent aux dispositions du présent décret sont passibles des sanctions prévues par les réglementations des marchés publics, après avis de l'organe de régulation des marchés publics.

TITRE III - DISPOSITIONS DIVERSES ET FINALES

Article 54 : Les conventions de maîtrise d'ouvrage déléguée conclues avant l'entrée en vigueur du présent décret demeurent régies par les dispositions en vigueur lors de leur conclusion.

Les avenants à ces conventions, quelles que soient leurs dates, sont régis par ces mêmes dispositions.

Les maîtres d'ouvrage délégués sont tenus, sous peine d'inéligibilité, de procéder à la régularisation de leur situation conformément aux dispositions relatives à l'obtention de l'agrément, dans un délai de deux (2) ans à compter de l'entrée en vigueur du présent décret.

Article 55 : Le ministre de l'économie et des finances, le ministre des infrastructures et des transports et le ministre de la ville, de l'urbanisme, de l'habitat et de salubrité publique sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret qui sera publié au journal officiel de la République Togolaise.

Fait à Lomé, le ..... 08 JUIL 2019

Le Président de la République

SIGNE

Faure Essozimna GNASSINGBE

Le Premier ministre

SIGNE

Selom Komi KLASSOU

Le ministre de l'économie et des finances

SIGNE

Sani YAYA

Le ministre de la ville, l'urbanisme, de l'habitat et de la salubrité publique

SIGNE

Koko AYEVA

Le ministre des infrastructures et des transports

SIGNE

Zouréhatou KASSAH-TRAORE

Pour ampliation,
Le secrétaire général de la
Présidence de la République

Patrick Daté TEVI-BENISSAN

DECRET N° 2019 - 097/PR
PORTANT CODE D'ETHIQUE ET DE DEONTOLOGIE DANS LA COMMANDE PUBLIQUE

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE,

Sur le rapport du ministre de l'économie et des finances,

Vu la Constitution du 14 octobre 1992 ;

Vu le Traité modifié de l'Union économique et monétaire ouest africaine du 29 janvier 2003 ;

Vu le Traité du 17 octobre 1993 modifié par le Traité du 17 octobre 2008 relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) et ses différents Actes Uniformes ;

Vu la décision n° 03/2014/CM/UEMOA du 28 juin 2014 portant adoption du plan d'actions des réformes des marchés publics et des délégations de service public au sein de l'UEMOA ;

Vu la directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la directive n° 01/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant adoption du Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;

Vu la directive n° 06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances publiques au sein de l Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;

Vu la directive n° 04/2012/CM/UEMOA du 28 septembre 2012 relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public au sein de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;

Vu la loi organique n° 98-014 du 10 juillet 1998 portant organisation et fonctionnement de la cour des comptes ;

Vu la loi n° 90-26 du 4 décembre 1990 portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques ;

Vu la loi n° 2007- 011 du 13 mars 2007 portant décentralisation et liberté locale ;

Vu la loi n° 2009-13 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public ;

Vu loi n° 2014- 009 du 11 juin 2014 portant code de transparence dans la gestion des finances publiques ;

Vu le décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public ;

Vu le décret n° 2009- 295/PR du 30 décembre 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de la direction nationale du contrôle des marchés publics ;

Vu le décret n° 2009-296/PR du 30 décembre 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation des marchés publics ;

Vu le décret n° 2009-297/PR du 30 décembre 2009 portant attributions, organisation et fonctionnement des organes de passation et de contrôle des marchés publics ;

Vu le décret n° 2012-004/PR du 29 février 2012 relatif aux attributions des ministres d'Etat et ministres ;

Vu le décret n° 2017-112/PR du 02 octobre 2017 fixant les attributions du ministre et portant organisation et fonctionnement du ministère de l'économie et des finances ;

Vu le décret n° 2019-003/PR du 24 janvier 2019 portant nomination du Premier ministre ;

Vu le décret n° 2019-004/PR du 24 janvier 2019 portant composition du gouvernement modifié par décret n° 005/PR du 25 janvier 2019 ;

Sur proposition du conseil de régulation de l'Autorité de régulation des marchés publics ;

Le conseil des ministres entendu,

D E C R E T E :

TITRE PRELIMINAIRE - OBJET, DEFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION

Article 1er : L'objet

Le présent décret fixe les règles d'éthique et de déontologie applicables aux acteurs publics et privés intervenant dans le cadre des procédures de passation, d'exécution, de contrôle, de règlement et de régulation des contrats de la commande publique.

Le présent décret précise également les règles gouvernant les conflits d'intérêts qui constituent un élément central des valeurs d'éthique et de déontologie en matière de passation des contrats de la commande publique.

Article 2 : Les définitions
Aux fins du présent décret, on entend par :

Agent public : toute personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou titulaire d'un mandat électif public. Cette définition couvre les agents titulaires et les contractuels qu'ils soient dans les administrations centrales, déconcentrées ou décentralisées. Les agents des établissements publics, et de toute autre personne morale de droit public, organes, agences ou offices, ainsi que des sociétés nationales ou des sociétés anonymes à participation publique majoritaire, qui interviennent dans les procédures de passation, d'exécution, de contrôle ou de régulation des contrats de la commande publique, peuvent être qualifiés d'agents publics dès lors qu'ils participent à une mission de service public.

Candidat : personne physique ou morale qui manifeste un intérêt à participer ou qui est retenue par une autorité contractante pour participer à une procédure de passation de marchés.

Conflit d'intérêts : situation dans laquelle un agent public a un intérêt personnel de nature à influer sur l'exercice impartial et objectif de ses fonctions officielles.

L'intérêt personnel de l'agent public englobe tout avantage pour lui-même ou en faveur de sa famille, de parents, d'amis ou de personnes proches, ou de personnes ou organisations avec lesquelles il a ou a eu des relations notamment d'affaires, politiques ou même religieuses. Il englobe également toute obligation financière ou civile à laquelle l'agent public est assujetti.

Le conflit d'intérêts désigne également une situation dans laquelle un candidat ou un soumissionnaire, du fait de ses relations précédentes ou actuelles, avec l'autorité contractante, le maître d'ouvrage, ou un agent ou employé de ces derniers, se trouve dans une position susceptible de lui procurer un avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

Déontologie : ensemble des principes et règles qui gèrent et guident une activité professionnelle. Ces normes, sont celles qui déterminent les devoirs et obligations exigibles par les professionnels eux-mêmes dans l'accomplissement normal de leur activité.

Economie et efficacité de la commande publique : principe fondamental de la commande publique qui consiste à instaurer un environnement concurrentiel pour les entreprises et d'adopter des procédures décisionnelles rationnelles pour les collectivités publiques afin d'obtenir une mise en concurrence effective de leurs commandes et de meilleures prestations qualité-prix.

Egalité de traitement : principe fondamental de la commande publique qui signifie que tous les candidats à un marché public ou une délégation de service public sont traités de la même façon par l'autorité contractante et, cela, à toutes les étapes de la procédure.

Éthique : ensemble des valeurs pratiques et normatives ayant pour but d'indiquer comment les êtres humains doivent se comporter, agir, être, entre eux et envers ceux qui les entourent.

Lobbying : toute opération qui vise à influer sur l'élaboration des politiques et des processus décisionnels.

Liberté d'accès à la commande publique : principe fondamental de la commande publique qui signifie que toute personne physique ou morale Intéressée peut accéder librement à la commande publique sous réserve qu'elle en remplisse les conditions d'accès et qu'elle ne se trouve pas dans une situation d'exclusion prévue par la réglementation.

Mise en concurrence : obligation qui implique, sauf réserves ou dérogations prévues par la réglementation communautaire ou nationale, que les autorités contractantes mettent en compétition et dans des conditions identiques, tous les candidats à un marché public; La mise en concurrence s'effectue par la publication d'un avis d'appel d'offres, d'un avis à manifesbation d'intérêt, ou par envoi d'une invitation à soumissionner. La mise en concurrence peut être ouverte ou restreinte.

Parrainage : soutien ou appui d'une autorité contractante à une activité ou à un projet.

Soumissionnaire : toute personne physique ou morale qui participe à un appel d'offres en soumettant une lettre ou un acte d'engagement et les éléments constitutifs de son offre.

Transparence : principe fondamental de la commande publique qui signifie que les autorités contractantes garantissent à tous les candidats une information claire et pertinente tout au long de la procédure d'attribution des marchés publics et des délégations de service public. La transparence implique également des obligations en terme de publicité du déroulement de la procédure et de réponse de ses actes avec les justificatifs correspondants, en cas de demande d'explications, qu'elles émanent de ceux qui ont concouru à la procédure ou de tout corps de contrôle ou de régulation.

Article 3 : Le champ d'application

Le présent décret s'applique à tous les agents publics et toutes personnes privées des autorités contractantes qui interviennent dans les procédures de passation, d'exécution, de contrôle, de règlement et de régulation des contrats de la commande publique, quel que soit le montant de la dépense engagée.

Sont concernées, les personnes ci-après :

- les agents de toutes les autorités contractantes visées dans le code des marchés publics et ses textes d'application ;
- la personne responsable des marchés publics (PRMP) ;
- les membres de la commission de passation des marchés publics (CPMP) ;
- les membres de la sous-commission d'analyse et d'évaluation des offres ;
- les agents de la commission de contrôle des marchés publics (CCMP) ;

- les élus ;
- les agents des maîtres d'ouvrage ;
- les agents des maîtres d'ouvrage délégué ;
- les agents des maîtres d'œuvre ;
- toute personne dûment mandatée par le maître d'œuvre pour le contrôle et la surveillance de prestations objet du marché public ou de la délégation de service public ;
- l'autorité approbatrice du marché ;
- les agents des structures nationales ou régionales de contrôle et de régulation des marchés publics ;
- toute personne intervenant, à quelque titre que ce soit, dans la planification, la budgétisation, la passation, l'exécution, le contrôle, le règlement ou la régulation des contrats de la commande publique;
- les candidats, soumissionnaires, attributaires et titulaires de contrats de la commande publique.

TITRE Ier - VALEURS ET PRINCIPES GENERAUX INHERENTS A TOUTE ACTIVITE PUBLIQUE

CHAPITRE IER - OBLIGATIONS EN MATIERE D'ETHIQUE ET DE DEONTOLOGIE

Section 1ère : Principes fondamentaux du service public

Article 4 : Le principe d'égalité

Les obligations de l'agent public sont fondées sur le principe de l'égalité des citoyens devant le service public, aux termes duquel les personnes se trouvant dans une situation comparable vis-à-vis de l'administration, sont traitées de manière égale, sans distinction ou discrimination d'aucune sorte.

En outre, les mesures prises par l'agent public pour le compte des autorités contractantes sont proportionnées à ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif d'intérêt général poursuivi.

Article 5 : Le principe de neutralité

Le principe de neutralité est le fait pour un agent public ou un service public d'être impartial et objectif dans l'exercice de ses fonctions ou dans son fonctionnement.

Le service public dans son ensemble demeure neutre.

Le principe de neutralité s'impose à toute autorité contractante et à tout agent travaillant pour le compte de celle-ci.

Article 6 : Le principe de légalité

Tout agent, qui prend part à la passation, l'exécution, le règlement, le contrôle ou la régulation d'un contrat de la commande publique, est conscient que l'exécution des missions de service public est assurée dans le strict respect de la loi. Par conséquent, les décisions administratives, prises dans le cadre de l'exécution de ces missions, sont conformes aux textes en vigueur.

Section 2 : Règles déontologiques générales de l'agent public

Article 7 : L'Indépendance dans l'accomplissement des fonctions

En application des principes visés aux articles 4, 5 et 6 ci-dessus, l'agent public, qui intervient dans la passation, l'exécution, le règlement, le contrôle et la régulation des contrats de la commande publique, accomplit ses fonctions en toute indépendance, en se laissant guider par sa conscience professionnelle et sans céder à aucune pression extérieure.

Le devoir d'indépendance visé à l'alinéa 1er est une exigence qui implique une obligation de désintéressement personnel au profit de l'intérêt général.

L'indépendance de l'agent public à l'égard des intérêts privés exige également que soient encadrées les modalités de son départ vers le secteur privé et conformes aux dispositions de l'article 53 du présent décret.

Article 8 : Le devoir de réserve

L'agent public, qui intervient dans la passation, l'exécution, le règlement, le contrôle et la régulation des contrats de la commande publique, s'abstient de tout acte et, en particulier, de toute expression publique d'opinion qui puisse porter atteinte à la dignité et aux intérêts de sa fonction.

L'agent visé à l'alinéa 1er, tout en conservant la liberté d'exprimer ses opinions, observe une certaine modération et se comporte en toutes circonstances avec mesure et correction.

Le devoir de réserve de l'agent public s'applique même en dehors de l'exercice de ses fonctions.

Article 9 : Le professionnalisme

Le professionnalisme réside, pour l'agent public, dans la maîtrise et le bon accomplissement de ses fonctions et tâches.

Le professionnalisme se manifeste par le comportement au travail et par l'effort constant que l'agent public fournit pour se perfectionner, approfondir et actualiser ses connaissances, affiner les aptitudes nécessaires à l'accomplissement de ses tâches ainsi que pour améliorer son rendement, sa productivité aux fins de répondre aux objectifs de performance et de qualité qui guident le bon usage des deniers publics.

CHAPITRE II - VALEURS DE REFERENCE DES AGENTS PUBLICS

Section 1ère : La conduite morale

Article 10 : L'éthique
L'agent visé par le présent décret est tenu de s'acquitter correctement et efficacement de ses obligations et de faire preuve de rigueur, de responsabilité, de dignité, d'équité, d'impartialité, de loyauté, de civisme et de courtoisie dans l'accomplissement de ses fonctions.

Article 11 : L'intégrité et la probité morale
Les règles de conduite de l'agent intervenant dans la passation, l'exécution, le contrôle, le règlement et la régulation des contrats de la commande publique s'inscrivent dans le cadre du dispositif de lutte contre la corruption.

L'agent s'abstient de toute activité contraire aux principes d'intégrité et de morale publique, tels que le détournement de deniers publics, la corruption, le trafic d'influence, le favoritisme, le népotisme, la discrimination, ou l'indiscrétion administrative.

L'agent public ne sollicite, n'accepte, ne réclame ou ne reçoit, directement ou indirectement, aucun paiement, don, promesses de dons, cadeau ou autre avantage en nature, pour s'acquitter ou s'abstenir de s'acquitter de ses fonctions ou obligations.

Il est interdit à un agent public de recevoir un présent ou un autre avantage en sa faveur ou en faveur des membres de sa famille ou de ses amis, susceptible d'avoir une Influence sur l'exécution de ses fonctions ou actions ou sur les décisions qu'il est amené à prendre.

L'agent public n'utilise, en aucun cas, les biens publics ou ne requiert les services d'un subordonné pour des activités autres que celles relevant de ses fonctions ou de son mandat.

Section 2 : Contrôle hiérarchique de la mise en œuvre des valeurs de référence

Article 12 : L'exercice du pouvoir hiérarchique
Le pouvoir hiérarchique est le contrôle qui est exercé par le supérieur hiérarchique sur les agents qui lui sont subordonnés, Le contrôle porte aussi bien sur les actes que sur les personnes des subordonnés.

Dans les procédures de passation, d'exécution, de contrôle, de règlement et de régulation des contrats de la commande publique, l'autorité compétente est tenue de prendre les décisions qui relévent de sa mission et de les faire appliquer en donnant des instructions claires et précises, en vue de leur bonne exécution. Lorsque l'agent public exerce un pouvoir hiérarchique, il est responsable des ordres qu'il donne et de leur exécution.

L'autorité hiérarchique affranchit la procédure de passation, d'exécution, de règlement et de contrôle des contrats de la commande publique de l'interventionnisme des supérieurs hiérarchiques et de toute autre personne ne figurant pas au nombre des acteurs reconnus par la réglementation.

L'autorité hiérarchique s'abstient d'influencer les décisions des acteurs en évitant, notamment de s'impliquer indûment dans les opérations et de réserver ses interventions à l'approbation, le cas échéant, des actes posés en amont par les subordonnés.

Elle prend toute disposition utile pour provoquer l'intervention, s'il y a lieu, des organes de contrôle internes. En outre, elle s'engage à faciliter l'intervention de tout corps de contrôle externe, y compris les structures et institutions investies d'une mission d'audit.

Toute autorité hiérarchique a l'obligation de faire usage, en application des règles prévues à cet effet, de ses pouvoirs de sanction disciplinaire à l'encontre de son subordonné coupable d'un manquement à la réglementation des contrats de la commande publique.

L'autorité hiérarchique, qui viole la réglementation des marchés publics et des délégations de service public en couvrant son agent, est passible de sanctions disciplinaires et financières prononcées par les autorités compétentes sur saisine de l'organe de régulation des marchés publics, sans préjudice des éventuelles sanctions pénales applicables.

Article 13 : Les devoirs de soumission et d'obéissance au pouvoir hiérarchique
L'agent public subordonné exécute loyalement les ordres de son supérieur hiérarchique. Dans le cadre de ses fonctions en matière de passation, d'exécution, de règlement, de contrôle et de régulation des contrats de la commande publique, l'agent public est tenu de se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre ou l'instruction est manifestement illégal au regard de la réglementation des marchés publics.

Toutefois, l'agent public, qui estime qu'il lui est demandé d'agir d'une manière illégale, irrégulière ou contraire à l'éthique, pouvant relever de la forfaiture ou en contradiction de toute autre manière avec la réglementation, informe les autorités compétentes conformément à la loi.

En outre, l'agent public signale à son supérieur hiérarchique toute violation de la réglementation des marchés publics commise par un autre agent.

TITRE II - NORMES DE COMPORTEMENT REQUISES EN MATIERE DE COMMANDE PUBLIQUE

CHAPITRE IER -REGLES SPECIFIQUES D'ETHIQUE ET DE DEONTOLOGIE APPLICABLES AUX ACTEURS PUBLICS

Section 1ère : Le respect des principes fondamentaux de la commande publique

Article 14 : Le libre accès à la commande publique

Une publicité adaptée à l'objet et à l'importance des marchés passés et la mise en concurrence des candidats sont des principes de base de la commande publique.

Pour optimiser l'accès à la commande publique et permettre la libre concurrence, les agents veillent notamment à mettre en œuvre une stratégie d'achat non discriminante.

En outre, les agents préposés à la publication des plans de passation des marchés publics et des avis annuels d'information s'acquittent rigoureusement de ces formalités conformément à la réglementation des marchés publics en vigueur.

Pour l'application des principes énoncés aux alinéas 1 et 2, les agents publics :

- élaborent, mettent à jour et publient sous forme d'avis indicatif, régulièrement un plan prévisionnel de passation des contrats de la commande publique. Ce plan de passation est nécessairement cohérent avec les crédits alloués aux autorités contractantes :
- utilisent des supports de publicité accessibles et à large diffusion au niveau national et, le cas échéant, au niveau communautaire et international ;
- assurent dans l'acte de publicité des informations exhaustives et claires sur le contenu du contrat envisagé.

Article 15 : Le respect du principe d'égalité des candidats et des soumissionnaires

Tout agent public veille au respect des règles relatives aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de non-discrimination.

Au cours d'une procédure ouverte ou restreinte, les agents publics fournissent les mêmes informations aux soumissionnaires, fixent les mêmes délais à chaque candidat ou soumissionnaire et évaluent chaque offre selon les mêmes critères.

L'agent public agit dans l'intérêt de la collectivité et traiter équitablement les candidats et soumissionnaires sans que son intérêt personnel, familial ou ses relations amicales n'interfèrent dans ses décisions.

Pour l'application des principes énoncés aux alinéas 1, 2 et 3, l'agent public

- s'abstient d'élaborer des critères spécifiques dans le seul but de favoriser un candidat déterminé ;
- fonde exclusivement la comparaison des offres sur des critères objectifs, exprimés en termes monétaires ou pondéré dans le cadre des marchés de prestations intellectuelles et connus des candidats et des soumissionnaires avant le dépôt de leurs candidatures et offres ;
- applique exclusivement dans la phase d'évaluation des offres, les critères définis au préalable dans les dossiers d'appel d'offres.

Article 16 : La transparence des procédures

La transparence en matière de contrats de la commande publique, implique l'application équitable et rigoureuse de procédures connues et qui constituent exclusivement la base des décisions se rapportant aux procédures de passation desdits contrats.

Tout agent public, qui intervient dans les procédures de passation des contrats de la commande publique, fait de l'information un pilier de la transparence.

L'information est facilement accessible aux candidats et soumissionnaires et disponible à temps, leur laissant suffisamment de temps pour préparer et présenter des soumissions dans les délais fixés par les dossiers d'appel à la concurrence.

Les dossiers d'appel à la concurrence contiennent des informations complètes concernant notamment les règles du jeu de la compétition. Ces dernières devant être objectives, écrites et compréhensibles par tous.

Pour l'application des principes énoncés aux alinéas 1. 2, 3 et 4, les agents publics :

- définissent de façon exhaustive et neutre les besoins à satisfaire, en se basant sur les objectifs à atteindre dans le cadre des stricts besoins de la collectivité publique, en s'abstenant de toute référence à des critères ou des normes sans rapport avec l'objet du marché public ou de la délégation de service public et susceptibles de façon injustifiée d'écarter de la compétition les petites et moyennes entreprises ;
- préservent la confidentialité des informations fournies par les soumissionnaires ;
- veillent à ce que tout renseignement complémentaire, éclaircissement, rectification ou changement dans les dossiers d'appel d'offres soit communiqué à tous les destinataires du dossier d'appel d'offres initial bien avant la date de soumission des offres afin qu'ils disposent d'un délai raisonnable pour l'adaptation de leurs offres.

Le principe de transparence des procédures repose également sur le caractère public des procès-verbaux d'ouverture des offres et d'attribution de marché, ainsi que des décisions prises en matière d'attribution des contrats de la commande publique ou qui statuent sur les recours initiés par les candidats, soumissionnaires ou entités administratives.

Section 2 : Respect des règles de procédures

Article 17 : La bonne définition des besoins et des spécifications techniques
Dans le respect des différents textes et principes applicables, l'agent public veille à la définition de besoins fonctionnels et à la rédaction de spécifications techniques et administratives qui définissent au mieux les besoins en termes de résultat, en se gardant d'introduire le moindre facteur discriminant vis-à-vis des candidats et soumissionnaires, et notamment, selon la nature et l'importance du marché, des petites et moyennes entreprises.

Article 18 : Le respect des règles d'autorisation préalable
Tout agent public sollicite des autorités compétentes, les autorisations préalables au lancement de certaines procédures dérogatoires de passation des marchés publics et des délégations de service public, conformément aux dispositions de la réglementation des marchés publics en vigueur. Il sollicite également, le cas échéant, les avis de non objection et autorisations nécessaires, tant des structures de contrôle, que des partenaires techniques et financiers, sur le contenu des dossiers d'appel d'offres et de consultation, les procès-verbaux d'évaluation et les projets de contrats de la commande publique.

Article 19 : L'objectivité du recours aux procédures dérogatoires
Dans le cadre des procédures d'autorisation préalable visées à l'article 18, les autorités contractantes veillent nécessairement à apporter tout justificatif requis par la réglementation des marchés publics en vigueur pour recourir valablement aux procédures qui dérogent aux règles normales de mise en concurrence.

Article 20 : L'application scrupuleuse des délais prévus
L'agent public respecte scrupuleusement les délais mentionnés dans les avis et dossiers d'appel d'offres et de consultation, ainsi que les délais fixés par la réglementation relative à la procédure en matière d'évaluation, de publication, de notification, de signature, de contrôle ou d'approbation. Il en est de même des délais afférents à la procédure d'exécution et, notamment en matière de réception des prestations et de paiement.

Toute modification de délai est objectivement justifiée et appliquée équitablement à tous les candidats et soumissionnaires.

Article 21 : L'obligation de performance
Tout agent public participant aux procédures de passation, d'exécution, de règlement, de contrôle ou de régulation des contrats de la commande publique satisfait aux exigences de performance liées au fonctionnement du service public. A cet effet, les autorités contractantes mettront en place les moyens nécessaires pour évaluer,

contrôler et garantir la performance de leurs agents dans toutes les procédures de passation et d'exécution des contrats de la commande publique.

Pour garantir cette performance, les autorités contractantes privilégient :

- la définition précise et objective des besoins par les services spécialisés et, en cas de besoin, par un expert dûment mandaté par l'autorité contractante ;
- la mise en place d'un système informatisé de passation, de suivi et de gestion des contrats de la commande publique qui améliorera l'accessibilité des informations sur les contrats de la commande publique et réduira les délais ;
- le recours au portail national des marchés publics pour la mise en ligne des procédures de passation des contrats de la commande publique ainsi que des contrats déjà attribués ;
- la rapidité dans le traitement des demandes d'informations et des contestations des candidats ou soumissionnaires ;
- la mise en place d'un système d'alerte et de détection de tout acte de corruption, de malversation ou de mauvaise gestion ;
- la réduction des risques de contentieux par un respect rigoureux des règles nationales et communautaires ;
- la formation continue des agents sur les procédures de passation et d'exécution des contrats de La commande publique ;
- le respect des indicateurs de performance nationaux, communautaires et internationaux.

Indépendamment des structures de contrôle interne, les autorités contractantes peuvent instituer un service de qualité au sein de la direction des achats qui établira, après chaque contrat de la commande publique, un rapport sur les points de vue exprimés par les agents publics, le titulaire, les usagers et éventuellement les soumissionnaires ayant participé à la procédure.

En outre, cette obligation de performance implique que tout agent public qui intervient dans la passation, l'exécution, le réglement, le contrôle et la régulation des contrats de la commande publique s'implique personnellement dans la préservation et l'amélioration de la qualité du service rendu en respectant les points 1 à 8 de l'alinéa 2 du présent article.

<u>Article 22</u> : Le bon usage des finances publiques dans les procédures de marchés publics et de délégations de service public

Tout agent public intervenant dans les procédures de passation, d'exécution, de contrôle, de règlement ou de régulation des contrats de la commande publique doit être conscient que ces contrats jouent un rôle clé dans la bonne gestion des ressources publiques et qu'il y a de ce fait lieu de considérer leur gestion comme une activité stratégique plutôt qu'une simple fonction administrative.

Article 23 : L'obligation de privilégier une approche globale dans l'analyse des risques

Tout agent public, qui intervient dans les procédures de passation, d'exécution, de règlement, de contrôle et de régulation des contrats de la commande publique, est conscient que la prise en compte de la corruption et des autres irrégularités dans ces contrats s'insère dans une stratégie de gestion globale des risques.

Quelle que soit la nature du contrat de la commande publique concerné, l'agent public, visé à l'alinéa 1er s'intéressera à toutes les étapes de la procédure et préviendra toutes les formes d'irrégularités volontaires ou involontaires susceptibles d'affecter celles-ci.

A cet effet, les autorités compétentes élaborent et mettent à la disposition des agents des cellules de contrôle interne et externe, une cartographie des risques.

Section 3 : Règles gouvernant les relations avec les candidats et soumissionnaires

Article 24 : Le respect des exigences d'impartialité

Dans n'importe quelle étape de la procédure de passation, d'exécution, de règlement, de contrôle et de régulation des contrats de la commande publique et conformément aux règles statutaires, à la réglementation en vigueur et aux directives communautaires, les agents publics font preuve d'impartialité dans leurs relations avec les candidats et soumissionnaires et se gardent de toute forme de favoritisme.

A cet effet, les agents publics compétents pour les contrôles internes, ceux appartenant aux directions nationales ou régionales de contrôle des marchés publics et ceux de l'autorité de régulation des contrats de la commande publique exercent leurs missions en toute objectivité.

Il leur est formellement interdit de couvrir les éventuels manquements constatés dans les contrats de la commande publique examinés.

Article 25 : La prohibition de toute forme de corruption et autres infractions connexes

Les autorités contractantes veillent à la préservation de l'intégrité dans les procédures de passation et d'exécution des contrats de la commande publique. Pour ce faire, elles s'assureront que tout agent public dépendant d'elles, quelles que soient ses fonctions et sa position hiérarchique, ou toute entité publique ou privée intervenant pour leur compte s'interdise de solliciter, de réclamer, d'accepter, de recevoir ou d'offrir tout avantage en nature ou en espèce, en contrepartie de l'abstention, de quelque manière que ce soit, aux obligations de sa charge.

Les autorités contractantes s'assurent de la mise en place de procédures d'alerte efficace pour la détection et la dénonciation des pratiques de corruption et autres infractions connexes, en recourant à cet effet aux voies et procédures sécurisées pour recueillir les faits rapportés. Toute dénonciation doit être traitée avec la plus grande discrétion et l'autorité compétente déterminera si ces faits rapportés sont crédibles, sérieux et vérifiables avant leur prise en compte effective.

L'agent public et toute personne visée par le champ d'application du présent décret qui se voit proposer un avantage indu, prennent les mesures suivantes :

- refuser l'avantage ;
- tenter d'identifier formellement l'auteur de la proposition ;
- essayer d'avoir des témoins.

En outre, l'agent public, et toute personne visée par le champ d'application du présent décret, qui sont exposés à des tentatives de corruption ou qui en sont témoins, en informent immédiatement, par écrit, leur supérieur hiérarchique, en faisant état de tous les éléments qui sont en leur possession. Une copie du dossier y référant et des décisions qui auront été prises en conséquence par l'autorité hiérarchique sera obligatoirement transmise à l'Autorité de régulation des marchés publics.

Article 26 : L'objectivité et la traçabilité des réponses aux questions des candidats et soumissionnaires

L'égalité de traitement des candidats et soumissionnaires peut être démontrée par les agents publics à tout moment. Tous les échanges entre les agents publics et les prestataires de l'autorité contractante, à toutes étapes du processus d'achat public, font l'objet d'une traçabilité écrite.

Pendant la procédure, les agents publics ne répondent qu'aux questions écrites des soumissionnaires. Les réponses sont objectives, écrites et diffusées simultanément à tous les candidats ayant retiré un dossier d'appel à la concurrence ou de consultation.

Article 27 : L'objectivité dans l'analyse des offres des soumissionnaires

L'analyse des offres et des propositions est réalisée sur la base des critères d'évaluation objectifs, tels qu'annoncés dans les dossiers d'appel d'offres et de consultation, et toujours exprimés en termes monétaires, sauf en matière de prestations intellectuelles, où la pondération est admise. L'appréciation portée est développée, argumentée et en cohérence avec la décision prise ou la note donnée.

Article 28 : L'obligation de confidentialité

L'agent public, qui intervient dans les procédures de passation, d'exécution, de règlement, de contrôle et de régulation des contrats de la commande publique, respecte les règles de confidentialité des informations reçues des entreprises candidates, soumissionnaires, attributaires ou titulaires d'un contrat de la commande publique.

L'agent public s'abstient également d'utiliser à des fins personnelles des informations dont il a eu connaissance pendant l'exercice de ses fonctions et ce, même après la cessation de ses activités.

Article 29 : La transparence de l'information à la phase d'attribution du contrat

L'agent public, qui intervient dans les procédures de passation des contrats de la commande publique applique les règles de publication et de notification des résultats de l'analyse des appels d'offres.

Une lettre de rejet est adressée à tous les soumissionnaires non retenus. Sa motivation est précise et fondée sur le rapport d'analyse des offres. L'agent public devra répondre à toute demande en ce sens, émanant des soumissionnaires non retenus.

Les avis de publication des attributions des contrats de la commande publique comportent les mentions précisées par la réglementation en vigueur.

Article 30 : Le respect du droit de recours des candidats, soumissionnaires et titulaires

Les candidats, soumissionnaires et titulaires disposent de voies de recours en cas de non-respect des procédures établies afin d'obtenir la correction des décisions prises irrégulièrement, voire la réparation des dommages qui leur seraient causés.

A cet effet, les autorités contractantes prendront toutes les dispositions nécessaires pour examiner, dans des délais raisonnables, les recours des candidats, soumissionnaires ou titulaires et y apporter des réponses claires motivées et objectives.

Article 31 : Le respect strict des procédures de réception des prestations

Les autorités contractantes et toute entité intervenant pour leur compte, veillent à la transparence et au respect des règles prescrites en matière de réception des prestations objet du contrat de la commande publique. Toute complaisance dans les procédures de réception des prestations est formellement interdite et doit être évitée notamment par :

- la reconnaissance des ouvrages exécutés ou des prestations fournies ;
- l'accomplissement des épreuves et tests éventuellement prévus dans les documents contractuels des marchés ;
- la constatation des imperfections ou malfaçons et l'application des mesures prévues par les documents contractuels des marchés ;
- l'élaboration rigoureuse et objective des procès-verbaux de réception.

Article 32 : La prohibition de l'abus d'autorité ou de position officielle

Il est interdit à l'agent public d'offrir aux candidats, soumissionnaires, ou titulaires de contrats de la commande publique, des avantages liés d'une quelconque manière à sa situation d'agent public.

L'agent public se garde formellement d'influencer, quelque personne ou entité que ce soit, y compris d'autres agents publics, en se servant de sa position officielle, ou en leur proposant des avantages personnels.

Article 33 : La facilitation de la mise en œuvre des audits et des missions d'inspection et de contrôle

Afin de déceler et de combattre les pratiques de corruption, fraudes et autres irrégularités dans les procédures de passation et d'exécution des contrats de la commande publique, des opérations d'audit et de contrôle peuvent être effectuées auprès des autorités contractantes. Les services de ces autorités, ou de toute entité

ayant œuvré pour leur compte, coopèrent avec les entités publiques ou privées investies de cette mission d'audit conformément aux textes applicables.

Cette coopération se traduit notamment par :

- l'instauration d'une coordination des contrôles internes et des audits externes ;
- une mise à disposition de tous les documents administratifs, juridiques et financiers sollicités ;
- des réponses claires et objectives à toute question écrite ou orale ;
- une mise à disposition d'un local adapté permettant aux agents de contrôle de travailler sereinement.

Les autorités contractantes pourront entreprendre toute autre action nécessaire au bon déroulement de ces missions d'audit et de contrôle.

Article 34 : La mise en oeuvre effective des conclusions des missions d'audit et de contrôle

Les sanctions prévues par les réglementations nationales et communautaires sont effectivement appliquées aux auteurs de fautes ou d'irrégularités commises dans la passation, l'exécution, le règlement, le contrôle ou la régulation des contrats de la commande publique.

Les autorités compétentes écartent, temporairement ou définitivement des missions relatives à la passation des contrats de la commande publique, à leur gestion ou contrôle, conformément à la réglementation, toute entreprise qui s'est livrée à une ou plusieurs des pratiques, ci-après :

- activités corruptrices à l'égard des agents publics ;
- manœuvres frauduleuses en vue de l'obtention d'un contrat de la commande publique ;
- ententes illégales ;
- renoncement injustifié à l'exécution d'un contrat de la commande publique ;
- défaillance par rapport aux engagements souscrits dans le cadre de l'exécution d'un contrat de la commande publique.

Les agents publics reconnus coupables de violation de la réglementation ou de participation à des actes de corruption ou infractions connexes seront exclus des procédures de passation, d'exécution et de règlement des contrats de la commande publique sans préjudice des sanctions disciplinaires, financières et pénales prévues par les lois et règlements en vigueur.

CHAPITRE II - REGLES D'ETHIQUE ET DE DEONTOLOGIE APPLICABLES AUX CANDIDATS, SOUMISSIONNAIRES ET TITULAIRES

Section 1ère : Règles applicables aux candidats et soumissionnaires

Article 35 : L'engagement des candidats et soumissionnaires

Le candidat et le soumissionnaire sont tenus à l'occasion de chaque soumission, d'attester par écrit, de la connaissance et du respect du présent code d'éthique conformément à un formulaire élaboré par l'Autorité de régulation des marchés publics. Dans le cas contraire, ils ne peuvent valablement soumissionner.

Article 36 : L'exhaustivité et la véracité des informations fournies aux autorités contractantes

Tout candidat ou soumissionnaire fournit obligatoirement toute information nécessaire sollicitée par l'autorité contractante pour l'appréciation des candidatures et l'évaluation des offres.

Le candidat et le soumissionnaire s'interdisent de fournir de fausses informations, notamment celles relatives à :

- leur identité ;
- la qualification de leur personnel ;
- leurs capacités techniques et financières ;
- leurs certificats de qualification ;
- leurs installations et matériels ;
- leurs garanties fournies ;
- leurs références en matière de contrats de la commande publique ou autres prestations ;
- leurs déclarations fiscales et sociales
- toute autre déclaration ou document susceptible d'informer l'autorité contractante.

Article 37 : La prohibition de toute atteinte aux règles de la concurrence

Le candidat ou le soumissionnaire respecte les règles nationales et communautaires en matière de concurrence.

Il évite toute concurrence déloyale, de quelque manière que ce soit, au préjudice des autres candidats et soumissionnaires, notamment par des délations et autres informations non fondées.

Il évite également toute entente illicite ou collusion avec d'autres candidats ou soumissionnaires afin d'établir des prix artificiels et non concurrentiels.

Article 38 : La prohibition de tout acte de corruption par le candidat ou le soumissionnaire

Tout candidat ou soumissionnaire s'abstient de tout acte de corruption en vue d'obtenir une faveur quelconque, à n'importe quelle étape de la procédure de passation, d'exécution, de règlement, de contrôle ou de régulation du contrat de la commande publique.

Le candidat ou le soumissionnaire d'un contrat de la commande publique informe les autorités contractantes et l'Autorité de régulation des marchés publics compétente de tout paiement ou tout avantage accordé au profit de toute personne impliquée dans la procédure d'attribution ou d'exécution du contrat de la commande publique.

Ils s'interdisent également de leur proposer ou de leur donner des avantages, directement ou indirectement, et antérieurement ou postérieurement à la soumission de leur candidature.

Article 39 : La prohibition de toute situation de conflits d'intérêts

Dans le cadre des obligations d'information et de collaboration, le candidat ou soumissionnaire communique par écrit et de manière détaillée, à l'autorité contractante toute information sur l'existence d'un éventuel conflit d'intérêts relatif à la procédure à laquelle ils participent.

Article 40 : Le respect des prescriptions en matière sociale

Les candidats, soumissionnaires, attributaires d'un contrat de la commande publique sont tenus de respecter l'ensemble des dispositions réglementaires en vigueur visant à l'amélioration des conditions de travail des travailleurs engagés dans le cadre de l'exécution de contrats publics.

A cet égard, ils sont tenus de respecter notamment ce qui suit :

- l'interdiction du travail forcé ;
- l'interdiction du recours à l'exploitation des enfants ;
- la liberté syndicale et du droit de négociation collective ;
- le principe de non-discrimination ;
- une politique de rémunération au moins équivalente au salaire minimum vital ou au salaire minimum légal quand Il est supérieur ;
- les règles concernant la santé et la sécurité au travail ;
- les règles fixant la durée maximale du travail et la rémunération des heures supplémentaires ;
- le paiement des cotisations sociales.

Article 41 : La prohibition de recours dilatoires

Il est interdit à tout candidat ou soumissionnaire d'intenter des recours dilatoires destinés à bloquer inutilement le processus de passation du contrat de la commande publique, afin de préserver l'efficacité des procédures.

Section 2 : Règles applicables au titulaire des contrats de la commande publique

Article 42 : Le respect scrupuleux des délais d'exécution

Tout titulaire de contrat de la commande publique s'engage à respecter scrupuleusement les engagements souscrits en matière de planning et d'organisation, pour assurer l'exécution des prestations dans les délais contractuels.

Il signale, sans tarder, tout incident ou événement imprévu et de nature à provoquer un allongement desdits délais.

Article 43 : L'exécution conforme des prestations

Tout titulaire de contrat de la commande publique veille à la qualité des prestations, en assurant notamment leur parfaite conformité avec les prescriptions et spécifications des dossiers d'appel à la concurrence, afin de prévenir tout contentieux lié à l'exécution des prestations.

Article 44 : La prohibition de tout acte de corruption par le titulaire

Tout titulaire de contrat de la commande publique s'abstient de tout acte de corruption, active ou passive, ou infraction connexe, de l'exécution à la réception définitive des prestations.

L'entreprise titulaire et les membres de son personnel s'interdisent de proposer à l'endroit d'un agent public de l'autorité contractante, une offre, une promesse ou un avantage de toute nature, pour lui-même ou pour un tiers, afin qu'il s'écarte des règles normales d'exécution de ses fonctions.

Le titulaire d'un contrat de la commande publique et les membres de son personnel s'interdisent de solliciter ou d'accepter, directement ou par personnes interposées, une offre, une promesse ou un avantage de toute nature, pour faire ou s'abstenir de faire un acte que lui imposait les documents de mise en concurrence.

Article 45 : La préservation de l'indépendance du titulaire

Tout titulaire s'abstient de toute relation directe ou indirecte susceptible de compromettre son indépendance ou celle de son personnel pendant toute la durée des relations contractuelles, afin d'exécuter objectivement les prestations objet du marché public ou de la délégation de service public.

Article 46 : La préservation du secret professionnel

Tout titulaire de contrat de la commande publique fait preuve de loyauté envers l'autorité contractante. Il s'abstient de faire des déclarations publiques relatives aux prestations sans l'approbation préalable de celle-ci.

Le titulaire du contrat de la commande publique préserve obligatoirement le secret professionnel pendant toute la durée de l'exécution du contrat et après son achèvement.

Article 47 : La tenue d'une comptabilité exhaustive et claire
Tout titulaire de contrat de la commande publique doit faire ses meilleurs efforts, dans l'exécution des prestations, pour tenir une comptabilité mise à jour, exhaustive, claire et accessible à l'autorité contractante ou à son mandant lors des contrôles et audits.

Cette comptabilité est spécifique au contrat de la commande publique concerné et fait ressortir le détail des sommes facturées et des sommes réglées au titre des prestations exécutées.

Article 48 : La prohibition de surfacturation et d'établissement de fausses factures
Tout titulaire de contrat de la commande publique s'abstient de procéder à la surfacturation et à l'établissement de fausses factures. Les factures présentées à l'autorité contractante correspondent aux prestations effectivement accomplies.

Article 49 : Le respect des obligations sociales, fiscales, parafiscales et douanières
Tout titulaire de contrat de la commande publique respecte les obligations sociales, les règles fiscales, parafiscales et douanières en vigueur au Togo. Il tient, à cet effet, à jour un état des déclarations fiscales et douanières relative au contrat. Ces déclarations sont mises à la disposition de tout corps de contrôle qui les sollicite.

CHAPITRE III - DISPOSITIONS SPECIFIQUES AUX CONFLITS D'INTERETS

Article 50 : Les situations de conflits d'intérêts
La mise en œuvre des dispositions du présent décret implique des incompatibilités qui s'imposent à l'agent public.

Ces incompatibilités concernent également le candidat ou le soumissionnaire qui peut se trouver dans une situation susceptible de lui procurer un avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence. Pour éviter tout conflit d'intérêts pour les candidats ou soumissionnaires, certaines situations sont déclarées incompatibles avec le dépôt d'une candidature ou d'une offre, notamment :

- l'existence de relations économiques, juridiques, professionnelles, ou familiales entre le candidat ou soumissionnaire et un agent de l'autorité contractante ou un membre du personnel du maître d'ouvrage, maître d'œuvre ou bureau de contrôle, qui est directement ou indirectement impliqué dans les procédures de passation ou d'exécution du contrat de la commande publique concerné ;
- la situation où le candidat ou soumissionnaire lui-même a procédé soit à l'étude, soit à la préparation, soit à l'élaboration d'un quelconque élément se rapportant au contrat de la commande publique concerné ;
- l'existence de relations économiques, juridiques, professionnelles ou familiales entre le candidat ou soumissionnaire et une personne physique ou morale qui a été engagée pour fournir des services de conseil dans la

préparation des plans, des cahiers des charges, termes de référence ou autres documents destinés à être utilisés dans la passation ou l'exécution du contrat de la commande publique concerné.

En outre, dans certaines circonstances, un candidat ou un soumissionnaire peut être en situation de conflit d'intérêts vis-à-vis d'un ou de plusieurs autres candidats ou soumissionnaires au contrat de la commande publique, notamment :

- s'ils ont au moins un associé majoritaire en commun ;
- s'ils ont le même conseil juridique pour les besoins de la procédure ;
- s'ils ont une relation, soit directement soit par des tiers, qui leur permet d'accéder à des renseignements ou d'influer sur l'offre d'un autre soumissionnaire ;
- s'ils participent à plus d'une offre dans le cadre du même appel à la concurrence. Dans cette dernière situation, un candidat ou soumissionnaire qui participe à plusieurs offres provoquera la disqualification de toutes les offres auxquelles il aura participé.

Le candidat ou le soumissionnaire fait connaître toute situation de conflit réel ou potentiel susceptible d'influer sur sa capacité à servir au mieux les intérêts de l'autorité contractante, ou qui pourrait raisonnablement être perçue dans ce sens. Le candidat ou le soumissionnaire qui ne signalerait pas ces situations pourrait se voir disqualifié, ou voir le marché résilié.

Par ailleurs, dans le cadre de la préservation de l'impartialité des agents publics, il est fait interdiction à ceux-ci d'acquérir ou de conserver directement, ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, des intérêts de nature à compromettre son indépendance.

Article 51 : La prohibition du cumul d'activités

Un agent public, un fonctionnaire ou un contractuel ne peut exercer à titre professionnel une activité privée lucrative, ou non, de quelque nature que ce soit, sauf exceptions limitativement énumérées par les textes en vigueur.

L'interdiction de cumul d'activités peut également concerner les mandats locaux exécutifs et les fonctions publiques. Cette limitation vise à prévenir une confusion des intérêts nationaux et locaux, de l'Etat avec d'autres personnes morales de droit public.

Article 52 : La déclaration d'intérêts

Préalablement à sa participation à toute procédure de passation, d'exécution, de règlement, de contrôle ou de régulation des contrats de la commande publique, tout agent public, quelle que soit sa position hiérarchique, relevant de l'autorité contractante, ou toute personne visée à l'article 3 du présent décret, s'engage à respecter les dispositions dudit décret en remplissant et signant une déclaration d'intérêt suivant un modèle élaboré par l'Autorité de régulation des marchés publics. Dans l'hypothèse d'un risque avéré d'un conflit d'intérêts qui pourrait susciter un doute raisonnable sur son impartialité et son objectivité, l'agent public concerné s'abstient immédiatement d'intervenir dans les différentes procédures du contrat de la commande publique concerné.

Dans sa mise en œuvre, le mécanisme de la déclaration d'intérêts défini dans le présent article veille à l'équilibre entre la transparence des procédures et la protection de la vie privée des agents publics concernés.

Article 53 : La cessation des fonctions

Tout agent public, qui a cessé d'exercer ses fonctions, se comporte de façon à ne pas tirer d'avantages indus de sa charge antérieure.

Même après la cessation de ses fonctions, l'agent public ne peut divulguer une information confidentielle qu'il a obtenue, ni donner à quiconque des conseils fondés sur de l'information non disponible au public.

Pendant un délai de deux (2) ans à compter de la date de cessation de ses fonctions, l'agent public concerné ne peut participer, seul ou en association avec un ou d'autres candidats et soumissionnaires, aux contrats de la commande publique initiés par son ancienne structure de rattachement.

Dans le même délai fixé à l'alinéa 3, l'agent public ayant cessé ses fonctions ne peut prendre des participations dans des entreprises qu'il a été amené à surveiller durant l'exercice de ses activités.

Pendant la même période et dans les mêmes circonstances, l'autorité contractante ne peut traiter avec l'agent public visé aux alinéas 1, 2, 3 et 4 du présent article.

CHAPITRE VI - LOBBYING ET PARRAINAGE

Article 54 : Le lobbying

Les agents publics intervenant dans les processus de passation ou de contrôle des contrats de la commande publique sont soumis aux interdictions suivantes :

- de fournir des renseignements confidentiels ou privilégiés à un lobbyiste ou de l'aider en permettant à ses clients d'avoir des contacts privilégiés avec la collectivité publique;
- d'accepter les invitations récurrentes et les cadeaux qui pourraient faire de l'agent un débiteur.

Les agents publics consignent par écrit la nature et l'objet de tout contact avec un lobbyiste et s'en réfèrent à leur supérieur hiérarchique direct ou à toute autre autorité compétente.

Article 55 : Le parrainage

Les autorités contractantes doivent être conscientes que les conventions de parrainage peuvent être requalifiées en marchés publics, lorsque l'entreprise effectue une prestation de service en échange d'un versement en numéraire.

Dans la situation décrite à l'alinéa précédent, l'autorité contractante respecte dans la mesure du possible les règles applicables en matière de mise en concurrence.

TITRE III - DISPOSITIONS DIVERSES ET FINALES

Article 56 : Les sanctions
Sans préjudice des sanctions pénales et financières encourues par les autres acteurs de la commande publique, l'agent public qui, intentionnellement, par négligence ou par imprudence, enfreint les dispositions du présent code, est passible d'une sanction disciplinaire conformément aux dispositions nationales régissant le régime disciplinaire des agents publics.

Article 57 : Le présent décret abroge toutes les dispositions antérieures contraires.

Article 58 : Le ministre de l'économie et des finances est chargé de l'exécution du présent décret qui sera publié au Journal officiel de la République togolaise.

Fait à Lomé, le 08 JUIL 2019

Le Président de la République

SIGNE

Faure Essozimna GNASSINGBE

Le Premier ministre

SIGNE

Selom Komi KLASSOU

Le ministre de l'économie
et des finances

SIGNE

Sani YAYA

Pour ampliation,
Le secrétaire général
de la Présidence de la République

Patrick Daté TEVI-BENISSAN

DECRET N° 2018 - 171/PR
PORTANT ADOPTION DES SEUILS DE PASSATION, DE PUBLICATION, DE CONTROLE ET D'APPROBATION DES MARCHES PUBLICS ET DES PROCEDURES DE SOLLICITATION DE PRIX

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE,

Sur le rapport du ministre de l'économie et des finances,

Vu la Constitution du 14 octobre 1992 ;

Vu le Traité modifié de l'Union économique et monétaire ouest africaine du 29 janvier 2003 ;

Vu le Traité du 17 octobre 1993 modifié par le Traité du 17 octobre 2008 relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) et ses différents Actes Uniformes ;

Vu la décision n° 03/2014/CM/UEMOA du 28 juin 2014 portant adoption du plan d'actions des réformes des marchés publics et des délégations de service public au sein de l'UEMOA ;

Vu la directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la directive n° 01/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant adoption du Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la directive n° 06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances publiques au sein de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la directive n° 04/2012/CM/UEMOA du 28 septembre 2012 relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public au sein de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la loi organique n° 98-014 du 10 juillet 1998 portant organisation et fonctionnement de la Cour des comptes ;

Vu la loi organique n° 2014-013 du 27 juin 2014 relative aux lois de finances ;

Vu la loi n° 90-26 du 4 décembre 1990 portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques ;

Vu la loi n° 2007-011 du 13 mars 2007 portant décentralisation et liberté locale ;

Vu la loi n° 2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public ;

Vu la loi n° 2014-009 du 11 juin 2014 portant code de transparence dans la gestion des finances publiques ;

Vu la loi n° 2016-001 du 04 janvier 2016 portant loi de finances, gestion 2016 ;

Vu le décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant code des marchés publics et délégations de service public ;

Vu le décret n° 2009-295/PR du 30 décembre 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de la direction nationale du contrôle des marchés publics ;

Vu le décret n° 2009.296/PR du 30 décembre 2009 portant missions, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics ;

Vu le décret n°2009-297/PR du 30 décembre 2009 portant attributions, organisation et fonctionnement des organes de passation et de contrôle des marchés publics ;

Vu le décret n° 2015-038/PR du 05 juin 2015 portant nomination du Premier ministre ;

Vu le décret n° 2015-041/PR du 28 juin 2015 portant composition du gouvernement, ensemble les textes qui l'ont modifié ;

Vu le décret n° 2017-112/PR du 02 octobre 2017 fixant les attributions du ministre et portant organisation et fonctionnement du ministère de l'économie et des finances ;

Sur proposition du conseil de régulation de l'Autorité de régulation des marchés publics ;

Le conseil des ministres entendu,

D E C R E T E :

CHAPITRE Ier - DISPOSITIONS GENERALES

Article 1er : Le présent décret fixe les seuils de passation, de publication, de contrôle et d'approbation des marchés publics, conformément aux dispositions du code des marchés publics et délégations de service public.

Article 2 : Les seuils fixés par le présent décret sont estimés toutes taxes comprises et exprimés en francs CFA, sauf dispositions contraires prévues dans les accords de financement des projets des partenaires techniques et financiers.

CHAPITRE II - SEUILS DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Article 3 : Les seuils de passation des marchés de travaux, de fournitures, de services courants et de prestations intellectuelles en appel à la concurrence sont fixés comme suit :

- quatre-vingt-cinq millions (85 000 000) de francs CFA toutes taxes comprises, pour les administrations centrales et déconcentrées de l'Etat, les institutions de la République, les établissements publics, les collectivités locales et leurs établissements publics, organismes, agences ou offices ;

- cent vingt millions (120 000 000) de francs CFA toutes taxes comprises, pour les agences et offices, les entreprises publiques, notamment les sociétés d'Etat et les sociétés d'économie mixte ainsi que les personnes morales de droit privé agissant pour le compte d'une personne morale de droit public ou qui bénéficient du concours financier ou de la garantie d'une personne morale de droit public.

Les dossiers d'appel à la concurrence sont préparés par l'autorité contractante sur la base des dossiers types de passation des marchés publics élaborés et adoptés par l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP).

Article 4 : En dessous des seuils visés à l'article 3 ci-dessus, les dépenses des autorités contractantes précitées font l'objet d'une procédure de sollicitation de prix selon les modalités définies au chapitre 6 du présent décret.

Article 5 : La procédure de demande de renseignement de prix s'exécute suivant les seuils définis ci-après :

- montant inférieur à quatre-vingt-cinq millions (85 000 000) de francs CFA toutes taxes comprises et supérieur à dix millions (10 000 000) de francs CFA toutes taxes comprises pour les marchés de travaux, de fournitures, de services courants et de prestations intellectuelles passés par les administrations centrales et déconcentrées de l'État, les institutions de la République, les établissements publics, les collectivités locales et leurs établissements publics, organismes, agences ou offices ;

- montant inférieur à cent vingt millions (120 000 000) de francs CFA toutes taxes comprises et supérieur à vingt-cinq millions (25 000 000) de francs CFA toutes taxes comprises pour les marchés de travaux, de fournitures, de services courants et de prestations intellectuelles, passés par les agences et offices, les entreprises publiques, notamment les sociétés d'Etat et les sociétés d'économie mixte ainsi que les personnes morales de droit privé agissant pour le compte d'une personne morale de droit public ou bénéficiant du concours financier ou de la garantie d'une personne morale de droit public.

Article 6 : La demande de cotation est passée suivant les montants inférieurs ou égaux aux seuils définis ci-après :

- dix millions (10 000 000) de francs CFA toutes taxes comprises pour les marchés de travaux, de fournitures, de services courants et de prestations intellectuelles passés par les administrations centrales et déconcentrées de l'Etat, les institutions de la République, les établissements publics, les collectivités locales et leurs établissements publics, organismes, agences ou offices ;

- vingt-cinq millions (25 000 000) de francs CFA toutes taxes comprises pour les marchés de travaux, de fournitures, de services courants et de prestations intellectuelles passés par les agences et offices, les entreprises publiques, notamment les sociétés d'Etat et les sociétés d'économie mixte ainsi que les personnes morales de droit privé agissant pour le compte d'une personne morale de droit public ou bénéficiant du concours financier ou de la garantie d'une personne morale de droit public.

CHAPITRE III - SEUILS DE PUBLICATION DES MARCHES PUBLICS

Article 7 : Les marchés publics dont le montant est supérieur ou égal aux seuils de passation visés à l'article 3 du présent décret, font l'objet d'un avis d'appel à la concurrence porté à la connaissance du public par une insertion faite, dans les mêmes termes, dans le journal des marchés publics ou toute publication nationale ou internationale ainsi que sous mode électronique, le cas échéant, selon un document modèle dont les mentions obligatoires sont fixées dans le code des marchés publics et de délégations de service public. Cette obligation concerne également les avis de pré qualification.

Article 8 : Les marchés, dont les montants sont inférieurs aux seuils ci-après, font l'objet de publication nationale :

- un milliard (1 000 000 000) de francs CFA toutes taxes comprises pour les marchés de travaux ;

- cinq cent millions (500 000 000) de francs CFA toutes taxes comprises pour les marchés de fournitures et de services ;

- cent cinquante millions (150 000 000) de francs CFA toutes taxes comprises pour les marchés de prestations intellectuelles.

A partir de ces seuils, les marches font l'objet de publication au plan communautaire et au plan national.

Article 9 : La procédure de publication visée à l'article 7 ci-dessus ne saurait avoir d'effet discriminatoire vis-à-vis des entreprises étrangères et leur interdire de participer à la compétition.

CHAPITRE IV - SEUILS DE CONTROLE A PRIORI DES MARCHES PUBLICS

Article 10 : La direction nationale du contrôle des marchés publics est chargée du contrôle a priori des procédures de passation des marchés publics pour les dépenses d'un montant supérieur ou égal à :

- quatre-vingt-cinq millions (85 000 000) de francs CFA toutes taxes comprises pour les marchés de travaux, de fournitures, de services courants et de prestations intellectuelles passés par les administrations centrales et déconcentrées de l'Etat, les institutions de la République, les établissements publics, les collectivités locales et leurs établissements publics, organismes, agences ou offices ;
- cent vingt millions (120 000 000) de francs CFA toutes taxes comprises pour les marchés de travaux, de fournitures et services, et les prestations intellectuelles passés par les agences, les offices, les entreprises publiques, notamment les sociétés d'Etat et les sociétés d'économie mixte ainsi que des personnes morales de droit privé agissant pour le compte d'une personne morale de droit public ou bénéficiant du concours financier ou de la garantie d'une personne morale de droit public.

Article 11 : En dessous des seuils visés à l'article 10, les marchés passés par les autorités contractantes sont soumis au contrôle des commissions de contrôle des marchés publics établies en leur sein.

Ces marchés peuvent faire l'objet d'un contrôle a posteriori de la direction nationale du contrôle des marchés publics.

Article 12 : La direction nationale du contrôle des marchés publics est également chargée du contrôle a priori des procédures de passation des délégations de service public.

CHAPITRE V - SEUILS D'APPROBATION DES MARCHES PUBLICS

Article 13 : L'approbation d'un marché public est la formalité administrative obligatoire matérialisée par la signature de l'autorité compétente, qui a pour effet de valider le projet de marché.

Article 14 : Les marchés publics passés par les administrations centrales et les institutions de la République sont approuvés par l'autorité habilitée suivant les seuils d'approbation prévus à l'article 18 ci-après. Leur transmission pour approbation incombe à l'organe de contrôle a priori compétent des marchés publics après confirmation de la disponibilité de crédit par le contrôleur financier.

Article 15 : Les marchés publics passés par les collectivités locales sont approuvés, quel que soit le montant, par leurs représentants habilités désignés comme suit :

- le maire pour la commune ;

- le président du conseil de préfecture pour la préfecture ;
- le président du conseil régional pour la région.

Article 16 : Les marchés passés par les offices, les agences, les entreprises publiques, notamment les sociétés d'État et les sociétés d'économie mixte ainsi que des personnes morales de droit privé agissant pour le compte d'une personne morale de droit public ou bénéficiant du concours financier ou de la garantie d'une personne morale de droit public sont approuvés, quel que soit le montant, par leurs représentants habilités désignés et suivant les seuils prévus par les dispositions légales et statutaires qui les régissent.

Toutefois, lorsque ces marchés sont financés par le budget de l'Etat, leur approbation relève de l'autorité d'approbation compétente.

Article 17 : En tout état de cause, les fonctions d'autorité signataire et d'autorité approbatrice du marché ne peuvent être cumulées.

Article 18 : Les marchés des départements ministériels, des institutions de la République sont approuvés suivant les seuils ci-après par :

- le ministre chargé des finances, lorsque le montant du marché est supérieur ou égal à trois cent cinquante millions (350 000 000) de francs CFA toutes taxes comprises ;

- le ministre sectoriel ou le premier responsable de l'institution concernée lorsque le montant du marché est inférieur à trois cent cinquante millions (350 000 000) de francs CFA toutes taxes comprises après visa du contrôleur financier.

Les marchés dont les montants sont inférieurs ou égaux à dix millions 10 000 000) de francs CFA toutes taxes comprises ne sont pas soumis à la formalité d'approbation. Ils sont néanmoins signés par le ministre sectoriel après visa du contrôleur financier central ou déconcentré.

CHAPITRE VI - PROCÉDURES DE SOLLICITATION DE PRIX

Article 19 : Les procédures de sollicitation de prix comprennent :

- la procédure de demande de renseignement de prix ;

- la procédure de demande de cotation.

Article 20 : Dans la procédure de demande de renseignement de prix, le dossier de demande de renseignement de prix est préparé par l'autorité contractante sur la base du document type élaboré par l'Autorité de régulation des marchés publics.

Un avis contenant au moins l'objet, la nature des prestations et les qualifications exigées est publié dans le journal des marchés publics ou sur tout autre support d'information de large diffusion.

Le dossier de demande de renseignement de prix précise au moins les spécifications techniques requises par l'autorité contractante, les critères d'évaluation, un modèle de devis quantitatif et estimatif ainsi que les obligations auxquelles sont assujetties les parties et les modalités d'exécution des prestations.

Il indique également si des éléments autres que les frais pour les travaux, biens ou services, notamment les frais de transport ou d'assurance, droits de douane et taxes applicables sont inclus dans le prix.

Chaque candidat n'est autorisé à donner qu'un seul prix et ne peut le modifier après la date limite de dépôt des offres.

Article 21 : L'autorité contractante peut justifier que l'offre et les conditions qui lui sont faites sont les plus avantageuses, notamment en faisant appel à la concurrence, et par référence au niveau des prix obtenus par comparaison avec des marchés similaires antérieurs ou des informations obtenues auprès de banques de données de prix nationales ou internationales.

Quinze (15) jours calendaires après la publication de l'avis du dossier de demande de renseignement de prix, les plis des candidats sont reçus par l'autorité contractante et transmis à la commission d'ouverture pour le dépouillement, la vérification de la conformité des spécifications techniques et la comparaison des prix.

L'autorité contractante déclare attributaire provisoire, le soumissionnaire dont l'offre est conforme aux prescriptions du descriptif technique, évaluée la moins disante et qui satisfait aux critères de qualification, après l'avis de l'organe de contrôle a priori compétent au sein de l'autorité contractante.

Aucune négociation sur le prix proposé par le soumissionnaire n'est autorisée.

Une copie de la décision d'attribution est transmise par l'autorité contractante à la direction nationale du contrôle des marchés publics et à l'autorité de régulation des marchés publics dans un délai de soixante-douze (72) heures à compter de la date de signature du contrat afférent.

La personne responsable des marchés publics notifie le résultat aux soumissionnaires par tout moyen laissant trace écrite.

Article 22 : La demande de renseignement de prix donne lieu à la rédaction d'un contrat simplifié, d'une lettre de commande ou de tout autre document contractuel dont le modèle est contenu dans le dossier de demande de renseignement de prix.

Artioe 23 : La procédure de demande de cotation est une procédure simplifiée d'acquisition par laquelle l'autorité contractante sollicite, à partir des spécifications techniques des travaux, fournitures et des services ou de termes de référence élaborés, des factures pro forma, des devis ou mémoires auprès d'au moins trois (3) opérateurs économiques inscrits sur un répertoire de données prestataires, constitué à la suite d'un appel à manifestation d'intérêt sous la responsabilité de la personne responsable des marchés publics.

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

La réponse à l'avis à manifestation d'intérêt n'implique pas l'obligation d'attribuer le marché aux candidats inscrits sur le répertoire des données prestataires.

L'autorité contractante est tenue prioritairement, de consulter les candidats inscrits sur le répertoire des données prestataires et au besoin, de les compléter par des candidats non-inscrits, lorsque le répertoire en sa disposition ne lui permet pas de respecter l'obligation de mise en concurrence d'au moins trois (3) factures pro forma, devis ou mémoires.

En tout état de cause, l'autorité contractante, autant que faire se peut, consulte au moins une fois l'an tous les candidats régulièrement Inscrits sur le répertoire des prestataires dans la mesure où leur domaine d'intervention est sollicité.

Article 24 : Les autorités contractantes peuvent, suivant les conditions précisées dans la lettre d'invitation, accorder aux candidats consultés un délai maximum de sept (7) jours calendaires pour présenter sous plis fermés leurs factures pro forma, devis ou mémoires à l'autorité contractante aux date et heure de dépôt indiquées dans la lettre d'invitation. La comparaison ne peut être faite que sur la base d'au moins trois (3) factures pro forma, devis ou mémoires reçus provenant d'opérateurs économiques distincts.

Le choix de l'attributaire se fait sur la base du meilleur rapport qualité /coût en conformité avec la ligne budgétaire accordée. Un procés-verbal sanctionnant le choix de l'attributaire est dressé par l'administrateur de crédits et signé par la personne responsable des marchés publics. Le titulaire du marché est soumis au contrôle des prix.

La demande de cotation ne fait pas l'objet de contrat formel mais peut donner lieu à la rédaction d'un bon de commande ou d'un bon de travail sous réserve de l'application des règles d'engagement, de liquidation, d'ordonnancement et de paiement propres à chaque autorité contractante.

CHAPITRE VII - DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

Article 25 : Les acquisitions des autorités contractantes enclenchées antérieurement à l'entrée en vigueur du présent décret continuent d'être régies par les dispositions applicables au moment de leur mise en œuvre.

Article 26 : En attendant l'application effective de l'intégralité des dispositions de la loi organique n° 2014-013 du 27 juin 2014 relative aux lois de finances, les modalités d'approbation des marchés publics passés par les ministères et institutions de la République, telles que prévues à l'article 18 ci-dessus, continueront de relever de la compétence du ministre chargé des finances.

Article 27 : Sont abrogées toutes les dispositions antérieures contraires, notamment celles du décret n° 2011-059/PR du 4 mai 2011 portant définition des seuils de passation, de publication, de contrôle et d'approbation des marchés publics.

Article 28 : Le ministre de l'économie et des finances est chargé de l'exécution du présent décret qui sera publié au Journal officiel de la République togolaise.

Fait à Lomé, le 22 NOV 2018

Le Président de la République

SIGNE

Faure Essozimna GNASSINGBE

Le Premier ministre

SIGNE

Selom Komi KLASSOU

Le ministre de l'économie
et des finances

SIGNE

Sani YAYA

Pour ampliation,
Le Secrétaire général de la
Présidence de la République

Patrick Daté TEVI-BENISSAN

DECRET N°2018-028/PR
PORTANT ATTRIBUTION D'UN QUOTA DE MARCHES PUBLICS AUX JEUNES ET FEMMES ENTREPRENEURS

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE,

Sur le rapport du ministre de l'économie et des finances,

Vu la constitution du l4 octobre 1992 ;

Vu la loi n°2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public ;

Vu le décret n° 2015-038/PR du 05 juin 2015 portant nomination du Premier ministre ;

Vu le décret n° 2015-041/PR du 28 juin 2015 portant composition du gouvernement, ensemble les textes qui l'ont modifié ;

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

Le conseil des ministres entendu,

D E C R E T E :

Article 1er : Chaque autorité contractante réserve une part d'au moins vingt pour cent (20 %) des marchés inscrits dans son plan annuel de passation des marchés publics aux jeunes et femmes entrepreneurs de nationalité togolaise et exerçant sur le territoire national.

Le taux ci-dessus pourra être revu à la hausse sur proposition du ministre de l'éconmnie et des finances.

Article 2 : Les attributions des marchés aux jeunes et femmes entrepreneurs seront faites selon les procédures simplifiées de demande de cotation et d'appel d'offres restreint avec publicité.

Article 3 : Les autorités contractantes prennent toutes les dispositions idoines pour l'application effective de la présente mesure.

Elles produisent un rapport annuel sur la mise en œuvre du présent décret.

Article 4 : Le ministre de l'économie et des finances est chargé de l'exécution du présent décret qui sera publié au Journal officiel de la République togolaise.

Fait à Lomé, le 01 FEV 2018

Le Président de la République

SIGNE

Faure Essozimna GNASSINGBE

Le Premier ministre

SIGNE

Selom Komi KLASSOU

Le ministre de l'économie
et des finances

SIGNE

Sani YAYA

Pour ampliation,
Le secrétaire général
de la Présidence de la République

Daté Patrick TEVI-BENISSAN

ARRETE N°087/MEF/CAB
PORTANT REHAUSSEMENT A VINGT-CINQ POUR CENT (25%) DE LA PART DES MARCHES PUBLICS A RESERVER AUX JEUNES ET FEMMES ENTREPRENEURS

LE MINISTRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES,

Sur instructions de son Excellence Monsieur le Président de la République,

Vu la Constitution du 14 octobre 1992 ;

Vu la loi n°2009-013 du 30 juin 2009 relative aux marchés publics et délégations de service public ;

Vu le décret n°2017-112/PR du 02 octobre 2017 fixant les attributions du ministre et portant organisation et fonctionnement du ministère de l'économie et des finances ;

Vu le décret n°2018- 028/PR du 1er février 2018 portant attribution d'une part des marchés publics aux jeunes et femmes entrepreneurs ;

Vu le décret n°2019-003/PR du 24 janvier 2019 portant nomination du Premier ministre ;

Vu le décret n°2019-004/PR du 24 janvier 2019 portant composition du gouvernement, ensemble les textes qui l'ont modifié ;

Vu le rapport d'exécution de la mesure de réservation d'au moins vingt pour cent (20%) des marchés publics aux jeunes et femmes entrepreneurs, au titre de la gestion 2018 ;

ARRETE :

Article 1er : En application de l'alinéa 2 de l'article 1er du décret n°2018- 028/PR du 1er février 2018 portant attribution d'une part des marchés publics aux jeunes et femmes entrepreneurs, le quota des marchés publics à réserver par chaque autorité contractante, dans son plan annuel de passation des marchés publics, aux jeunes et femmes entrepreneurs de nationalité togolaise et exerçant sur le territoire national, est désormais portée à au moins vingt-cinq pour cent (25%).

Article 2 : Le présent arrêté prend effet à compter de la date de sa signature.

Article 3 : Le directeur national du contrôle des marchés publics est chargé de l'exécution du présent arrêté qui sera publié au Journal officiel de la République togolaise .

Fait à Lomé, le 03 MAI 2019

Le ministre de l'économie
et des finances

SIGNE

Sani YAYA

Pour ampliation,
Le secrétaire général



A. Badaram PATOKI

AMPLIATIONS

PR/CAB	**: 01**
PM/CAB	**: 01**
SGG	**: 01**
MEF/CAB	**: 01**
SG/MEF	**: 01**
DNCMP	**: 01**
DNCF	**: 01**
ARMP	**: 01**
Autorités contractantes	**: 161**
JORT	**: 01**

PARTENARIATS PUBLIC - PRIVE

LOI N° 2021 - 034

RELATIVE AUX CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC - PRIVEE

LOI N° 2021 - 034
RELATIVE AUX CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE

L'Assemblée nationale a délibéré et adopté ;
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

TITRE Ier : OBJET- DEFINITIONS ET PRINCIPES GENERAUX

Article premier : Objet

La présente loi a pour objet de régir les contrats de partenariat public-privé.

Elle détermine leur régime juridique et leur cadre institutionnel.

Article 2 : Définitions

Aux termes de la présente loi, on entend par :

- **affermage** : partenariat public-privé à paiement par l'usager à travers lequel l'autorité contractante décide, finance les investissements initiaux et en confie la gestion à un fermier, qui se voit remettre pour la durée du contrat, les ouvrages nécessaires à l'exploitation du service. Le fermier exploite à ses risques et entretient les ouvrages. L'autorité contractante demeure propriétaire des équipements. Le fermier peut être chargé de travaux d'extension ou de modernisation des ouvrages ;

- **autorité contractante :** personne morale de droit public ou de droit privé qui bénéficie du concours financier ou de la garantie d'une personne morale de droit public qui conclut un contrat de partenariat public-privé ;

- **candidat** : personne morale de droit privé qui manifeste un intérêt à participer ou qui est retenue par une autorité contractante pour participer à une procédure de passation de contrat de partenariat public-privé ;

- **commande publique :** ensemble des contrats conclus, à titre onéreux, dans le cadre des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé permettant aux autorités contractantes de répondre à leurs besoins en fournitures, travaux et services ;

- **concession :** partenariat public-privé à paiement par les usagers qui peut être qualifié, selon son objet, de concession de travaux ou de service :

  - concession de travaux a pour objet principal le financement, la réalisation, l'exploitation et la maintenance d'un ouvrage nécessaire à un service public ou à une mission d'intérêt général répondant aux exigences fixées par l'autorité contractante. Le titulaire peut être chargé de concevoir l'ouvrage ;

  - concession de services a pour objet principal la gestion d'un service public ou à la satisfaction d'une mission d'intérêt général. Le titulaire peut être chargé de concevoir et de réaliser un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service ;

- **contenu local :** ensemble d'exigences d'ordre social ou environnemental constitué de mesures liées aux aspects de développement local, au transfert de compétences et de technologie, à l'emploi, à la main d'œuvre locale et à l'éducation ;

- **contrat de partenariat public-privé :** contrat administratif, écrit, conclu à titre onéreux par lequel une autorité contractante confie à un ou plusieurs opérateurs économiques (le « titulaire »), pour une durée déterminée, une mission globale ayant pour objet de manière cumulative ou alternative :

  - la réalisation et/ou l'aménagement et/ou l'acquisition et/ou la transformation et/ou la réhabilitation et/ou la maintenance et/ou le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou de zones à caractère urbain, industriel agricole nécessaires à un service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ou dont la mise en valeur participe de l'intérêt économique national ;

  - la gestion ou l'exploitation d'un service public, d'un service d'intérêt général, d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;

  - la gestion ou l'exploitation de biens ou de zones à caractère urbain, industriel, agricole, culturel ou touristique dont la mise en valeur participe de l'intérêt économique national ;

  - tout ou partie du financement des missions confiées, assuré principalement par le titulaire.

Cette mission peut intégrer tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels.

Le contrat fixe les conditions dans lesquelles sont établis le partage et le transfert des risques entre l'autorité contractante et le titulaire. Le titulaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser. Il peut assurer leur maîtrise d'œuvre ;

- **partenariat public-privé à paiement public :** contrat dans lequel la rémunération du titulaire consiste dans le versement d'une somme convenue avec l'Autorité contractante pour la durée du contrat, lequel est lié aux objectifs de performance. L'autorité contractante peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son

compte, le paiement par l'usager de prestations exécutées en vertu du contrat. La rémunération du titulaire peut être complétée par des recettes provenant d'activités annexes. Le risque d'exploitation est assumé par l'autorité contractante ;

- **partenariat public-privé à paiement par les usagers :** contrat conclu sous la forme d'une concession, d'un affermage ou d'une régie intéressée. La rémunération du titulaire consiste, en contrepartie des missions qui lui sont confiées, soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, le service ou la zone qui fait l'objet du contrat, soit dans ce droit assorti d'un prix. La rémunération du titulaire peut être complétée par des recettes provenant d'activités annexes. Une part substantielle du risque d'exploitation est transférée au titulaire. La part du risque transféré implique une réelle exposition aux aléas du marché. Le titulaire assume le risque d'exploitation lorsque dans des conditions normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supporté, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service ;

- **partenariat public-privé à paiement par les utilisateurs :** partenariat public-privé portant sur des biens dont la mise en valeur participe de l'intérêt économique national dont les caractéristiques sont similaires aux partenariats public-privé à paiement par les usagers ;

- **opérateur économique ou opérateur :** personne morale de droit privé ou le groupement de personnes morales de droit privé ayant ou non la personnalité juridique, qui offre la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché ;

- **régie intéressée :** partenariat public-privé à paiement par les usagers selon lequel une autorité contractante confie, au titulaire, l'exploitation d'un service public lié ou non à un ouvrage existant. Le titulaire bénéficie d'un mandat de l'autorité contractante pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par les usagers. La rémunération du titulaire, versée par l'autorité contractante, est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation et prend en compte les objectifs de performance assignés par l'autorité contractante ;

- **soumissionnaire :** opérateur économique qui a présenté une offre ;

- **titulaire :** opérateur économique ou regroupement de plusieurs opérateurs économiques qui ont conclu un partenariat public-privé.

Article 3 : Principes généraux

Les contrats de partenariat public-privé, quels que soient leurs montants et sources de financement, satisfont aux principes suivants qui guident l'action publique lors de la préparation, la passation et l'exécution des contrats de partenariat public-privé :

- l'économie et l' efficacité de la commande publique, en cohérence avec la politique nationale de développement ;
- l'efficience et l'équité du processus de la commande publique ;
- la concurrence et le libre accès des opérateurs économiques à la commande publique ;

- l'égalité de traitement des candidats ;

- la reconnaissance mutuelle de normes techniques, d'actes et de procédures d'homologation et de certification reconnus par les Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) ;

- la transparence et l'intégrité des procédures, leur rationalité, leur modernité et leur traçabilité ;

- le respect des normes environnementales, sociales et de développement durable, notamment la prise en compte de l'accessibilité universelle ;

- le respect de la redevabilité de la performance du titulaire ;

- l'équilibre économique et contractuel entre l'intérêt public et l'intérêt privé ;

- la compatibilité des contrats de partenariat public-privé avec la soutenabilité budgétaire sur les finances publiques.

Les contrats de partenariat public-privé prennent en compte les objectifs de développement durable dans leurs dimensions environnementale, économique et sociale, en exigeant un contenu local dans les contrats.

Les opérateurs économiques sont soumis aux principes de responsabilité sociétale des entreprises ci-après :

- le respect de la bonne gouvemance à travers la redevabilité, la transparence, l'éthique et l'intégrité, la reconnaissance de l'intérêt des parties prenantes ;

- le respect des droits humains ;

- le respect des relations sociales et la garantie de conditions de travail décentes ;

- le respect de l'environnement ;

- la loyauté des pratiques commerciales et professionnelles ;

- la prise en compte des intérêts des consommateurs et leur protection ;

- la participation à la promotion des actions en faveur des communautés à la base et du développement local en concertation avec les autorités nationales et/ou locales.

TITRE II : DOMAINE D'APPLICATION MATÉRIEL ORGANIQUE ET SECTORIEL-EXCLUSIONS

Article 4 : Domaine d'application matériel

Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux contrats de partenariat public-privé à paiement public et à paiement par les usagers ou les utilisateurs selon les modalités de rémunération du titulaire et les risques transférés.

Les contrats de partenariat public-privé peuvent revêtir les formes contractuelles suivantes :

- concession de travaux ;
- concession de services ;
- affermage ;
- régie intéressée ;
- contrat de partenariat public-privé à paiement par les utilisateurs portant sur des biens dont la mise en valeur participe de l'intérêt économique national ;
- contrat de partenariat public-privé à paiement public.

Il peut être créé par décret en conseil des ministres d'autres formes de contrats de partenariat public-privé pour autant qu'ils entrent dans la définition légale « contrat de partenariat public-privé » de l'article 2 de la présente loi.

Article 5 : Domaine d'application organique

Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux contrats de partenariats public-privé passés par les autorités contractantes.

Les autorités contractantes de droit public sont : l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, les entreprises publiques, les associations formées par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public.

Les dispositions de la présente loi s'appliquent également aux contrats passés par les personnes morales de droit privé agissant au nom et pour le compte d'une autorité contractante.

Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux contrats conclus avec des personnes morales à capital mixte dans lesquelles l'Etat ou l'autorité contractante détient une participation minoritaire aux côtés d'un opérateur économique et dont l'objet social est à titre exclusif de conclure et d'exécuter un contrat de partenariat public-privé.

Article 6 : Domaine d'application sectoriel

Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux contrats de partenariat public-privé conclus dans tous les secteurs d'activité de la vie économique et sociale sous réserve de l'application de dispositions sectorielles spécifiques ou dérogatoires à la présente loi, applicables aux

secteurs des mines, des hydrocarbures, de l'énergie, de l'eau et des télécommunications qui régissent les autorisations, licences et permis octroyés aux partenaires privés.

Article 7 : Exclusions

La présente loi ne s'applique pas aux contrats de partenariat public-privé conclus par une autorité contractante avec une personne publique ou un partenaire privé, dès lors qu'elle exerce sur cette dernière un contrôle similaire à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

Une autorité contractante est réputée exercer sur une personne morale un contrôle similaire à celui qu'elle exerce sur ses propres services, si elle exerce une influence décisive à la fois sur la détermination des objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par l'autorité contractante.

TITRE III : DURÉE - REMUNÉRATIONS ET REDEVANCES

Article 8 : Durée des contrats de partenariat public-privé

Les missions du titulaire d'un contrat de partenariat public-privé lui sont confiées pour une période déterminée en fonction :

- de la durée d'amortissement des investissements réalisés par celui-ci, lorsque des investissements sont à sa charge ;
- des prestations qui lui sont demandées et des délais nécessaires à la réalisation des objectifs et des engagements de performance ;
- des modalités de financement retenues dans le contrat.

Les contrats de partenariat public-privé, à l'exception des concessions, des contrats de partenariat public-privé à paiement public et des contrats de partenariat public-privé portant sur des biens dont la mise en valeur participe de l'intérêt économique national, sont conclus pour une durée initiale limitée.

La régie intéressée ne peut être conclue pour une durée supérieure à cinq (5) ans. L'affermage ne peut être conclue pour une durée supérieure à quinze (15) ans.

La durée initiale des contrats d'affermage et de régie intéressée peut exceptionnellement être prorogée par voie d'avenant. Lorsque le titulaire excède ses obligations de performance, la durée de la prorogation peut atteindre la moitié de la durée initiale. Dans les autres cas, la prorogation, pour une durée maximale d'un an, n'est accordée que pour assurer le bon entretien de l'infrastructure et achever d'éventuels aménagements nécessaires.

La durée des concessions et des partenariats public-privé à paiement public ou portant sur des biens dont la mise en valeur participe de l'intérêt économique national peut être prolongée par voie d'avenant lorsque le titulaire est contraint, à la demande de l'autorité contractante, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial et de nature à modifier l'économie générale de la concession et lorsque ces investissements ne pourraient être amortis

pendant la durée du contrat restant à courir que par augmentations de rémunération ou de prix manifestement excessives.

Article 9 : Rémunérations et redevances dans le cadre d'un partenariat public-privé

Le titulaire d'un contrat de partenariat public-privé à paiement public bénéficie d'une rémunération liée à des objectifs de performances prédéfinis et versés par l'autorité contractante pendant toute la durée d'exploitation.

Ce paiement peut être versé :

- en numéraire ;
- par compensation, sous forme d'exonérations fiscales ou douanières accordées par l'Etat au titulaire, au titre des agréments dérogatoires du code des investissements de la République togolaise.

La rémunération en numéraire due par l'autorité contractante peut étre cédée ou nantie à titre de paiement ou de garantie aux seuls prêteurs du titulaire dans la limite de 80% de son montant hors taxes.

Le contrat de partenariat public-privé peut prévoir une rémunération accessoire versée par des tiers au travers des recettes issues de l'exploitation par le titulaire des ouvrages, équipements ou biens immatériels à des fins d'activités annexes à l'objet du contrat.

Ces recettes annexes qui présentent un caractère accessoire sont prises en compte dans le calcul de la rémunération du titulaire.

Le titulaire d'un contrat de partenariat public-privé à paiement par les usagers perçoit le produit des redevances versées par les usagers du service public ou par les utilisateurs de biens dont la mise en valeur participe de l'intérêt économique national. Une rémunération à titre accessoire peut étre versée par l'autorité contractante au titulaire du contrat de partenariat public-privé.

Le titulaire verse à l'autorité contractante des redevances pour mise à disposition de biens, soit par paiement capitalisé à la signature du contrat, soit par paiements échelonnés. Les modalités de fixation du tarif des redevances sont, sauf dispositions légales ou réglementaires de nature générale ou sectorielle, fixées par le contrat de partenariat public-privé.

TITRE IV : CADRE INSTITUTIONNEL

Article 10 : Principes généraux de gouvernance

Le cadre institutionnel des contrats de partenariat public-privé repose sur le principe de séparation des fonctions et d'indépendance des acteurs institutionnels, destiné à prévenir les conflits d'intérêts, d'attribution et de compétence.

Il comprend les fonctions suivantes :

- la fonction d'identification, de détermination des projets prioritaires, de préparation et

d'évaluation de ces projets et de passation, d' exécution et de suivi des contrats de partenariat public-privé ;

- la fonction de conseil et assistance dans le processus de mise en oeuvre des partenariats public-privé et de validation de l'évaluation préalable ;

- la fonction de validation de la soutenabilité budgétaire des contrats de partenariat public-privé qui est un élément de l'évaluation préalable ;

- la fonction de contrôle a priori de la conformité de la procédure de passation des partenariats public-privé ;

- la fonction de contrôle a posteriori des procédures de passation et d'exécution des partenariats public-privé et de régulation desdits partenariats public-privé.

Article 11 : Organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé

Il est créé par décret en conseil des ministres un organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé qui conseille et assiste à travers ses avis les autorités contractantes et contribue au développement des contrats de partenariat public-privé.

Un décret en conseil des ministres fixe les missions, les attributions, l'organisation et le fonctionnement de l'organe d'expertise.

Article 12 : Organes de passation

L'organe de passation des contrats de partenariat public-privé est l'autorité contractante. Les services techniques et les organes de gestion de la commande publique de l'autorité contractante sont responsables du processus de passation, d'exécution et de gestion des contrats de partenariat public-privé.

En matière de contrats de partenariat public-privé, l'autorité contractante exerce les missions suivantes :

- identifier le projet de contrat de partenariat public-privé et transmettre à l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé la fiche de projet pour avis ;

- étudier la recevabilité d'une offre spontanée, et en informer l'organe d'expertise dans le cas où l'offre est recevable ;

- procéder aux études et à l'évaluation préalable du projet de contrat partenariat public-privé ;

- analyser, dans le cadre d'une offre spontanée, les études entreprises par l'opérateur économique et les soumettre à l'avis de l'organe d'expertise ;

- faire la demande d'autorisation préalable au lancement des procédures de passation des contrats de partenariat public-privé, le cas échéant ;
- effectuer, éventuellement avec le concours de l'organe d'expertise des contrats de

partenariat public-privé, toutes les activités relatives à la procédure de passation des contrats de partenariat public-privé conformément aux dispositions de la présente loi et transmettre le dossier d'appel à concurrence, le rapport d'évaluation des offres et le projet de contrat de partenariat public-privé à l'avis de non-objection de l'organe de contrôle a priori ;

- signer le contrat de partenariat public-privé ;

- transmettre le contrat de partenariat public-privé approuvé à l'organe de contrôle a priori pour immatriculation et à l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé pour information :

- assurer le suivi et le contrôle de l'exécution du contrat de partenariat public-privé ;

- transmettre à l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé les rapports prévus dans le cadre de la présente loi.

Article 13 : Organe de contrôle a priori des procédures

Les procédures de passation des contrats de partenariat public-privé sont soumises au contrôle à priori de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Les modalités de contrôle sont déterminées par décret en conseil des ministres.

Article 14 : Organe de régulation des contrats de partenariat public-privé

La régulation du système de passation des contrats de partenariat public-privé, le règlement des litiges liés à leur passation ainsi qu'à leur exécution sont assurés par l'autorité de régulation de la commande publique.

Les modalités d'exercice de cette mission sont déterminées par décret en conseil des ministres.

L'autorité de régulation de la commande publique peut adresser au ministère chargé des finances des recommandations sur l'évolution des textes en matière de contrats de partenariat public-privé.

L'autorité de régulation de la commande publique s'assure de la bonne coordination avec l'autorité de régulation sectorielle lorsque le contrat de partenariat public-privé est mis en œuvre dans un secteur régulé.

Article 15 : Redevance de régulation du système des contrats de partenariat public-privé

En vue de garantir le bon fonctionnement du système des contrats de partenariat public-privé, il est créé à la charge du titulaire une redevance de régulation dont le taux et l'assiette sont fixés par voie réglementaire.

La redevance de régulation est perçue par l'autorité de régulation de la commande publique selon les modalités de perception et de recouvrement légalement octroyées à cette autorité comme en matière de recouvrement de la redevance de régulation du système des marchés publics.

La redevance participe au financement des activités de l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé, de l'autorité de régulation de la commande publique, de la direction nationale du contrôle de la commande publique et des autorités contractantes suivant des modalités de répartition déterminées par décret en conseil des ministres.

Article 16 : Sources additionnelles de financement

Le système de gestion des contrats de partenariat public-privé, en dehors de la redevance de régulation, bénéficie des ressources ci-après :

- les produits des amendes et pénalités prononcées en cas de violations des règles relatives à l'attribution ou à l'exécution des contrats de partenariat public-privé ;
- les produits de cession des dossiers d'appel à la concurrence ;
- les appuis et subventions des partenaires techniques et financiers ;
- la subvention de l'Etat lorsqu'elle est requise ;
- les revenus et fonds résultant de services rendus aux tiers, tels que les formations et appuis pédagogiques aux acteurs des contrats de partenariat public-privé ;
- les revenus de ses biens, fonds et valeurs ;
- les dons et legs.

Article 17 : Interdictions

Le cumul des fonctions d'expertise, de passation, d'exécution, de contrôle et de régulation des contrats de partenariat public-privé est interdit.

Le cumul des fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction est également interdit.

La détention directe ou indirecte d'intérêts dans les entreprises soumissionnaires, l'exercice d'une fonction salariée ou de la perception de tout bénéfice, rémunération ou avantage sous quelque forme que ce soit, accordés par ces entreprises est interdite aux membres des organes d'expertise, de passation, d'exécution, de contrôle et de régulation des contrats de partenariat public-privé.

TITRE V : CONDITIONS PREALABLES A LA PASSATION DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE

Chapitre I : Planification des projets

Article 18 : Conditions de recours aux contrats de partenariat public-privé

Seuls les projets inscrits dans un portefeuille de projets des contrats de partenariat public-privé, sauf urgence, peuvent être réalisés en contrat de partenariat public-privé. Tous les projets font l'objet d'une évaluation préalable.

Le recours aux contrats de partenariat public-privé n'est possible que lorsque le recours à un tel contrat présente un bilan-coût avantage plus favorable que celui des autres contrats de la commande publique.

Le bilan coût-avantage tient compte des caractéristiques du projet, des exigences du secteur public, de la mission d'intérêt général dont l'autorité contractante est chargée, de la nécessité de mettre en valeur des biens qui participent de l'intérêt national, de l'urgence et du caractère stratégique national du projet. Les insuffisances et difficultés observées dans la réalisation des projets comparables sont également prises en considération.

Article 19 : Identification et priorisation des projets dans le portefeuille de projets

Les autorités contractantes identifient les projets susceptibles d'être réalisés en contrat de partenariat public-privé.

A cette fin, elles procèdent à la réalisation :

- d'une expression de besoins ; et
- d'une étude préliminaire qui contient les bases et les orientations techniques, juridiques, économiques, financières, environnementales et sociales du projet.

Dans ce cadre, la nature et l'étendue des besoins sont déterminées par les autorités contractantes avant toute procédure de passation.

La détermination des besoins s'appuie sur des spécifications techniques définies avec neutralité, professionnalisme et de manière non discriminatoire au regard de la consistance des équipements, ouvrages et biens immatériels objet du contrat de partenariat public-privé en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. Le contrat de partenariat public-privé conclu par l'autorité contractante a pour objet exclusif de répondre à ses besoins.

Les projets identifiés et priorisés sont, sauf urgence, inscrits par les autorités contractantes dans le portefeuille de projets de contrat de partenariat public-privé qui est transmis à l'organe d'expertise, pour information, accompagné des études préliminaires.

Le portefeuille de projets est établi en cohérence avec les crédits alloués aux autorités contractantes et sur le fondement de leur programme d'activités.

Les projets inscrits dans le portefeuille de projets font l'objet d'une publication par tout moyen par l'organe d'expertise de contrat de partenariats public-privé.

Article 20 : Evaluation préalable

Les projets de contrat de partenariat public-privé donnent lieu à une évaluation préalable, réalisée par l'autorité contractante et soumise à l'avis simple et motivé de l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé.

L'évaluation préalable fait apparaître une utilité économique et sociale ainsi qu'un bilan environnemental positif, les motifs à caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent l'autorité contractante à engager la procédure de passation d'un tel contrat.

Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coin global, de choix de l'instrument contractuel, de partage des risques et de profits, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable et de contenu local. Elle intègre également la valeur estimative du contrat de partenariat public-privé déterminée sur la base de critères objectifs reconnus dégagés par l'organe d'expertise.

L'organe d'expertise se prononce sur le choix de la procédure de passation préconisée par l'autorité contractante pour l'attribution du contrat.

Avant de rendre son avis sur l'évaluation préalable et valider le choix de l'instrument contractuel, l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé saisit le ministère chargé des finances d'une demande d'avis portant sur :

- l'évaluation des implications budgétaires du projet ;
- l'analyse de sa soutenabilité sur les finances publiques ;
- les exonérations fiscales éventuelles du projet et leur impact sur les finances publiques ;
- l'assiette foncière du projet d'investissement, le cas échéant, ainsi que l'état des droits réels et charges afférentes de manière à permettre l'évaluation du coût de mise à disposition de l'emprise foncière nécessaire à l'exécution du projet.

L'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé est également tenu de saisir tout autre service ou ministère sur les questions relevant de leurs compétences et qui sont nécessaires à l'expression de son avis simple et motivé sur l'évaluation préalable.

Pour les projets relevant d'un domaine sectoriel réglementé, l'avis simple et motivé de l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé tient compte de l'avis de l'autorité de régulation sectorielle concernée.

Les avis des services ou structures consultés au titre des alinéas précédents sont annexés à l'avis simple et motivé de l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé.

L'avis simple et motivé de l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé fait l'objet d'une actualisation avant la signature du contrat.

Les avis préalables requis dans le cadre du présent article sont sans préjudice des avis ou autorisations administratives exigés en vertu de la législation en vigueur.

La régie intéressée et la gérance ne font pas l'objet d'évaluation préalable, sauf si l'organe d'expertise remet en cause la qualification juridique proposée par l'autorité contractante.

Chapitre 2 : Financement des contrats de partenariat public-privé

Article 21 : Budgétisation des crédits et comptabilisation des engagements

Les Autorités contractantes s'assurent de l'inscription de chaque projet de contrat de partenariat public-privé y compris le financement des études préalables dans le cycle budgétaire de la dépense publique et dans les projections budgétaires de l'État.

L'autorité contractante peut recourir à l'appui des entreprises privées ou des partenaires techniques et financiers dans le financement des études préalables dans le respect des lois et règlements en vigueur. L'autorité contractante évite tout conflit d'intérêt et s'assure de l'impartialité dans la conduite des études.

Les autorités contractantes veillent au respect des règles en matière de comptabilisation des engagements pris dans le cadre d'un contrat de partenariat public-privé, conformément aux lois et règlements en vigueur.

Article 22 : Financement du projet

Le financement des projets mis en oeuvre peut être supporté par le titulaire, intégralement ou conjointement avec l'autorité contractante ou une institution ou organisme à caractère bancaire ou financier.

Article 23 : Stabilité de l'actionnariat du titulaire

Le contrat de partenariat public-privé fixe les conditions dans lesquelles l'actionnariat du titulaire, peut être modifié sans affecter la stabilité de l'actionnariat qui a été pris en considération dans le cadre de l'attribution du contrat de partenariat public-privé. Il prévoit également les modalités d'information de l'autorité contractante sur l'évolution de la détention du capital.

Article 24 : Garanties des engagements contractuels des autorités contractantes

Les garanties susceptibles d'être apportées par les autorités contractantes sont définies dans le contrat de partenariat public-privé dans le respect des lois et règlements en vigueur.

TITRE VI : PASSATION DES CONTRATS DE PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE

Chapitre I : Procédures de passation et conditions de participation

Article 25 : Types de procédures de passation des contrats de partenariat public-privé

Lorsque les conditions préalables au lancement de la procédure de passation sont accomplies, les autorités contractantes peuvent mettre en œuvre l'une des procédures de passation ci-après :

- la procédure d'appel d'offres ouvert est la procédure de mise en concurrence par laquelle l'autorité contractante choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de partenariat public-privé ou à ses conditions d'exécution, préalablement portés à la connaissance des candidats dans l'avis d'appel à la concurrence et/ou le dossier d'appel d'offres. Elle peut-être en une ou deux étapes, précédé ou non d'une préqualification ;

- la procédure d'appel d'offres restreint est la procédure par laquelle seuls les candidats que l'autorité contractante a décidé de consulter peuvent remettre une offre ;

- la procédure du dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'autorité contractante dialogue avec les candidats invités à y participer et à soumettre une offre sur la base de critères objectifs de qualifications techniques et financières en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins ;

- la procédure d'entente directe est la procédure par laquelle l'autorité contractante engage, sans formalité, les discussions qui lui paraissent utiles, avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

La procédure d'appel d'offres ouvert est la règle. Le recours à toute autre procédure est justifié par l'autorité contractante et est autorisé, au préalable, par la direction nationale du contrôle de la commande publique. Les contrats de partenariat public-privé sont passés par entente directe :

- lorsqu'il est urgent d'assurer la continuité du service et qu'il ne serait pas efficace d'ouvrir les procédures prévues au présent article, à condition que les circonstances à l'origine de cette urgence n'aient pu être prévues par l'autorité contractante et n'aient pas résulté de négligence de sa part ;

- lorsque seule une source est en mesure de fournir le service demandé ou lorsque la prestation de ce service fait appel à un droit de propriété intellectuelle, des secrets commerciaux ou d'autres droits exclusifs dont une ou plusieurs personnes ont la propriété ou la possession ;

- lorsqu'aucune candidature ou aucune offre, ou aucune offre régulière n'a été remise à l'expiration de la date limite de dépôt des candidatures et des offres ;

- lorsque les contrats concernent des besoins de défense et de sécurité nationales exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité ;

- lorsque les contrats de partenariat public-privé concernent des projets d'intérêt stratégique ou de souveraineté ;

- dans le cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles ou de force majeure ne permettant pas de respecter les délais prévus dans les procédures d'appel à la concurrence, nécessitant une intervention immédiate, et lorsque l'autorité contractante n'a pas pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence, notamment, les cas des contrats de partenariats public-privé rendus nécessaires pour l'exécution d'office en urgence, des travaux, fournitures et services pour faire face à des catastrophes naturelles, la survenance d'épidémies, de pandémies ou à un état d'urgence déclaré ;

- dans le cadre d'un contrat complémentaire confié au même titulaire à condition que les nouvelles prestations ne soient pas techniquement ou économiquement séparables du contrat initial ;

- lorsqu'une seule offre conforme a été déposée, et que le lancement d'une nouvelle procédure de passation ne permettrait pas de respecter le calendrier prévisionnel d'attribution du contrat.

Les autorités contractantes peuvent également recourir au traitement des offres spontanées pour l'attribution des contrats de partenariat public-privé.

L'offre spontanée est la proposition à l'initiative d'un opérateur économique relative à la mise en œuvre d'un projet de contrat de partenariat public-privé qui n'est pas soumise en réponse à un appel à concurrence publié par l'autorité contractante.

Les conditions et les modalités de mise en œuvre des procédures de passation des contrats de partenariat public-privé définis dans le présent article sont précisées par décret en conseil des ministres.

Des procédures spécifiques sont déterminées par voie réglementaire pour la passation des marchés publics des entreprises publiques.

Article 26 : Contrats de partenariat public-privé réservés aux entreprises communautaires

Les projets de contrat de partenariat public-privé sont réservés aux entreprises communautaires.

Les conditions et les modalités de mise en œuvre du présent article sont fixées par décret en conseil des ministres.

Article 27 : Accès des petites et moyennes entreprises nationales et communautaires à l'exécution des contrats de partenariat public-privé

Dans l'avis de publicité préalable ou dans les documents de la consultation, l'autorité contractante demande aux candidats et aux soumissionnaires d'indiquer, dans leur offre, la part d'exécution du contrat qu'ils s'engagent à réserver, à travers des contrats de sous-traitance, à des petites et moyennes entreprises nationales et communautaires au sens de la définition de la charte sur les très petites, petites et moyennes entreprises, ainsi que les modalités du transfert

de technologie et de compétence proposées.

Parmi les critères d'évaluation des offres, l'autorité contractante prend en compte :

- la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises nationales et communautaires ;

- le nombre de création d'emplois ainsi que ;

- les modalités du transfert de technologie et de compétence proposées.

Le partenariat public-privé indique, conformément à l'offre du titulaire, la part de l'exécution du contrat qu'il s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises nationales et communautaires.

Article 28 : Conditions de participation aux contrats de partenariat public-privé

Sous réserve de l'application des dispositions de l'article 26 de la présente loi, tout candidat qui possède, dans des conditions fixées par les documents de consultation, les capacités techniques et financières nécessaires à l'exécution d'un contrat de partenariat public-privé peut participer aux procédures de passation des contrats de partenariat public-privé.

Les autorités contractantes ne peuvent imposer aux candidats que des conditions de participation à la procédure de passation propres à garantir qu'ils disposent :

- de la capacité juridique à déposer une candidature et/ou une offre ;

- des capacités professionnelles, techniques, économiques et financières nécessaires et suffisantes à permettre l'exécution du contrat de partenariat public-privé.

Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet et à la nature du contrat de partenariat public-privé ainsi qu'à ses conditions d'exécution. Dans le cadre de la promotion du développement durable, la politique de responsabilité sociétale des entreprises candidates peut être appréciée au stade de l'examen des candidatures.

Dans la définition des capacités techniques et financières requises, les autorités contractantes ne prennent aucune disposition discriminatoire, notamment celles qui pourraient avoir pour effet de faire obstacle à l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique en qualité de sous-traitant.

Les justifications des capacités et les conditions de présentation des candidatures sont précisées dans l'avis de publicité préalable ou dans les documents de la consultation.

Avant l'attribution du contrat, les autorités contractantes vérifient, à nouveau, que les candidats présentent les capacités techniques et financières ainsi que l'expérience requises.

L'inexactitude délibérée des mentions obérant les capacités techniques, financières et les pièces administratives demandées dans le dossier d'appel d'offres ou leur fausseté est sanctionnée par le rejet de l'offre sans préjudice des autres sanctions prévues par les lois et règlements en vigueur.

Un opérateur économique peut avoir recours aux capacités d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique de leurs liens. L'autorité contractante exige que les opérateurs économiques concernés soient solidairement responsables jusqu'à l'attribution du contrat. Dans ce cas, l'autorité contractante mentionne cette exigence dans l'avis de publicité préalable ou dans les documents de la consultation.

Lorsque le candidat se présente en groupement, les capacités de chacun des membres du groupement sont appréciées globalement afin de déterminer si leur combinaison garantit qu'ils disposent des capacités suffisantes pour l'exécution du contrat de partenariat public-privé. Des conditions spécifiques de participation peuvent être exigées du mandataire du groupement.

Article 29 : Interdiction de soumissionner

Ne peuvent soumissionner à l'octroi d'un contrat de partenariat public-privé les personnes morales dont le siège social est situé au Togo ou à l' étranger :

- qui ne se sont pas acquittées des droits, taxes, impôts, cotisations, contributions. redevances ou prélèvements de quelque nature que ce soit, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation ou souscrit les déclarations afférentes ;

- qui sont en état de liquidation de biens, en redressement judiciaire, sous une procédure de concordat préventif, de mandat ad hoc ou de conciliation ;

- qui ont été reconnues coupables de corruption et infractions assimilées et/ou dont les dirigeants ont été reconnus coupables de corruption et infractions assimilées ;

- qui ont été reconnues coupables d'infraction à la loi et à la réglementation en vigueur relative à la commande publique ou qui sont exclues des procédures de passation par une décision de justice en matière pénale, fiscale ou sociale ou par une décision d'une autorité de régulation ou qui figure sur la liste d'inéligibilité d'un partenaire technique et financier et/ou dont les dirigeants ont été reconnus coupables de ces mêmes infractions.

L'alinéa précédent est applicable à tout opérateur économique candidat, qu'il se présente seul ou en groupement, ou dont les sociétés du même groupe se sont rendues coupables des infractions précitées.

Lorsque le motif d'exclusion de la procédure de passation concerne un membre d'un groupement d'opérateurs économiques, l'autorité contractante exige son remplacement. Le remplacement est effectué dans un délai de dix (10) jours à compter de la réception de cette demande par le mandataire du groupement, sous peine d'exclusion du groupement de la procédure de passation.

Les personnes à l'encontre desquelles il existe un motif d'exclusion ne peuvent être acceptées en tant que sous-traitant.

Lorsque le sous-traitant à l'encontre duquel il existe un motif d'exclusion est présenté au stade de la candidature, l'autorité contractante exige son remplacement. Le remplacement est effectué

dans un délai de dix (10) jours à compter de la réception de cette demande par le candidat ou, en cas de groupement, par le mandataire du groupement, sous peine d'exclusion.

Lorsque le sous-traitant à l'encontre duquel il existe un motif d'exclusion est présenté au stade de l'exécution, l'autorité contractante refuse son agrément et enjoint au titulaire de trouver un autre sous-traitant dans un délai maximum de trente (30) jours. A défaut, le titulaire prend toutes les dispositions pour la bonne exécution du contrat de partenariat public-privé sous peine de résiliation à ses torts exclusifs.

Chapitre 2 : Transparence des procédures et modalités de communication d'information

Article 30 : Transparence des procédures

Les modalités de mise à disposition des dossiers d'appel à la concurrence, de réception, d'ouverture publique et d'évaluation des offres sont déterminées par voie réglementaire dans le respect des principes de la présente loi et sous réserve des régimes de préférence définis par la réglementation en vigueur.

Les procédures d'ouverture et d'évaluation des offres font l'objet de documents soumis à publication dans les formes définies par voie réglementaire.

La procédure d'évaluation des offres est effectuée de manière strictement confidentielle et dans le délai compatible avec le délai de validité des offres. Elle a pour objet de s'assurer que la sélection du candidat qualifié est faite sur la base de l'offre évaluée économiquement la plus avantageuse et des critères définis dans le dossier d'appel à la concurrence.

L'autorité contractante communique par écrit à tout soumissionnaire, l'acceptation ou le rejet de son offre, en lui indiquant les motifs, le montant du contrat de partenariat public-privé attribué, le nom de l'attributaire et observe le délai défini à l'article 58 de la présente loi, pour d'éventuels recours, avant de procéder à la signature du contrat de partenariat public-privé.

Dans ce délai, le soumissionnaire qui le souhaite, exerce sous peine de forclusion, les recours dans les conditions prévues par la présente loi.

Lorsque l'autorité contractante décide de ne pas attribuer le contrat ou de relancer la procédure, elle communique les motifs de sa décision aux candidats et soumissionnaires dans les plus brefs délais.

Article 31 : Communications et échanges d'information

Les communications et échanges d'information relatifs aux procédures de passation des contrats de partenariat public-privé sont effectués par courrier, remises en mains propres ou par voie électronique, certifiés par accusé de réception indiquant de façon certaine la date et l'heure de la réception.

La transmission par voie électronique est privilégiée dès lors que l'autorité contractante dispose des moyens technologiques nécessaires. Les outils utilisés pour communiquer par des moyens électroniques ainsi que leurs caractéristiques techniques sont non discriminatoires, couramment à la disposition du public et compatibles avec les technologies d'information et de

communication généralement utilisées.

L'avis de publicité préalable et les documents de la consultation indiquent le mode de transmission des candidatures et des offres. L'autorité contractante ne peut exiger un mode de transmission exclusivement par la voie électronique.

Chapitre 3 : Obligations de publicité et de confidentialité

Article 32 : Avis de pré-information

Les autorités contractantes font connaître leur intention de passer un contrat de partenariat public-privé au moyen d'un avis de pré-information établi conformément au document standard élaboré par l'autorité de régulation de la commande publique.

Au moyen de cet avis, elles font connaître les caractéristiques essentielles des contrats partenariats public-privé qu'elles entendent passer dans l'année et qui sont inscrits dans le portefeuille de projets de contrat de partenariat public-privé.

Article 33 : Publicité préalable

L'appel d'offres ouvert fait l'objet de mesures de publicité préalable nationale, sous régionale ou internationale.

Les mentions obligatoires des avis de publicité préalable, dont l'avis d'appel public à la concurrence et l'avis de préqualification sont précisée dans un document élaboré par l'autorité de régulation de la commande publique.

L'avis d'appel public à la concurrence fixe les délais de réception des offres, en tenant compte, en particulier, de la complexité du projet, des modalités de réception admises par l'autorité contractante, et du temps nécessaire pour préparer les soumissions, sans préjudice des délais minima fixés par décret en conseil des ministres.

Article 34 : Avis d'attribution

L'autorité contractante publie un avis d'attribution après la notification du contrat de partenariat public-privé à l'attributaire.

Cet avis, qui désigne l'attributaire et comporte un résumé des principales clauses du contrat conformément au document standard élaboré par l'autorité de régulation de la commande publique, est publié sur les mêmes supports que ceux utilisés par l'autorité contractante pour la publication de l'avis préalable.

Article 35 : Obligation de confidentialité

L'autorité contractante ne peut communiquer les informations confidentielles dont elle a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les soumissionnaires, telle que la communication en cours de procédure du montant total ou du prix détaillé des offres.

Toutefois, l'autorité contractante peut demander aux soumissionnaires de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu' ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées.

L'autorité contractante peut imposer aux soumissionnaires des exigences visant à protéger la confidentialité des informations qu'elle communique dans le cadre de la procédure de passation d'un contrat de partenariat public-privé.

Chapitre 4 : Achèvement de la procédure

Article 36 : Négociation du contrat

L'autorité contractante engage avec le soumissionnaire dont l'offre a été jugée économiquement la plus avantageuse une phase de négociation du contrat en vue d'en arrêter les termes définitifs selon les modalités définies dans les documents de la consultation. Cette négociation ne peut avoir pour effet de modifier les caractéristiques techniques et financières essentielles de l'offre précisées dans les documents de la consultation et dont la variation serait susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

En cas d'échec de la négociation avec l'attributaire, l'autorité contractante se réserve le droit de solliciter les autres soumissionnaires dans l'ordre de classement des offres.

Article 37 : Finalisation du financement

La finalisation du financement intervient si possible au moment de l'attribution du contrat de partenariat public-privé et à défaut dans un délai raisonnable à compter de cette attribution.

La finalisation du financement du projet est réalisée selon les modalités prévues dans les documents de la consultation complétée le cas échéant par le contrat de partenariat public-privé.

L'autorité contractante s'efforce d'obtenir avant de délibérer sur l'attribution du contrat de partenariat public-privé, la confirmation des engagements financiers pris par l'attributaire du contrat sous forme d'engagements fermes portant sur la totalité du financement.

L'autorité contractante peut prévoir que les modalités de financement indiquées dans l'offre finale présentent un caractère ajustable en proportion raisonnable. Ces ajustements ne sauraient avoir pour effet de remettre en cause les conditions de mise en concurrence en exonérant l'autorité contractante de l'obligation de respecter le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ni de permettre au candidat pressenti de bouleverser l'économie de son offre.

Article 38 : Constitution d'une société de projet

L'autorité contractante exige dans les documents de la consultation, la constitution, par le candidat attributaire ou les membres du groupement attributaire du contrat de partenariat public-privé, d'une société de projet de droit togolais.

L'autorité contractante peut exiger la possibilité d'une prise de participation de l'Etat et

d'entreprises togolaises, publiques ou privées, au capital de cette société de projet.

La société de projet est constituée à titre exclusif en vue de la conclusion et de l'exécution du contrat de partenariat public-privé.

Article 39 : Avis préalables et signature du contrat de partenariat public-privé

Au terme de la négociation, l'autorité contractante soumet le projet dc contrat à l'avis de non-objection de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Lorsqu'un contrat de partenariat public-privé est mis en œuvre dans un secteur régulé, l'autorité contractante prend connaissance de l'avis de l'autorité de régulation sectorielle concernée et en tient compte suivant la nature juridique de cet avis.

Après avis de non-objection de la direction nationale du contrôle de la commande publique et actualisation de l'avis de l'organe d'expertise, le contrat de partenariat public-privé est signé successivement par l'attributaire constitué en société de projet et par l'autorité contractante après autorisation préalable de l'autorité compétente.

Pour l'Etat, le contrat de partenariat public-privé est signé conjointement par le ministre chargé des finances et le ou les ministre (s) chargé (s) du (des) secteur(s) concerné (s) par le projet, après autorisation accordée par décret en conseil des ministres.

Pour une collectivité territoriale, le contrat de partenariat public-privé est signé par le premier responsable de la collectivité locale, après autorisation accordée par l'organe délibérant et approbation du ministre de tutelle. Pour le district l'organe délibérant est le conseil du district. Pour la région l'organe délibérant est le conseil régional. Pour la commune l'organe délibérant est le conseil municipal.

Pour les autres autorités contractantes, le contrat de partenariat public-privé est signé par le représentant légal, après autorisation de l'organe délibérant, conformément aux règles statutaires qui leur sont applicables.

Une fois signé et immatriculé auprès de la direction nationale du contrôle de la commande publique, le contrat de partenariat public-privé est notifié au titulaire avant tout commencement d'exécution.

Le contrat signé est transmis par l'autorité contractante à l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé, à l'autorité de régulation de la commande publique et, le cas échéant, aux autorités de régulation sectorielle concernées.

Les contrats de partenariat public-privé font l'objet d'enregistrement au service des impôts conformément à la législation fiscale en vigueur.

Article 40 : Conservation des archivages

Les autorités contractantes, la direction nationale du contrôle de la commande publique et l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé conservent les actes et les documents relatifs aux procédures de passation ainsi que les contrats signés.

Les modalités de conservation et d'archivages sont fixées par voie réglementaire.

TITRE VII : EXECUTION DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE

Chapitre I : Modalités d'organisation des entreprises

Article 41 : Groupement d'entreprises

Les opérateurs économiques peuvent se présenter en groupement pour participer à la procédure de passation d'un contrat de partenariat public-privé. Chaque membre d'un groupement ne peut participer à une procédure de passation, directement ou indirectement, qu'au titre d'un seul groupement. La violation de cette règle entraîne la disqualification des groupements dans lesquels il est membre.

La composition du groupement peut être modifiée au cours de la procédure de passation en cas d'opération de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion ou d'acquisition ou, si le groupement apporte la preuve qu'un de ses membres se trouve dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne lui sont pas imputables.

En procédure d'appel d'offres en deux étapes la composition du groupement peut évoluer pendant la phase de dialogue, en fonction des solutions techniques et/ou financières proposées. Cette modification ne peut concerner le mandataire du groupement.

La modification de la composition du groupement est préalablement autorisée par l'autorité contractante, qui vérifie que :

- le nouveau membre dispose d'une capacité professionnelle, technique, économique et financière équivalente à celle qui a conduit à retenir la candidature initiale :

- cette modification résulte d'un fait imprévisible de la part des membres du groupement.

L'autorité contractante ne peut refuser son autorisation que pour justes motifs.

Article 42 : Sous-contrats

Le titulaire peut, dans le cadre de l'exécution du contrat de partenariat public-privé, confier par un contrat de sous-traitance la réalisation de certaines de ses prestations à des tiers placés sous sa responsabilité.

Le titulaire peut aussi confier à des tiers l'exécution d'une activité de service public auquel cas le contrat de sous-délégation emporte application des principes généraux applicables au service public.

Le titulaire d'un contrat de sous-délégation est soumis aux mêmes obligations de performance et/ou de disponibilité de service que le titulaire du contrat de partenariat public-privé.

La sous-traitance ou la sous-délégation de l'objet principal du contrat de partenariat public-privé est interdite de même que la sous-traitance ou la sous-délégation de la totalité des obligations du contrat de partenariat public-privé sauf lorsque le sous-traitant ou le sous-délégataire est actionnaire de la société de projet.

Les contrats de sous-traitance et de sous-délégation sont prioritairement réservés à des

entreprises nationales ou communautaires.

Dans l'avis de publicité préalable ou dans les documents de la consultation, l'autorité contractante demande au candidat ou au soumissionnaire d'indiquer dans son offre, la part éventuelle du contrat de partenariat public-privé qui est confiée à des tiers ainsi que les projets de contrats de sous-contrats afférents.

Lorsque le titulaire souhaite confier à un tiers la réalisation de prestations ou une activité de service public, il demande l'agrément préalable de l'autorité contractante avant toute signature, en communiquant à l'autorité contractante :

- le nom du tiers ;
- les coordonnées de son représentant légal ;
- les statuts de la personne morale appelée à exercer la sous-traitance ou la sous-délégation envisagée ;
- la nature, l'objet et la part des prestations ou des activités qui lui sont réservées ;
- les attestations des organismes fiscaux et sociaux établissant que le tiers exerce en parfaite conformité avec les réglementations fiscale et sociale ;
- une copie du projet de contrat de sous-traitance ou de sous-délégation.

L'autorité contractante peut refuser l'agrément du sous-traitant pour justes motifs.

Le titulaire constitue, à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, une caution auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues.

Chapitre 2 : Dispositif contractuel

Article 43 : Clauses essentielles du contrat

Le contrat de partenariat public-privé comporte des clauses essentielles, dans le respect des dispositions de la présente loi, relatives :

- à l'objet et au périmètre des missions confiées ;
- à la durée du contrat et aux modalités de son éventuelle prorogation ;
- aux droits et obligations des parties ;
- aux conditions dc fourniture des services et, le cas échéant, à l'étendue de l'exclusivité des droits conférés et aux modalités de la contrepartie afférente devant revenir à l'autorité contractante ;

- au régime juridique des biens et aux modalités d'occupation domaniale, notamment sur les droits réels conférés, le cas échéant, au titulaire, conformément à la réglementation en vigueur en matière domaniale et foncière ;

- à la confidentialité des informations échangées ;

- aux objectifs de performance assignés au titulaire, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages, équipements ou biens immatériels, les conditions dans lesquelles ils sont, le cas échéant, entretenus et mis à disposition de l'autorité contractante et leur niveau de fréquentation, si applicable ;

- aux conditions de modification du contrat par voie d'avenant dans le strict respect des dispositions de la présente loi ;

- aux conditions dans lesquelles l'autorité contractante peut bénéficier d'une part des gains consécutifs au refinancement du projet ;

- au partage des risques entre les parties et les obligations en résultant ;

- aux sûretés constituées conformément à l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés et, le cas échéant, aux modalités de l'exercice du droit de substitution des préteurs en cas de défaillance du titulaire ;

- aux caractéristiques des polices d'assurances que le titulaire, ses sous-contractants sont tenus de souscrire auprès d'assureurs de premier rang ayant leur siège social en République togolaise ;

- aux garanties de bonne exécution, de performance et de transfert constituées par le titulaire ;

- à la rémunération du titulaire d'un contrat de partenariat public-privé à paiement public et ses modalités de détermination, ainsi que :

    - aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour le calcul de la rémunération, les coûts d'investissement qui comprennent en particulier les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires, les coûts de fonctionnement et les coûts de financement, et, le cas échéant les recettes accessoires;
    - aux motifs et modalités de variation de la rémunération pendant la durée du contrat et aux modalités de paiement, notamment les conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes devant être éventuellement décaissées par l'autorité contractante au titulaire et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions qui font l'objet d'une compensation ;

- aux modalités de calcul de la redevance versée par le titulaire des contrats de partenariats public-privé à paiement par les usagers, au titre de l'occupation du domaine public ;

- au versement éventuel d'une contribution au profit de l'autorité contractante par le titulaire, à la signature du contrat de partenariat public-privé ou de façon échelonnée, d'une redevance capitalisée pour mise à disposition d'équipements, d'immeubles ou de

tout bien appartenant à l'autorité contractante ;

- au versement d'un pourcentage sur le bénéfice réalisé par le titulaire au profit de l'autorité contractante ;

- aux conditions, le cas échéant, dans lesquelles l'autorité contractante constate que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat ;

- aux modalités de contrôle par l'autorité contractante de l'exécution du contrat ;

- à la définition et au respect des objectifs de responsabilité sociale et de contenu local, la performance en matière de développement durable, de formation professionnelle, ainsi que des conditions dans lesquelles le titulaire fait appel aux petites et moyennes entreprises nationales ou communautaires pour l'exécution du contrat ;

- à la force majeure, à l'imprévision, au fait du prince, aux sujétions techniques imprévues et leurs conséquences juridiques, opérationnelles, économiques et financières ;

- aux modalités de mise en œuvre des dispositions de la présente loi relatives au rapport annuel du titulaire et aux droits de contrôle de l'exécution du contrat par voie d'audit de la part de l'autorité contractante ;

- aux sanctions et pénalités pour manquement du titulaire à ses obligations contractuelles ;

- aux conditions et conséquences de la fin, anticipée ou non du contrat, sur la propriété des biens et le transfert des compétences et des technologies ;

- aux conditions de continuité du service en cas de résiliation à l'initiative de l'Autorité contractante pour défaillance du titulaire ;

- aux modalités de contrôle par l'autorité contractante d'une éventuelle cession ou transmission du contrat et de l'évolution de l'actionnariat de la société de projet ;

- aux modalités de gestion des actifs du projet, des coûts et des flux financiers qu'il génère, de leur répartition entre les parties au contrat et de leur affectation à la mise en œuvre du projet ;

- aux conditions de modification unilatérale du contrat par l'autorité contractante pour tenir compte de l'évolution des besoins ou du service public dans le respect du maintien de l'équilibre financier contractuel ;

- aux conditions de résiliation du contrat par l'autorité contractante et le cas échéant aux conditions d'indemnisation corrélatives ;

- aux obligations du titulaire ayant pour objet de garantir le respect de l'affectation des ouvrages, des équipements ou des biens immatériels, d'une part, au service public et de garantir le respect des exigences du service public ou, d'autre part, à la mission d'intérêt général confiée au titulaire ;

- à la constitution par le titulaire d'une caution auprès d'un organisme financier afin de garantir au sous-traitant qui en fait la demande, le paiement des sommes dues ;

- aux conditions de délivrance éventuelle de garantie des engagements de l'autorité contractante dans le respect des lois et règlements en vigueur ;

- aux conditions dans lesquelles, avec l'accord de l'autorité contractante, dans un contrat de partenariat public-privé à paiement public, le contrat peut servir de garantie de financement ;

- au contrôle qu'exerce l'autorité contractante sur la transmission du contrat de partenariat public-privé et sur les conditions de respect de la stabilité de la détention du capital de la société de projet titulaire du contrat ;

- à la constitution d'un comité paritaire de suivi de l'exécution du contrat ;

- à l'application du droit togolais au contrat de partenariat public-privé ;

- aux modalités de prévention et de règlement des différends et aux conditions dans lesquelles il peut être fait recours à l'arbitrage ou à d'autres modes alternatifs de règlement des différends.

Article 44 : Modifications du contrat - avenant

Un contrat de partenariat public-privé peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence, lorsque :

- les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;

- des investissements supplémentaires sont devenus nécessaires ;

- les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;

- un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du contrat avec l'accord de l'autorité contractante ;

- les modifications ne sont pas substantielles.

De telles modifications ne peuvent changer la nature et l'objet du contrat de partenariat public-privé et remettre en cause l'équilibre du contrat initial.

Lorsque l'autorité contractante apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif, le titulaire a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat, conformément aux stipulations du contrat.

Toute modification du contrat fait l'objet d'un avenant conclu dans les mêmes formes que le contrat initial et suivant les autorisations préalables requises.

Article 45 : Résiliation du contrat de partenariat public-privé

Le contrat de partenariat public-privé peut-être résilié dans les cas suivants :

- par décision de l'autorité contractante pour motif d'intérêt général moyennant indemnisation du titulaire ;
- par décision de l'autorité contractante pour irrégularité grave affectant le contrat de partenariat public-privé ;
- pour faute grave du titulaire ou de l'autorité contractante ;
- pour cas de force majeure rendant impossible la poursuite de l'exécution du contrat ;
- en cas de procédure collective de paiement empêchant la poursuite du contrat ;
- d'un commun accord par les parties.

Lorsqu'une clause du contrat de partenariat public-privé fixe les modalités d'indemnisation du titulaire ou de l'autorité contractante en cas d'annulation ou de résiliation du contrat par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat. L'application d'une telle clause ne peut en aucun cas aboutir à une indemnisation supérieure au préjudice réellement subi.

Article 46 : Transmission du contrat

Le contrat ne peut être transmis quel qu'en soit le mode, en totalité ou en partie, sans l'agrément exprès et écrit de l'autorité contractante, dans les conditions fixées par le contrat et dans les mêmes formes que le contrat initial et suivant les autorisations préalables requises. L'agrément de l'autorité contractante ne peut être refusé que pour justes motifs tels que liés aux capacités légales, techniques, ou financières du repreneur.

Article 47 : Droit applicable

Tout contrat de partenariat public-privé est soumis au droit en vigueur en République togolaise.

Chapitre 3 : Régime des biens

Article 48 : Droits réels pour le titulaire d'un contrat de partenariat public-privé

Le titulaire a pendant la durée du contrat, sauf stipulation contraire, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.

Le contrat de partenariat public-privé fixe les conditions dans lesquelles les ouvrages, équipements ou biens immatériels sont mis à la disposition initiale du titulaire. Il garantit notamment le respect de l'affectation des ouvrages, équipements ou biens immatériels au service public dont l'autorité contractante est chargée du respect des exigences du service public.

Article 49 : Régime des biens

Dans les contrats de partenariat public-privé, les biens sont distingués en biens de retour, biens de reprise et biens propres. Le contrat définit les catégories de biens qui sont utilisés par le partenaire privé pendant toute la durée du contrat.

Les biens de retour sont les biens meubles ou immeubles indispensables au fonctionnement du service public ou à l'exécution des missions portant sur des biens dont la mise en valeur participe de l'intérêt national.

Sont considérés comme des biens de retour des biens meubles ou immeubles tels que les terrains, ouvrages et équipements mis à la disposition gratuitement par l'autorité contractante au titulaire pendant toute la durée du contrat ainsi que ceux qui résultent d'investissements réalisés ou acquis par le titulaire, qui sont affectés et nécessaires au service public objet du contrat ou à l'exécution des missions portant sur des biens dont la mise en valeur participe de l'intéret national.

Les biens de retour appartiennent à l'autorité contractante même s'ils ont été construits ou acquis par le titulaire. Ils reviennent en bon état, gratuitement et sans frais à l'autorité contractante à l'expiration du contrat.

La liste des biens de retour sont annexés au contrat. Ils sont grevés d'une clause de retour obligatoire dans le contrat.

Les biens de reprise sont les biens utiles sans être indispensables au service public ou à l'exercice de missions portant sur des biens dont la mise en valeur participe de l'intérêt national. Ils reviennent à l'autorité contractante sur sa demande à l'expiration du contrat moyennant le paiement d'un prix à convenir avec le titulaire du contrat. Ils sont grevés d'une clause de retour facultatif dans le contrat.
Les biens propres sont les biens appartenant au titulaire pendant la durée du contrat, et qui lui reviennent à l'expiration du contrat.

Les biens propres ne sont grevés d'aucune clause de retour facultative ou obligatoire.

Article 50 : Régime foncier et domanial

Les opérations foncières réalisées dans le cadre d'un contrat de partenariat public-privé sont soumises au régime foncier et domanial en vigueur en République togolaise.

Chapitre 4 : Contrôle et suivi de l'exécution du contrat

Article 51 : Contrôle par l'autorité contractante et rapport d'exécution du titulaire

Sans préjudice des pouvoirs exercés par les organes de contrôle et autres autorités de l'Etat, l'autorité contractante dispose, de manière permanente, de tous pouvoirs de contrôle par voie d'audit, exercés par ses services ou ses experts, pour s'assurer sur pièce et sur place de la bonne exécution du contrat, de l'atteinte des objectifs de performance et le cas échéant, des conditions dans lesquelles le titulaire a confié une partie de l'exécution du contrat à des sous-traitants.

Le contrôle de l'exécution du contrat intervient à la discrétion de l'autorité contractante et donne lieu à l'établissement d'un rapport écrit par l'autorité contractante et communiqué au titulaire. Les transmissions de documents et les visites sur place font l'objet d'un procès-verbal.

Le titulaire remet au moins une fois par an un rapport comportant les informations nécessaires et sincères pour permettre à l'autorité contractante d'assurer l'effectivité du contrôle.

Le rapport du titulaire comporte les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat, l'actualisation du modèle financier, l'analyse de la qualité du service ainsi que les actions entreprises dans le cadre du contenu local et de la responsabilité sociétale d'entreprise.

Ce rapport peut contenir toutes autres informations relatives à l'exécution du contrat exigées par l'autorité contractante.

L'autorité contractante transmet le rapport du titulaire au ministre chargé des finances, à l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé, à la direction nationale du contrôle de la commande publique et à l'autorité de régulation de la commande publique,

Article 52 : Audit des contrats de partenariat public-privé

Les contrats de partenariat public-privé font l'objet d' un audit réalisé par l'autorité de régulation de la commande publique sur les conditions et modalités de leur préparation et passation.

Sur la base des rapports de l'autorité contractante et du titulaire, l'autorité de régulation de la commande publique peut se saisir aux fins d'investigations complémentaires pouvant aboutir à l'accomplissement d'un audit portant sur toutes difficultés relevées dans l'exécution des contrats de partenariats public-privé.

Pour la réalisation des audits, l'autorité de régulation de la commande publique sollicite l'appui technique de l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé ou de tout autre service dont la compétence est nécessaire à la réalisation de sa mission.

Dans les secteurs régulés, l'audit des contrats de partenariat est réalisé par l'autorité de régulation sectorielle en rapport avec l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé ou tout autre service dont la compétence est nécessaire à la réalisation de sa mission.

Chapitre 5 : Dispositions financières

Article 53 : Garanties contractuelles du titulaire du contrat de partenariat public- privé

Afin de garantir ses obligations contractuelles, le titulaire d'un contrat de partenariat public-privé est tenu de fournir des garanties financières prenant la forme de garantie bancaire à première demande émis par des institutions bancaires ou financières de premier rang. La nature et la teneur de ces garanties sont déterminées par décret en conseil des ministres.

Article 53 : Substitution du titulaire en cas de défaillance

Le contrat de partenariat public-privé peut inclure une clause permettant aux prêteurs du titulaire, avec l'agrément de l'autorité contractante, de désigner, en cas de défaillance du

titulaire qui pourrait conduire à la résiliation du contrat, un titulaire de substitution, en lieu et place du titulaire initial. Le titulaire de substitution peut être le ou les prêteurs. L'autorité contractante ne peut refuser son agrément que pour justes motifs tels que liés aux capacités légales, techniques, ou financières du repreneur.

Ce droit de substitution peut être repris dans le cadre d'un accord direct entre l'autorité contractante et les prêteurs.

Dans ce cas, le nouveau titulaire bénéficie de l'ensemble des droits et assume l'ensemble des obligations envers l'autorité contractante, prévus par le contrat de partenariat public-privé, en lieu et place du titulaire initial pour toute la durée du contrat.

Article 55 : Régime fiscal et douanier

Les contrats de partenariat public-privé sont soumis au régime fiscal et douanier en vigueur en République togolaise.

TITRE VIII : CONTENTIEUX RELATIF A LA PASSATION ET A L'EXECUTION DES CONTRATS DE PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE

Chapitre 1er : Contentieux de la passation

Section 1ere : Recours devant l'Autorité contractante

Article 56 : Recours gracieux devant l'autorité contractante

Tout candidat ou soumissionnaire qui s'estime injustement écarté des procédures de passation des contrats de partenariat public-privé introduit un recours à l'encontre des procédures et décisions rendues à l'occasion de la procédure de passation qui lui causent préjudice ou lui font grief, devant l'autorité contractante.

Ce recours gracieux prend la forme de requête adressée par lettre recommandée avec accusé de réception ou par voie électronique, devant contenir les nom et adresse du demandeur, l'objet de la demande, l'exposé sommaire des motifs du recours, l'énonciation et la communication des pièces que le requérant entend verser aux débats. La requête est affranchie d'un timbre fiscal.

Une ampliation de ce recours est faite à l'autorité de régulation de la commande publique par le requérant.

Ce recours a pour effet de suspendre la procédure jusqu'à la prise de décision définitive de l'autorité contractante ou, le cas échéant, de celle de l'autorité de régulation de la commande publique, conformément aux dispositions de l'article 59 de la présente loi.

Article 57 : Objet du recours

Le recours contre les procédures de passation des contrats de partenariat public-privé porte exclusivement sur :

- la décision de préqualification ou d'établissement de la liste restreinte ;

- les règles relatives à la participation des candidats, à leurs capacités et aux garanties exigées ;
- les critères d'évaluation ;
- la décision d'attribution du contrat de partenariat public-privé.

La décision d'annulation d'une procédure de passation par une autorité contractante est insusceptible de recours et ne peut donner lieu à indemnités ou à débours.

Dans tous les cas, le requérant invoque, à l'appui de son recours, une violation caractérisée de la réglementation des contrats de partenariat public privé et établir la preuve d'un grief ou d'un préjudice.

Article 58 : Délais du recours gracieux

Le recours d'un candidat contre la procédure de passation d'un contrat de partenariat public-privé est exercé au plus tôt à compter de la date de publication de l'avis d'appel à concurrence et au plus tard dix (l0) jours calendaires précédant la date limite prévue pour le dépôt des offres ou des propositions.

Le recours d'un soumissionnaire contre les résultats de l'évaluation des offres ou propositions est exercé dans un délai de sept (7) jours calendaires à compter de la date de notification desdits résultats.

L'autorité contractante dispose d'un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la date de saisine du requérant pour rendre sa décision de poursuivre ou d'annuler la procédure de passation.

Section 2 : Recours devant l'autorité de régulation de la commande publique

Article 59 : Saisine de l'autorité de régulation de la commande publique

La décision rendue au titre de l'article 58 de la présente loi peut faire l'objet d'un recours devant l'autorité de régulation de la commande publique dans un délai de trois (3) jours ouvrables à compter de la date de sa notification au requérant. En l'absence de décision rendue par l'autorité contractante dans le délai spécifié au dernier alinéa de l'article 58 précité, le requérant peut également saisir l'autorité de régulation de la commande publique.

Ce recours peut être exercé dans les mêmes formes et suivant les mêmes motifs que ceux prévus à l'article 57 de la présente loi. Il est subordonné au paiement des frais d'enregistrement dont le montant est fixé par décision du conseil dc régulation de l'autorité de régulation de la commande publique. Le non-paiement de ces frais entraîne l'irrecevabilité du recours.

La procédure devant l'autorité de régulation de la commande publique respecte les principes du contradictoire, d'équité, et de transparence suivant les modalités définies par décret en conseil des ministres.

Dès réception du recours, l'autorité de régulation de la commande publique statue sur sa recevabilité et, dans l'affirmative, peut ordonner, dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la date de sa saisine, la suspension de la procédure de passation du contrat de partenariat public-privé.

A la demande de l'autorité de régulation de la commande publique, les parties au litige sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction en fournissant les documents et les pièces indispensables à l'examen du recours et à la manifestation de la vérité dans les délais fixés par décret en conseil des ministres, à l'issue desquels l'autorité de régulation de la commande publique peut tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

L'autorité dc régulation de la commande publique rend sa décision sur le fond dans un délai de sept (7) jours calendaires à compter de la date de clôture de l'instruction qui ne peut excéder un (1) mois à compter de sa saisine. L'autorité de régulation de la commande publique notifie aux parties un calendrier de procédure à compter de la décision sur la recevabilité du recours.

A l'issue de l'instruction du dossier, l'autorité de régulation de la commande publique rend sa décision sur le fond. Cette décision est immédiatement exécutoire. Elle est notifiée au requérant et publiée sur le portail de la commande publique.

Article 60 : Objet de la décision sur le fond de l'autorité de régulation de la commande publique

La décision de l'autorité de régulation de la commande publique a pour objet de déclarer le recours fondé ou non fondé.

Lorsqu'un recours est déclaré fondé, l'autorité de régulation de la commande publique ordonne la correction de la violation alléguée soit par annulation de la décision d'attribution et la reprise de l'évaluation, soit par annulation de la procédure de passation et sa reprise.

L'autorité contractante se conforme à la décision de l'autorité de régulation de la commande publique en prenant, sans délai, les mesures édictées, de nature à remédier aux irrégularités constatées.

Lorsqu'elle déclare un recours non fondé, l'autorité de régulation de la commande publique ordonne la mainlevée de la suspension et la poursuite de la procédure.

Article 61 : Recours contre les décisions de l'autorité de régulation de la commande publique

Les décisions de l'autorité de régulation de la commande publique peuvent faire l'objet de la part de l'autorité contractante ou du candidat ou du soumissionnaire, d'un recours dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la date de leur notification ou publication. Le recours ne suspend pas l'exécution de la décision sauf en cas de sursis à exécution prononcé par le juge saisi du recours.

Les décisions rendues par le comité de règlement des différends de l'autorité de régulation de la commande publique, statuant en formation litiges, peuvent donner lieu à un recours devant la juridiction compétente.

Les décisions nominatives prises par l'autorité de régulation de la commande publique statuant en formation disciplinaire peuvent faire l'objet d'un recours en cassation auprès de la chambre administrative de la cour suprême.

Quelle que soit la nature de la décision attaquée, le recours est jugé dans un délai d'un (1) mois à partir de la date de dépôt de la demande.

En cas d'irrégularité ayant affecté la procédure de passation d'un contrat de partenariat public-privé, la partie qui s'estime lésée peut introduire un recours indemnitaire en réparation du préjudice réellement subi devant la juridiction administrative compétente à l'exclusion de tout autre recours si elle établit que l'irrégularité est la cause directe ayant conduit à son éviction.

Article 62 : Différends entre entités administratives

L'autorité de régulation de la conunande publique est également compétente pour statuer sur les différends qui opposent une ou plusieurs entités administratives de passation ou de contrôle des partenariats public-privé. Elle est saisie dans un délai de cinq (5) jours ouvrables soit à compter de la date de la décision faisant grief, suit, dans ce même délai, en l'absence de réponse de l'entité administrative saisie d'une réclamation.

A l'issue de l'instruction du dossier, l'autorité de régulation de la commande publique rend sa décision sur le fond.

Article 63 : Saisine d'office de l'autorité de régulation de la commande publique

Sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de ses missions ou dc toute information communiquée par des autorités contractantes, des candidats, soumissionnaires ou des tiers, l'autorité de régulation de la commande publique peut se saisir d'office et statuer conformément aux dispositions de l'article 60 de la présente loi.

Chapitre 2 : Contentieux de l'exécution des contrats de partenariats public-privé

Article 64 : Recours amiable et médiation

Les parties au contrat de partenariats public-privé recherchent, préalablement à toute saisine de l'autorité de régulation de la commande publique, un règlement amiable à leurs différends liés à l'exécution du contrat.

Si les parties n'aboutissent pas à un règlement amiable quinze (15) jours calendaires suivant la demande de règlement amiable, l'autorité de régulation de la commande publique peut être saisie à la diligence de l'une des parties.

L'autorité de régulation de la commande publique dispose d'un délai de quinze (15) jours ouvrables renouvelable une fois à compter de la date de sa saisine pour tenter de concilier les parties. Le comité désigne un médiateur parmi ses membres.

En cas de succès de la médiation, il est dressé procès-verbal constatant l'existence d'un accord sur la base d'une déclaration conjointe des parties attestant de la conclusion d'un accord transactionnel qu'elles communiquent au comité du règlement des différends. Ce procès-verbal signé par le médiateur et les parties a force exécutoire.

En cas d'échec de la médiation, le litige est résolu par voie d'arbitrage ou par voie judiciaire conformément aux stipulations contractuelles. Un procès-verbal de constat d'échec non motivé est dressé et signé par le médiateur et les parties au contrat.

Le recours à l'autorité de régulation de la commande publique ou à tout autre organe de médiation ou juridictionnel n'est pas suspensif de l'exécution du contrat.

Les documents et informations échangés dans le cadre de la procédure de règlement amiable sont strictement confidentiels et ne peuvent etre communiqués et produits devant une juridiction arbitrale ou judiciaire ni faire l'objet d'une quelconque divulgation, sauf accord écrit entre les parties au contrat de partenariat public-privé.

Les procès-verbaux visés au présent article ne peuvent être divulgués que par l'accord écrit des parties.

Article 65 : Recours contentieux

Sans préjudice des dispositions légales conférant compétence aux régulateurs sectoriels de connaitre du contentieux de l'exécution, tout différend qui n'a pas été réglé à l'amiable dans les quinze (15) jours ouvrables suivant la date d'introduction du recours auprès de l'autorité de régulation de la commande publique, sauf prorogation décidée par les parties, est porté, conformément au droit et aux stipulations contractuelles applicables devant les instances arbitrales ou les juridictions étatiques compétentes.

Article 66 : Juridiction compétente

La juridiction compétente en matière de règlement des différends liés à l'exécution des contrats de partenariat public-privé est celle désignée dans le corps des contrats.

Le recours à l'arbitrage est possible sauf pour les contrats de gérance et de régie intéressée qui relèvent de la compétence exclusive du tribunal compétent statuant en matière administrative.

Article 67 : Saisine d'office de l'autorité de régulation de la commande publique

Sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de ses missions ou de toute information communiquée par des autorités contractantes, l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé, l'autorité de régulation sectorielle, des candidats, des soumissionnaires ou des tiers, l'autorité de régulation de la commande publique peut se saisir d'office et statuer sur les irrégularités dénoncées constitutives des pratiques visées et sanctionnées au chapitre 2 du Titre IX de la présente loi, mais non constitutif d'un litige contractuel.

La décision rendue en application du présent article peut faire l'objet d'un recours en cassation suivant le régime prévu à l'article 61, alinéa 3 de la présente loi.

Le recours contre la décision n'a pas pour effet dc suspendre l'exécution du contrat.

TITRE IX : REGLES D'ETHIQUE, SANCTIONS DES VIOLATIONS COMMISES DANS LES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC PRIVE ET GOUVERNANCE

Chapitre 1 : Ethique, déontologie, alerte et signalement

Article 68 : Respect des règles d'éthique et de déontologie

Les acteurs publics et privés intervenant dans les procédures de passation, d'exécution, de contrôle, de règlement et de régulation des contrats de partenariat public-privé, à quelque titre que ce soit, s'engagent à respecter les dispositions du code d'éthique et de déontologie défini par décret en conseil des ministres.

Les candidats, soumissionnaire ou titulaires et les agents publics intervenant dans la passation, le contrôle, l'exécution, le règlement ou la régulation des contrats de partenariat public-privé s'engagent à régulariser des formulaires de déclaration d'intérêt.

Les candidats et soumissionnaires à la procédure de passation d'un contrat de partenariat public-privé prendront par écrit dans leur offre, l'engagement de n'accorder aucun paiement, avantage ou privilège à toute personne agissant comme intermédiaire ou agent en vue de l'obtention du contrat de partenariat public-privé. En cas de violation de cet engagement, le soumissionnaire peut faire l'objet d'une interdiction de soumissionner et dc poursuites pénales.

Article 69 : Alerte et signalement

Toute personne physique ou morale peut signaler ou révéler, de manière désintéressée et de bonne foi, des informations qu'elle a des motifs raisonnables de croire véridiques au moment où elle procède à leur divulgation et qui portent sur des faits susceptibles de constituer une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, tels qu'une violation du droit national ou communautaire des contrats de partenariat public-privé, un abus d'autorité, un gaspillage, une discrimination, une fraude ou une atteinte à l'environncment, la santé publique ou la sécurité publique.

Sont exclus du régime de l'alerte et de signalement, les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couvert par le secret de défense ou de sécurité nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client.

Le dossier d'alerte constitue d'éléments factuels de preuves (courriers, rapports, documents comptables) et de témoignages est transmis à l'organe de régulation de la commande publique qui met en place un dispositif de protection des auteurs d'alerte et de traitement efficace des signalements dans le respect de la confidentialité.

Les agents publics et les salariés du secteur privé auteurs d'alerte, ne peuvent faire l'objet de sanctions liées au signalement ou à l'alerte qu'ils ont effectués.

Les dispositions, procédures et mesures de protection ainsi que la confidentialité des auteurs d'alertes et dénonciateurs de fraude et de corruption dans les contrats de partenariat public-privé sont déterminées par voie réglementaire.

Chapitre 2 : Sanctions des violations commises en matière de contrats de partenariat public-privé

Section 1 : Sanctions des violations commises par les candidats, soumissionnaires ou titulaires

Sous - Section 1 : Typologie des violations commises

Article 70 : Pratiques anticoncurrentielles

Est coupable de pratiques anticoncurrentielles, tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services qui a :

- procédé à des pratiques de collusion entre soumissionnaires afin d'établir les prix des offres à des niveaux artificiels et non concurrentiels et de priver l'autorité contractante des avantages d'une concurrence libre et ouverte ;

- tenté d'influer sur l'évaluation des offres ou sur les décisions d'attribution, y compris la proposition dc tout paiement ou avantage indu ;

- fourni des informations ou des déclarations fausses ou mensongères, ou a fait usage d'informations confidentielles dans le cadre de la procédure d'appel à la concurrence ;

- fourni des preuves ou attestations de qualifications techniques ou financières délibérément inexactes ;

- participé à la conception ou à l'usage de documents frauduleux utilisés dans la passation des contrats dc partenariat public-privé :

- eu recours à la surfacturation et/ou à la fausse facturation dûment établie ;

- sous-traité des prestations en contravention aux dispositions de la présente loi ou aux stipulations contractuelles ;

- participé pendant l'exécution du contrat de partenariat public-privé à des actes et pratiques frauduleuses préjudiciables aux intérêts de l'autorité contractante, contraires à la réglementation applicable en matière de contrat de partenariat public-privé susceptibles d'affecter la qualité des prestations ou leur prix ainsi que les garanties dont bénéficie l'autorité contractante.

Article 71 : Pratiques délictuelles

Constituent des pratiques délictuelles, les faits constitutifs de corruption, de trafic d'influence, d'abus de fonction, de prise illégale d'intérêt, d'enrichissement illicite et d'infractions dans la passation des contrats de partenariat public-privé tels que définis dans le code pénal.

Les dossiers d'appel à concurrence contiennent une information sur les pratiques délictuelles et anticoncurrentielles ainsi que l'obligation pour le soumissionnaire de se conformer aux dispositions nationales et aux engagements internationaux souscrits par le Togo en matière de respect des droits humains, de droit du travail, de droit de l'environnement, de droit de

l'urbanisme et de la construction, de règles d'hygiène et de sécurité ou encore en matière d'égalité de genres.

Sous - Section 2 : Sanctions des violations

Article 72 : Sanctions des pratiques anti-concurrentielles

Sans préjudice des sanctions pénales prévues par les lois et règlements en vigueur, les sanctions suivantes peuvent être prononcées et, selon le cas, de façon cumulative, à l'encontre des candidats, soumissionnaires et titulaires qui ont été reconnus coupables de pratiques anti-concurrentielles :

a) le rejet de l'offre du soumissionnaire dans le cadre de l'appel à la concurrence en cours ou l'annulation de la décision d'attribution, le cas échéant ;

b) la confiscation des garanties constituées par le contrevenant dans le cadre des procédures d'appel à la concurrence incriminées, dans l'hypothèse où elle n'aurait pas été prévue par le cahier des charges ;

c) l'exclusion de la concurrence pour une durée temporaire de trois (3) mois à cinq (5) ans en fonction de la gravité de la faute commise, y compris, en cas de collusion établie par l'autorité de régulation de la commande publique ;

d) le retrait de lcur agrément et/ou de leur certificat de qualification ;

e) une sanction à caractère pécuniaire sous la forme d'une amende de dix millions (10 000 000) à deux cent millions (200 000 000) de francs CFA prononcés par l'autorité de régulation de la commande publique sans pour autant dépasser le montant prévisionnel du marché en cause ;

f) la restitution de l'avantage indu.

Article 73 : Sanctions des pratiques délictuelles

Sans préjudice des sanctions pénales encourues, les pratiques délictuelles entraînent :

- le rejet de l'offre, l'annulation de l'attribution ou du contrat de partenariat public-privé et la confiscation de la garantie correspondante, au besoin par la saisie de la somme consignée, cette sanction étant considérée comme inscrite d'office à titre de clause pénale dans tout contrat de partenariat public-privé ;

- l'exclusion de la commande publique pour une durée de trois (3) à dix (10) ans et d'une amende de cinquante millions (50 000 000) à cinq cent millions (500 000 000) de francs CFA prononcés par l'autorité de régulation de la commande publique.

Les pratiques délictuelles entraînent de plein droit les sanctions prévues aux points c), e) et f) de l'article 72 de la présente loi.

Section 2 : Sanctions des violations commises par les agents publics

Article 74 : Violations, irrégularités et manquements

Les fonctionnaires, agents publics ou privés des autorités contractantes engagent leur responsabilité personnelle pour les violations, irrégularités et manquements suivants :

- détention d'intérêts de nature à compromettre leur indépendance vis-à-vis d'une entreprise soumise au contrôle de leur administration ou en relation contractuelle avec celle-ci, qui ne se sont pas désistés au moment d'examiner les dossiers qui leur sont confiés ;

- conclusion de contrat de partenariat public-privé avec des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services exclus de la participation de la commande publique ;

- dissimulation d'informations de nature à priver une personne ou une entité en droit de la connaître ;

- intervention sans droit auprès des opérateurs économiques ;

- violations des dispositions du code d'éthique et de déontologie de la commande publique en vigueur ;

- prise de décision par négligence coupable ou manifestement irrégulière ;

- diffusion d'informations confidentielles.

Article 75 : Actes de corruption et pratiques frauduleuses

Les fonctionnaires, agents publics ou privés des autorités contractantes engagent leur responsabilité personnelle pour les faits constitutifs de pratiques délictuelles prévus à l'article 73 de la présente loi.

Article 76 : Sanctions des agents publics

Sans préjudice des sanctions disciplinaires et financières ou des poursuites pénales qui pourraient être exercées à leur encontre, les fonctionnaires, les agents publics ou privés des autorités contractantes ayant violé la réglementation applicable en matière de contrats de partenariat public-privé peuvent être sanctionnés par l'autorité de régulation de la commande publique et selon les procédures applicables par une exclusion temporaire ou définitive de toute fonction relative au système de la commande publique. Si les faits de violation ont procuré un avantage indu à son auteur, ce dernier le restitue.

L'exclusion du système de la commande publique est prononcée par décision de l'autorité de régulation de la commande publique pour une durée de trois (3) mois à cinq (5) ans avec une amende de deux cent mille (200 000) à trois millions (3 000 000) de francs CFA, pour les violations, irrégularités et manquements prévus par l'article 74 de la présente loi.

L'exclusion du systéme de la commande publique est prononcée par décision de l'autorité de régulation de la commande publique pour une durée de cinq (5) ans à l'exclusion définitive avec une amende de cinq cent mille (500 000) à cinq millions (5 000 000) dc francs CFA et la restitution des avantages indus, en ce qui concerne les actes de corruption et pratiques frauduleuses prévus par l'article 71 de la présente loi.

L'autorité de régulation de la commande publique saisit les autorités hiérarchiques, ainsi que les juridictions judiciaires et financières compétentes des actes susceptibles de constituer des fautes disciplinaires, des infractions financières ou pénales commis par les agents publics, à l'occasion de la passation et de l'exécution ainsi que du contrôle et de la régulation de la commande publique.

Article 77 : Sort des contrats obtenus au moyen de pratiques frauduleuses

Tout contrat conclu, ou renouvelé au moyen de pratiques frauduleuses ou d'actes de corruption avérés, ou à l'occasion de l'exécution duquel des pratiques frauduleuses et des actes de corruption ont été perpétrés, peut être entaché de nullité ou faire l'objet d'une résiliation.

Tout contrat conclu en violation des avis des organes de contrôle a priori de la commande publique ou ses structures déconcentrées et des décisions prises par l'autorité de régulation de la commande publique peut également être frappé de nullité ou faire l'objet d'une résiliation.

Article 78 : Publication des sanctions - programme de clémence

L'autorité de régulation de la commande publique établit périodiquement une liste des personnes physiques et morales exclues de toute participation à la commande publique.

Cette liste est régulièrement mise à jour, distribuée aux autorités contractantes et publiée sur le site internet de l'autorité de régulation de la commande publique, de la direction nationale du contrôle de la commande publique ou sur tout autre support d'information accessible.

L'autorité de régulation de la commande publique peut établir un programme de clémence qui consiste à accorder un traitement favorable et dans certaines conditions, aux entreprises qui l'aident à découvrir et à sanctionner des pratiques frauduleuses ou corruptives intervenues dans les contrats de partenariat public-privé. Les modalités de mise en œuvre de ce programme de clémence sont précisées dans un manuel de procédures élaboré par le conseil de régulation de l'autorité de régulation de la commande publique.

TITRE X : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

Article 79 : Sort des contrats notifiés avant l'entrée en vigueur de la présente loi - Procédures de passation en cours

Les contrats de partenariat, les concessions, les affermages et régies intéressées notifiés antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la présente loi demeurent régis, pour leur exécution, par les dispositions qui étaient applicables au moment de leur notification.

Les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas aux procédures de passation en cours au jour de la promulgation de la présente loi.

Article 80 : Modalités d'application

Des actes réglementaires déterminent en tant que de besoin les modalités d'application de la présente loi.

Article 81 : Abrogation des dispositions antérieures contraires

Sont abrogées :

- Le titre I « du régime des contrats de partenariat » et le titre II « du régime des concessions » de la loi n° 2014-014 du 22 octobre 2014 portant modernisation dc l'action publique de l'Etat en faveur de l'économie.

- Toutes dispositions antérieures contraires à la présente loi.

Article 82 : Exécution

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Lomé, le 13 1 DEC 2021

Le Président de la République

SIGNE

Faure Essozimna GNASSINGBE

Le Premier ministre

SIGNE

Victoire Sidémého TOMEGAH-DOGBE

Pour ampliation
le secrétaire général
de la Présidence de la république

Ablamba Ahoéfavi JOHNSON

LES DECRETS

DECRET N° 2022 - 065/PR
PORTANT MODALITES DE MISE EN OEUVRE DES PROCEDURES DE PASSATION ET D'EXECUTION DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC - PRIVE

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE,

Sur le rapport du ministre de l'économie et des finances ;

Vu la Constitution du 14 octobre 1992 ;

Vu le Traité du 10 janvier 1994 modifié par le Traité du 29 janvier 2003 de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu le Traité du 17 octobre 1993 modifié par le Traité du 17 octobre 2008 relatif à l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) et ses différents Actes Uniformes ;

Vu la directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la directive n° 01/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la directive n° 08/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la directive n° 04/2012/CM/UEMOA du 28 septembre 2012 relative à l'éthique et à la déontologie dans les marchés publics et les délégations de service public au sein de l'Union économique et monétaire ouest africaine ;

Vu la loi organique n° 2014-013 du 27 juin 2014 relative aux lois de finances ;

Vu la loi organique n° 2021-025 du 1er décembre 2021 portant organisation, attributions et fonctionnement de la cour des comptes et des cours régionales ;

Vu la loi n° 90-28 du 4 décembre 1990 portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques ;

Vu la loi n° 2007-011 du 13 mars 2007 relative à la Décentralisation et aux libertés locales, modifiée par la loi n° 2018-003 du 31 janvier 2018 et la loi n° 2019-006 du 26 juin 2019 ;

Vu la loi n° 2014-009 du 11 juin 2014 portant code de transparence dans la gestion des finances publiques ;

Vu la loi n° 2014-014 du 22 octobre 2014 portant modernisation de l'action publique de l'Etat en faveur de l'économie ;

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

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

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

Vu la loi n° 2021- 034 du 31 décembre 2021 relative aux contrats de partenariat public-privé ;

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

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

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

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

Vu le décret n° 2020-080/PR du 1er octobre 2020 portant composition du Gouvernement complété par le décret n° 2020-090 PR du 2 novembre 2020 ;

Le conseil des ministres entendu ;

DECRETE :

CHAPITRE 1ER : DISPOSITIONS GENERALES

Article 1er : Objet

Le présent décret précise les règles qui régissent la préparation, la passation, le contrôle, l'exécution et la régulation des contrats de partenariat public-privé conclus par les autorités contractantes pour répondre à leurs besoins.

Article 2 : Définitions

Aux termes du présent décret, on entend par :

- **autorité contractante :** personne morale de droit public ou de droit privé qui bénéficie du concours financier ou de la garantie d'une personne morale de droit public qui conclut un marché public.

- **entreprise communautaire :** opérateur économique dont le siège social et fiscal est situé dans un Etat membre de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA).

- **entreprise nationale :** opérateur économique dont le siège social et fiscal est situé en République togolaise et dont le contrôle est assuré directement ou indirectement par des personnes physiques de nationalité togolaise.

- **offre spontanée :** proposition à l'initiative d'un opérateur économique relative à la mise en oeuvre d'un projet de partenariat public-privé qui n'est pas soumise en réponse à un appel à concurrence publiée par l'autorité contractante.

- **portefeuille de projets de partenariat public-privé :** ensemble de projets retenus par les autorités contractantes et validés par l'organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé.

- **projet régional :** tout projet porté par un traité entre au moins deux Etats membres de l'UEMOA ou tout projet inscrit dans un programme communautaire ou porté par une institution communautaire de l'UEMOA.

- **responsabilité sociétale des entreprises (RSE) :** responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et activités sur la société et sur l'environnement, se traduisant par un comportement éthique et transparent qui contribue au développement durable, y compris à la santé et au bien-être de la société ; prend en compte les attentes des parties prenantes, respecte les lois en vigueur et qui est en accord avec les normes internationales de comportement et qui est intégré dans l'ensemble de l'organisation et mis en oeuvre dans ses relations.

CHAPITRE 2 : ORGANES D'EXPERTISE, DE PASSATION, DE CONTROLE ET DE REGULATION DES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE

Article 3 : Organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé

En application de la loi relative aux contrats de partenariat- public-privé, il est créé un organe d'expertise des contrats de partenariat public-privé dénommé « Unité de partenariat public-privé », en abrégé « Unité PPP ».

L'Unité PPP conseille et assiste, à travers ses attributions, les autorités contractantes et contribue au développement des contrats de partenariats public-privé. Ses missions, attributions organisation et fonctionnement sont déterminés par décret en conseil des ministres.

Article 4 : Organes de passation

Les organes de passation des contrats de partenariat public-privé sont les services techniques et les organes de gestion de la commande publique de l'autorité contractante. Ils sont responsables du processus de passation, d'exécution et de gestion des contrats de partenariat public-privé tels que définis par la loi relative aux contrats de partenariat public-privé.

Les missions et attributions des organes de passation en matière de contrats de partenariat public-privé sont celles définies par la réglementation des marchés publics.

Article 5 : Organe de contrôle a priori des procédures

Les procédures de passation des contrats de partenariat public-privé sont soumises au contrôle a priori de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Article 6 : Organe de régulation

La régulation du système de passation des contrats de partenariat public-privé, le règlement des litiges liés à leur passation ainsi qu'à leur exécution sont assurés par l'autorité de régulation de la commande publique dans les conditions prévues par la loi relative aux contrats de partenariat public-privé.

CHAPITRE 3 : PROCEDURES DE PASSATION

Article 7 : Règles applicables

L'autorité contractante identifie les projets susceptibles d'être réalisés en partenariat public-privé.

Les projets identifiés et priorisés sont, sauf urgence, inscrits dans le portefeuille de projets des partenariats public-privé et font l'objet d'une large publication par tout moyen par l'unité PPP.

Les projets de partenariat public-privé donnent lieu à une évaluation préalable, réalisée par l'autorité contractante et soumise à l'avis simple et motivé de l'unité PPP.

L'autorité contractante choisit les procédures de passation de ses contrats de partenariat public-privé conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

Article 8 : Appel d'offres ouvert en une étape

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

L'appel d'offres ouvert en une étape est la procédure de mise en concurrence par laquelle l'autorité contractante choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de partenariat public-privé ou à ses conditions d'exécution, préalablement portés à la connaissance des candidats dans le dossier d'appel à concurrence.

L'attribution sur la base d'un critère unique est possible dans des conditions fixées par le présent décret.

Les critères d'attribution doivent garantir la possibilité d'une véritable concurrence.

Tout opérateur économique intéressé peut soumissionner ou, lorsque l'appel d'offres

est précédé d'une pré-qualification, soumettre une demande de pré-qualification.

Il est procédé au lancement d'un avis d'appel d'offres dans les conditions prévues au présent article et comportant au minimum :

- la désignation de l'autorité contractante ;
- l'objet du contrat de partenariat public-privé ;
- le mode de rémunération du contrat de partenariat public-privé ;
- la part de financement de l'opération exigée de l'opérateur économique et, le cas échéant, la part de financement de l'opération effectuée par l'autorité contractante ;
- le délai de mobilisation des fonds par l'opérateur économique ;
- le lieu où il peut être pris connaissance du dossier d'appel à concurrence ainsi que ses modalités d'obtention ;
- le lieu et la date limite de réception des offres ;
- le délai pendant lequel les candidats restent engagés par leurs offres ;
- les obligations en matière de cautionnement ou de garantie ;
- les modalités d'application de l'obligation de constitution de la société de projet prévue par la loi ;
- le cas échéant, les conditions exigées en termes de part éventuellement réservée à des sous-traitants ou de nombre minimum d'experts nationaux clés, de transfert de connaissances ou de technologie en tant que composante clé d'une mission ou du champ des travaux ou services ;
- le lieu où les candidats pourront consulter les résultats de l'appel d'offres ;
- la réglementation régissant l'appel d'offres.

L'ouverture des plis et l'évaluation des offres se font conformément aux dispositions du présent décret.

Article 9 : Appel d'offres ouvert en deux étapes

L'autorité contractante met en œuvre la procédure de mise en concurrence d'appel d'offres ouvert en deux étapes dans le cas de projets complexes, notamment lorsqu'elle n'est pas en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier du projet.

L'appel d'offres ouvert est dit en deux étapes lorsque les candidats sont, dans une première étape, invités à remettre une offre initiale comprenant leurs propositions techniques, sans indication de prix, sur la base de principes généraux de conception, de prescriptions techniques et/ou de normes de performance.

Au cours de cette première étape, l'autorité contractante examine les propositions. Elle peut demander aux soumissionnaires toutes informations ou précisions complémentaires sur le contenu des propositions.

L'autorité contractante peut engager une phase de dialogue avec les soumissionnaires sur le contenu de leur offre, afin de déterminer les moyens techniques, juridiques et financiers répondant au mieux à ses besoins. Les modalités de déroulement du dialogue sont définies dans les documents de la consultation.

Lorsqu'elle recourt à cette procédure, l'autorité contractante respecte les exigences d'égalité de traitement des soumissionnaires et de confidentialité au cours du dialogue.

Après identification de la ou des solutions susceptibles de répondre à ses besoins, l'autorité contractante informe les soumissionnaires de la fin de cette première étape.

Dans une seconde étape, les soumissionnaires retenus sont invités à présenter une offre finale technique et financière engageante sur la base des documents de la consultation, le cas échéant, révisés par l'autorité contractante, et sans préjudice de la finalisation du financement.

Les offres sont ensuite évaluées suivant les critères d'attribution définis dans le présent décret.

L'autorité contractante choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de partenariat public-privé ou à ses conditions d'exécution, préalablement portés à la connaissance des candidats clans le dossier d'appel à la concurrence.

Les critères d'attribution garantissent une réelle concurrence.

Article 10 : Appel d'offres ouvert avec pré-qualification

L'autorité contractante peut recourir à la procédure de pré-qualification pour l'attribution des contrats de partenariat public-privé lorsqu'elle l'estime nécessaire pour assurer une compétition efficace entre opérateurs économiques qui disposent de qualifications et d'expériences susceptibles de créer des conditions d'une bonne exécution des contrats de partenariat public-privé.

L'examen de la qualification des candidats s'effectue exclusivement en fonction de leur aptitude à exécuter le contrat de partenariat public-privé de façon satisfaisante et selon les critères définis dans l'invitation à soumissionner.

Lorsqu'une procédure d'appel d'offres ouvert est précédée d'une phase de pré-qualification des candidats, les critères de pré-qualification sont mentionnés dans l'avis de pré-qualification.

La procédure de pré-qualification peut prévoir un nombre minimal et/ou maximal de candidats pré-qualifiés, sous réserve que les candidats soient retenus sur la base de critères objectifs et non discriminatoires énoncés dans l'avis de pré-qualification.

Si, au terme du délai de remise des candidatures, le nombre de candidats est inférieur à cinq (5), l'autorité contractante peut, sauf avis contraire de la direction nationale du contrôle de la commande publique, poursuivre la procédure avec la ou les candidatures enregistrées.

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

La remise, l'ouverture et l'examen des offres ainsi que le choix de l'offre évaluée économiquement la plus avantageuse des candidats présélectionnés s'effectuent dans les conditions prévues par le présent décret.

Article 11 : Appel d'offres restreint

L'appel d'offres restreint est la procédure par laquelle seuls les candidats que l'autorité contractante a décidé de consulter peuvent remettre une offre.

L'autorité contractante peut mettre en œuvre une procédure d'appel d'offres restreint lorsque les travaux ou les services, eu égard à leur nature spécialisée, ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité d'opérateurs économiques ou lorsque l'enjeu national le commande. Le nombre de candidats admis à soumissionner doit assurer une concurrence réelle.

Il est ensuite procédé comme en matière d'appel d'offres ouvert en une étape.

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

Article 12 : Dialogue compétitif

Le dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'autorité contractante dialogue avec les candidats invités à y participer et à soumettre une offre sur la base de critères objectifs de qualifications techniques et financières en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins.

L'autorité contractante peut conclure ses contrats de partenariat public-privé selon la procédure du dialogue compétitif lorsque :

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

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

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

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

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

<u>Article 13</u> : Procédure d'entente directe

Le partenariat public-privé est passé par entente directe lorsque l'autorité contractante engage directement les discussions qui lui paraissent utiles, avec un ou plusieurs opérateurs économiques suivant les conditions prévues par la loi relative aux contrats de partenariat public-privé.

Le recours à la procédure d'entente directe doit être justifié par l'autorité contractante et être autorisé, au préalable, par la direction nationale du contrôle de la commande publique.

Les négociations avec le ou les opérateurs économiques sont menées par l'autorité contractante en concertation avec les services compétents du ministère chargé des finances et l'appui de l'unité PPP.

Un avis d'attribution est publié dans les quinze (15) jours calendaires de l'entrée en vigueur du contrat de partenariat public-privé.

Article 14 : Traitement des offres spontanées

Un opérateur économique peut proposer un projet de partenariat public-privé dans le cadre d'une offre spontanée assortie d'une étude de faisabilité.

Une autorité contractante ne peut donner suite à une offre spontanée que si elle réalise l'évaluation préalable prévue dans la loi relative aux contrats de partenariat public-privé.

L'autorité contractante sollicite l'avis de l'unité PPP sur l'évaluation préalable.

Lorsque l'autorité contractante entend donner suite à l'offre spontanée et après validation de l'évaluation préalable, elle met en oeuvre l'une des procédures de passation conformément à la réglementation relative aux contrats de partenariat public-privé, à laquelle prend part l'opérateur économique auteur de l'offre spontanée.

L'autorité contractante veille à ce que tous les soumissionnaires puissent concourir sur une base égalitaire. Elle veille également au respect de la confidentialité des caractéristiques de l'offre spontanée liées aux droits de propriété intellectuelle et au secret en matière commerciale et industrielle ou d'autres droits exclusifs qui sont contenus dans la proposition.

L'autorité contractante peut mettre en œuvre une procédure d'entente directe dans le cadre d'une offre spontanée lorsqu'il s'agit de projets d'intérêt stratégique national ou de souveraineté.

Le recours à la procédure d'entente directe reste soumis à l'autorisation préalable de la direction nationale du contrôle de la commande publique.

CHAPITRE 4 : REGLES DE PUBLICITE, DE COMMUNICATION ET MODALITES DE RECEPTION, D'OUVERTURE ET D'EVALUATION DES OFFRES

Section 1ere : Obligations de publicité et de communication

Article 15 : Avis de pré-information

L'autorité contractante fait connaître les caractéristiques essentielles des partenariats public-privé quelle entend passer dans l'année et qui sont inscrits dans le portefeuille de projets de partenariat public-privé conformément au document standard élaboré par l'autorité de régulation de la commande publique.

Article 16 : Avis de publicité préalable

L'appel d'offres ouvert fait l'objet de mesures préalables de publicité au niveau national, sous régional ou International.

Les mentions obligatoires des avis de publicité préalable, dont l'avis d'appel public à la concurrence et l'avis de pré-qualification sont précisées dans un document élaboré par l'autorité de régulation de la commande publique avec l'appui de l'unité PPP.

Article 17 : Avis d'attribution

Un avis d'attribution est publié dans les quinze (15) jours calendaires de l'entrée en vigueur du contrat de partenariat public-privé.

L'avis d'attribution est publié sur les mêmes supports que ceux utilisés par l'autorité contractante pour la publication de l'avis préalable.

Cet avis qui désigne l'attributaire, comporte un résumé des principales clauses du contrat conformément au document standard élaboré par l'autorité de régulation de la commande publique avec l'appui de l'unité PPP.

Article 18 : Moyens de communications et échanges d'informations

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

L'autorité contractante peut choisir des moyens de communication par distribution physique ou par voie électronique.

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

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

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

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

L'avis de publicité préalable et les documents de la consultation indiquent le mode de transmission des candidatures et des offres.

Section 2 : Modalités de réception et d'ouverture des offres

Article 19 : Modalité de remise des offres

Les offres des candidats doivent être signées par les candidats ou par leurs mandataires dûment habilités et placées dans une grande enveloppe ou enveloppe extérieure portant l'indication de l'appel à concurrence auquel l'offre se rapporte et qui doit être fermée, de façon à ne pouvoir être ouvert qu'en séance d'ouverture publique des plis.

Les offres doivent parvenir à l'autorité contractante avant la date et l'heure limites de leur réception, selon les modalités indiquées dans les dossiers d'appel à concurrence. L'autorité désignée pour la réception des offres délivre le récépissé du dépôt ou un avis de réception des offres reçues et relève, le cas échéant, les altérations des enveloppes extérieures pouvant être constatées.

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

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

En cas de transmission par voie électronique, les moyens utilisés pour la réception des candidatures ou des offres devront au moins garantir, en application de la loi relative aux transactions électroniques, que :

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

En cas de possibilité de remise des offres par la voie électronique, l'autorité contractante peut indiquer dans l'avis d'appel à la concurrence ou, à défaut, dans un autre document du dossier d'appel à la concurrence, le type de format des documents électroniques admis.

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

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

Article 20 : Délai de réception des offres

L'autorité contractante fixe les délais de réception des offres en tenant compte de la complexité du projet de partenariat public-privé et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leurs offres.

Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à quarante-cinq (45) jours calendaires pour les contrats de partenariats public-privé à compter de la date de publication de l'avis de publicité préalable ou de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Ce délai peut être réduit en cas d'urgence sur autorisation de la direction nationale du contrôle de la commande publique, sans pour autant être inférieur à vingt et un (21) jours calendaires.

Article 21 : Ouverture des offres

L'ouverture des plis est publique et intervient à la date limite fixée pour la réception des offres ou propositions et à l'heure et au lieu prévus par le dossier d'appel à la concurrence. Cette ouverture intervient dans un bref délai après l'heure limite de dépôt des offres.

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

A l'issue de l'ouverture des plis, un procès-verbal est établi et signé par les membres de la commission, conformément à un document modèle élaboré et adopté par l'autorité de régulation de la commande publique avec l'appui de l'unité PPP, et auquel est jointe la liste signée des personnes présentes.

Ce procès-verbal d'ouverture des plis est remis sans délai à tous les soumissionnaires.

Aucune offre ne peut être rejetée lors des opérations d'ouverture des plis. Toutefois, les offres reçues hors délais ne sont pas ouvertes et sont retournées aux soumissionnaires concernés après la séance d'ouverture des plis.

L'autorité contractante a l'obligation de sécuriser et de conserver les originaux des offres ou propositions en lieu sûr.

En cas de transmission des offres par voie électronique, les procédures d'ouvertures peuvent être adaptées par l'autorité contractante qui l'indique, le cas échéant, dans les documents du dossier d'appel à la concurrence.

Section 3 : Procédure et critères d'évaluation des offres

Article 22 : Examen des offres et critères d'attribution

Les offres sont examinées par une commission ad hoc d'évaluation conformément aux critères d'attribution et à leurs modalités de mise en œuvre indiqués dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation.

L'examen des offres a pour objet de permettre à l'autorité contractante d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, sur la base de critères objectifs, liés à l'objet du contrat ou à ses conditions d'exécution et non discriminatoires.

Les critères d'attribution font l'objet d'une pondération. Lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, ces critères sont indiqués par ordre décroissant d'importance. La pondération peut être exprimée par référence à un écart maximum autorisé.

Outre les critères relatifs au contenu local, à la promotion de la participation des très petites, petites et moyennes entreprises, des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation peuvent être inclus.

Les critères d'attribution peuvent prévoir un traitement préférentiel dans les deux situations suivantes :

- lorsqu'une entreprise nationale ou communautaire soumet une offre ;
- lorsqu'un soumissionnaire soumet une offre en groupement avec des très petites, petites et moyennes entreprises nationales ou communautaires.

Les attributions aux entreprises nationales et communautaires qui abandonnent les travaux aux PME/TPME nationales doivent être évitées.

Article 23 : Information des soumissionnaires

L'autorité contractante, sur la base du rapport de la commission ad hoc d'évaluation et après validation par la direction nationale du contrôle de la commande publique, notifie à chaque soumissionnaire l'acceptation ou le rejet de son offre, en lui indiquant les motifs, conformément au document standard élaboré par l'autorité de régulation de la commande publique avec l'appui de l'unité PPP.

L'autorité contractante observe un délai de sept (7) jours calendaires après la publication ou la notification des résultats de l'évaluation, avant de procéder à la signature du contrat de partenariat public-privé. Dans ce délai, le soumissionnaire qui le souhaite doit, sous peine de forclusion, exercer les recours prévus dans la loi relative aux contrats de partenariat public-privé.

Lorsque l'autorité contractante décide de ne pas attribuer le contrat de partenariat public-privé ou de relancer la procédure, elle communique les motifs de sa décision aux soumissionnaires dans les plus brefs délais.

Article 24 : Abandon de procédure

L'autorité contractante peut décider d'abandonner une procédure de passation du contrat de partenariat public-privé après notification à la direction nationale du contrôle de le commande publique.

L'autorité contractante notifie la décision d'abandon de procédure aux soumissionnaires et en assure la publication conformément aux dispositions du présent décret.

Les garanties constituées par les soumissionnaires leur sont restituées dans le délai de quinze (15) jours à compter de la date de la notification de la décision d'abandon.

CHAPITRE 5 : GARANTIES CONTRACTUELLES AU BENEFICE DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

Article 25 : Typologie des garanties

L'autorité contractante peut, selon la nature des contrats, exiger des soumissionnaires et des titulaires des contrats de partenariat public-privé les garanties ci-après :

- la garantie de soumission ;
- la garantie de développement ;
- la garantie de bonne exécution ;
- la garantie de performance ;
- la garantie de transfert.

Le montant de ces garanties est déterminé dans le dossier d'appel à la concurrence et dans le contrat de partenariat public-privé.

Article 26 : Garantie de soumission

La garantie de soumission est une garantie bancaire à première demande autonome et irrévocable émise par une banque de premier rang. Elle est exigée des soumissionnaires au moment de la soumission pour assurer leur participation à la procédure de passation jusqu'à la signature du contrat.

La garantie de soumission couvre le paiement de l'indemnité due en cas de retrait par le soumissionnaire de son offre pendant la période de validité des offres ou de défaut de signature du contrat de partenariat public-privé.

La garantie de soumission représente au maximum cinq pour cent (5%) du montant du contrat de partenariat public privé. Elle est restituée ou mainlevée en est faite au plus tard dans un délai de quinze (15) jours ouvrables à compter de la signature du contrat de partenariat public-privé.

Article 27 : Garantie de développement

La garantie de développement est une garantie bancaire à première demande autonome et irrévocable, émise par une banque de premier rang et fournie par le titulaire à l'autorité contractante au plus tard à la signature du contrat de partenariat public-privé.

Elle est destinée à couvrir le paiement de l'indemnité due en cas de retard ou de défaut de réalisation de la finalisation du financement.

La garantie de développement représente au maximum cinq pour cent (5%) du montant du contrat de partenariat public privé et couvre la période allant de la signature du contrat de partenariat public privé à la finalisation du financement du projet ou le cas échéant, à la fin des pourparlers avec les prêteurs signifiant l'abandon du projet de partenariat public-privé et la non-exécution du contrat de partenariat public-privé.

La garantie de développement est restituée ou mainlevée en est faite dans les quinze (15) jours ouvrables suivant l'entrée en vigueur de la convention de financement.

Article 28 : Garantie de bonne exécution

La garantie de bonne exécution est une garantie bancaire à première demande autonome et irrévocable, émise par une banque de premier rang et fournie par le titulaire du contrat de partenariat public-privé à l'autorité contractante au plus tard à la signature du contrat de partenariat public-privé.

Elle est destinée à couvrir le paiement de l'indemnité due en cas de défaillance ou de retard dans l'exécution dans la phase de réalisation des travaux ou des ouvrages du contrat de partenariat public-privé.

La garantie de bonne exécution représente ou maximum quinze pour cent (15%) du montant du financement du contrat de partenariat public-privé et couvre la période allant de la finalisation du financement jusqu'à la réception définitive des travaux ou des ouvrages.

La garantie de bonne exécution est restituée au titulaire à la réception définitive des travaux ou des ouvrages au plus tard trois (3) mois suivant la date de démarrage de l'exploitation.

Article 29 : Garantie de performance

La garantie de performance est une garantie bancaire à première demande autonome et irrévocable, émise par une banque de premier rang et fournie par le titulaire à l'autorité contractante pour couvrir le paiement de l'indemnité due en cas de non atteinte des performances contractuelles.

La garantie de performance représente au maximum quinze pour cent (15%) du montant du financement du contrat de partenariat public-privé et couvre, selon le contrat de partenariat concerné, la période allant de la réception emportant mise en service jusqu'à la fin du contrat de partenariat public-privé.

La garantie de performance est restituée au titulaire dans les trente (30) jours calendaires suivant la date d'échéance du contrat de partenariat public-privé.

Article 30 : Garantie de transfert

La garantie de transfert est une garantie bancaire à première demande autonome et irrévocable, émise par une banque de premier rang et fournie par le titulaire à l'autorité contractante au plus tard un (1) an avant la date d'échéance du contrat de partenariat public-privé.

Elle est destinée à couvrir le paiement de l'indemnité de mise en état de bon fonctionnement et d'exploitation des biens de retour ou de reprise à l'échéance du contrat de partenariat public-privé.

Les éléments de la détermination du montant de la garantie de transfert sont fixés par le contrat de partenariat public-privé.

La garantie de transfert est restituée ou mainlevée en est faite par l'autorité contractante au plus tard trois (3) mois suivant la date de réception définitive des travaux de mise en état par les parties au contrat.

CHAPITRE 6 : DISPOSITIONS FINALES

Article 31 : Exécution

Le ministre de l'économie et des finances est chargé de l'exécution du présent décret qui sera publié au Journal officiel de la République togolaise.

Fait a Lomé, le 11 MAI 2022

Le Président de la République

SIGNE

Faure Essozimna GNASSINGBE

Le Premier ministre

SIGNE

Victoire S. TOMEGAH-DOGBE

Le ministre de l'économie
et des finances

SIGNE

Sani YAYA

Pour ampliation
Le Secrétaire Général
de la Présidence de la République

Ablamba Ahoéfavi JOHNSON

DECRET N° 2022 - 066/PR
PORTANT MISSIONS, ATTRIBUTION, ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE L'UNITE DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVE

Sur le rapport conjoint du ministre de l'économie et des finances, du ministre de la promotion de l'investissement et du ministre du commerce, de l'industrie et de la consommation locale;

Vu la Constitution du 14 octobre 1992 ;

Vu la loi organique n° 2014-013 du 27 juin 2014 relative aux lois de finances ;

Vu la loi n° 2014-009 du 11 juin 2014 portant code de transparence dans la gestion des finances publiques ;

Vu la loi n° 2019-006 du 26 juin 2019 portant modification de la loi n° 2007-011 du 13 mars 2007 relative à la décentralisation et aux libertés locales, modifiée par la loi n° 2018-003 du 31 janvier 2018 ;

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

Vu la loi n° 2021-034 du 31 décembre 2021 relative aux contrats de partenariat public-privé ;

Vu le décret n° 2009-221/PR du 19 octobre 2009 portant organisation des services de la Présidence de la République, ensemble les textes qui l'ont modifié ;

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

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

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

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

Vu le décret n° 2022-065/PR du 11 mai 2022 portant modalités de mise en œuvre des procédures de passation et d'exécution des contrats de partenariat public-privé ;

Le conseil des ministres entendu,

DECRETE :

CHAPITRE I : DISPOSITIONS GENERALES

Article 1er : Objet

Le présent décret fixe les missions, les attributions, l'organisation et le fonctionnement de l'Unité de partenariat public-privé.

L'Unité de partenariat public-privé, ci-après « Unité PPP », est rattachée à la Présidence de la République.

Article 2 : Missions

L'Unité PPP a pour missions de conseiller et d'assister les autorités contractantes dans la préparation et l'exécution des contrats de partenariat public-privé.

Elle contribue au développement des contrats de partenariat public-privé.

CHAPITRE II : ATTRIBUTIONS DE L'UNITE PPP

Article 3 : Attributions en matière de conseil et d'expertise

L'Unité PPP est chargée de :

- élaborer une stratégie nationale de développement des contrats de partenariat public-privé à moyen et long terme ;
- initier et soumettre au comité d'orientation et de décision des réformes ou modifications des textes législatifs et réglementaires ou des procédures administratives relatives aux contrats de partenariat public-privé ;
- participer à l'élaboration des normes et spécifications techniques ainsi qu'au système de management de la qualité applicable aux partenariats public-privé ;
- favoriser le développement d'outils et structures de financement appropriés pour la réalisation des projets sous la forme de partenariat public-privé ;
- participer à l'élaboration et à la mise en œuvre des stratégies de formation et de renforcement des capacités des acteurs nationaux en matière de partenariats public-privé ;
- contribuer à identifier et à maîtriser les risques juridiques, financiers et budgétaires pour les autorités contractantes concernées ;
- favoriser le financement des projets de partenariat public-privé, notamment grâce à son expertise en matière de techniques de financement, d'ingénierie financière

des projets et de connaissance des acteurs nationaux et internationaux du financement des contrats de partenariat public-privé ;

- développer et partager, en collaboration avec l'autorité de régulation de la commande publique et la direction nationale du contrôle de la commande publique, les bonnes pratiques en mettant à la disposition des acteurs des partenariats public-privé des outils d'aide à la décision ;
- contrôler, à la demande des autorités contractantes, l'exécution des partenariats public-privé ;
- recevoir des autorités contractantes copies des contrats de partenariat public-privé et rapports en vue de la constitution d'une base de données ;
- nouer et entretenir des relations de collaboration avec les organismes régionaux et internationaux qui interviennent dans le domaine des partenariats public-privé.

Article 4 : Attributions en matière d'assistance et d'appui

L'Unité PPP, à la demande des autorités contractantes, est chargée de les assister au stade de la préparation et de la passation des contrats de partenariat public-privé pour :

- l'identification et la priorisation des projets de partenariat public-privé ;
- la structuration juridique et financière optimale des projets ;
- le choix des procédures de passation et l'élaboration des documents d'appel à la concurrence et des projets de contrats de PPP ;
- la conduite de ces procédures, y compris durant les phases de négociation jusqu'à leur signature ;

Elle est également chargée, à la demande des autorités contractantes, de leur apporter son concours dans le cadre de l'exécution des contrats de PPP, notamment :

- en cas de modification des contrats de PPP lors de la conclusion d'avenants ;
- pour la détermination, la mise en oeuvre des conditions de financement ou de refinancement ;
- dans le cadre du suivi et du contrôle de l'exécution des contrats de partenariat public-privé ;
- en matière de litiges.

Article 5 : Attributions en matière d'émission d'avis

En application de la loi relative aux contrats de partenariat public-privé, l'Unité PPP émet des avis sur :

- la cohérence globale du projet et sa conformité à la politique de l'Etat ;
- l'analyse des coûts/avantages du projet ;
- le taux de rentabilité économique du projet ;
- la compétitivité du mode de financement ;
- la répartition des risques entre les parties ;

- la structuration des contributions et garanties publiques éventuelles ;
- le potentiel de création d'emplois ;
- les modalités de transferts de technologie ;
- la qualité du montage contractuel et financier proposé ;
- les mesures de protection de l'environnement, de promotion du développement durable et du contenu local.

L'unité PPP peut faire appel à tout service de l'Etat ou à toute personne dont les services ou les compétences sont nécessaires pour l'accomplissement de ses missions. L'Unité PPP sollicite, le cas échéant, l'avis de l'autorité de régulation sectorielle concernée par le projet.

L'avis de l'unité PPP est motivé.

Lorsque la demande d'avis porte sur l'évaluation préalable, l'avis de l'Unité PPP intervient dans un délai maximum de quarante-cinq (45) jours calendaires à compter de a date de réception du dossier.

La validation de l'évaluation préalable s'accompagne d'une demande d'avis, auprès des services compétents du ministère chargé des finances ou le cas échéant, en collaboration avec les ministères sectoriels, portant sur :

- l'évaluation des implications budgétaires du projet ;
- l'analyse de sa soutenabilité sur les finances publiques ;
- les exonérations fiscales éventuelles du projet et leur impact sur les finances publiques ;
- l'assiette foncière du projet d'investissement, le cas échéant, ainsi que l'état des droits réels et charges afférentes de manière à permettre l'évaluation du coût de mise à disposition de l'emprise foncière nécessaire à l'exécution du projet.

Article 6 : Attributions en matière d'études et recommandations

L'Unité PPP assiste les autorités et administrations compétentes dans le cadre de la définition de la stratégie de développement des PPP.

Elle intervient dans l'élaboration des projets de textes législatifs et réglementaires concernant les PPP.

Article 7 : Attributions en matière de formation et actions de sensibilisation

L'Unité PPP, en collaboration avec l'autorité de régulation de la commande publique, conduit toute action de formation et de sensibilisation, destinée à permettre le renforcement des capacités en matière de partenariat public-privé des autorités contractantes, ou de tous acteurs des partenariats public-privé, au travers de :

- la diffusion de la doctrine et des meilleures pratiques dans le montage et la gestion des projets de partenariats public-privé ;

- la mise à la disposition des autorités contractantes d'outils d'aide à la décision, des modèles financiers, des canevas de matrices de risques, des cadres ou clauses contractuels standards.

Elle peut mettre en place des programmes de formation en collaboration avec les structures de formation et d'enseignement au plan national, régional ou international.

CHAPITRE III : RELATIONS AVEC LES AUTRES ORGANISMES

Article 8 : Relations de l'Unité PPP avec la direction nationale de contrôle de la commande publique

L'exercice, par l'Unité PPP, de ses missions de conseil et d'assistance dans la préparation, passation et l'exécution des contrats de partenariat public-privé est sans préjudice du contrôle a priori de la direction nationale de contrôle de la commande publique sur les procédures de passation et d'exécution des contrats de partenariat public-privé.

Sur demande de l'Unité PPP, la direction nationale de contrôle de la commande publique transmet à celle-ci, les éléments en sa possession relatifs aux procédures de passation des contrats de partenariat public-privé.

L'Unité PPP peut, à la demande de la direction nationale de contrôle de la commande publique, donner son avis dans le cadre du contrôle a priori des procédures de passation et d'exécution des contrats de partenariat public-privé.

L'Unité PPP peut également solliciter l'avis de la direction nationale de contrôle de la commande publique dans le cadre de ses missions.

Article 9 : Relations de l'Unité PPP avec l'autorité de régulation de la commande publique

L'Unité PPP reçoit copies des rapports des audits réalisés par l'autorité de régulation de la commande publique dans le cadre de ses missions.

L'Unité PPP et l'autorité de régulation de la commande publique peuvent mutualiser leurs moyens et entreprendre des actions communes en matière de formation et de sensibilisation sur des thématiques relatives aux partenariats public-privé.

L'Unité PPP collabore avec l'autorité de régulation de la commande publique et la direction nationale de contrôle de la commande publique pour l'élaboration des textes applicables aux partenariats publics-privés, des documents standards, des manuels de procédures ou des guides.

L'Unité PPP collabore également avec l'autorité de régulation de la commande publique dans le cadre du règlement des différends liés aux contrats de partenariat public-privé, ou lorsque celle-ci engage une procédure de sanctions.

Article10 : Relations de l'Unité PPP avec les autorités de régulation sectorielle

L'Unité PPP collabore, avec les autorités de régulation sectorielle lorsqu'un projet de partenariat public-privé est mis en œuvre dans un secteur régulé, en vue de s'assurer de la bonne prise en compte, par l'autorité contractante, de la réglementation sectorielle applicable.

Sur demande de l'Unité PPP, l'autorité de régulation sectorielle transmet à celle-ci, les documents et informations en sa possession relatifs aux projets réalisés en partenariat public-privé et mis en œuvre dans un secteur régulé.

L'Unité PPP collabore avec les autorités de régulation sectorielles pour des actions de sensibilisation et de formation sur des thématiques qui intéressent les secteurs régulés.

CHAPITRE IV : ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE L'UNITE PPP

Article 11 : Les organes de l'Unité PPP

Les organes de l'Unité PPP sont :

- le comité d'orientation et de décision ;
- la cellule opérationnelle.

SECTION 1ère : COMITE D'ORIENTATION ET DE DECISION

Article 12 : Missions et attributions

Le comité d'orientation et de décision définit les orientations générales de l'activité de l'Unité PPP et s'assure de leur exécution.

Il délibère et adopte :

- la stratégie nationale de développement des PPP ;
- le règlement intérieur ;
- l'organigramme de l'Unité PPP ;
- les avis sur l'évaluation préalable, la cohérence globale des projets PPP et leur conformité à la politique de l'État ;
- le rapport annuel d'activités ;
- les programmes d'activités ;
- le projet de budget ;
- les propositions de réforme ou d'évolution des textes législatif et réglementaire ;
- la charte d'éthique ;
- le manuel des procédures internes.

Article 13 : Composition

Le comité d'orientation et de décision est composé de neuf (9) membres comme suit :

- un (1) représentant du Président de la République ;
- un (1) représentant du Premier ministre ;
- un (1) représentant du ministère chargé de la promotion du secteur privé ;
- un (1) représentant du ministre chargé des finances ;
- un (1) représentant du ministre chargé de la planification ;
- un (1) représentant du ministre chargé de l'économie numérique ;
- un (1) représentant du ministre chargé de la promotion de l'investissement ;
- un (1) représentant du ministre chargé des collectivités territoriales ;
- le directeur général du trésor et de la comptabilité publique.

Le représentant du Président de la République assure la présidence du Comité d'orientation et de décision.

Les membres du Comité d'orientation et de décision sont nommés par décret du Président de la République.

Le Comité d'orientation peut faire appel à toute personne ressource ou expert dans le domaine dont le concours est utile à la réalisation de ses missions.

Article 14 : Fonctionnement

Le comité d'orientation et de décision se réunit au moins une fois par trimestre, sur convocation de son président qui en fixe l'ordre du jour.

Il peut se réunir chaque fois que de besoin.

Le Président peut inviter aux réunions du comité d'orientation et de décision, avec voix consultative, toute personne dont la compétence ou l'avis est jugé utile pour l'examen d'un sujet inscrit à l'ordre du jour.

Le coordonnateur de la cellule opérationnelle est rapporteur des réunions du comité d'orientation et de décision. A ce titre, il assiste aux travaux du comité avec voix consultative.

Article 15 : Délibération

Le comité d'orientation et de décision ne peut valablement délibérer que si la majorité de ses membres est présente. Si le quorum n'est pas atteint, le comité d'orientation et de décision est à nouveau convoqué avec le même ordre du jour, dans un délai raisonnable. Dans ce cas, il délibère quel que soit le nombre des membres présents.

Article 16 : Prise de décision

Les decisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés. En cas de partage des voix, celle du Président est prépondérante.

Article 17 : Président du comité d'orientation et de décision

Le Président du comité veille à l'exécution des délibérations et décisions du Comité.

Le Président du comité rend compte au Président de la République des activités de l'unité PPP.

Article 18 : Indemnités et avantages du comité d'orientation et de décision

Les membres du comité d'orientation et de décision perçoivent des indemnités et avantages forfaitaires fixés par arrêté du ministre chargé des finances.

SECTION II : CELLULE OPÉRATIONNELLE

Article 19 : Missions

La cellule opérationnelle est l'organe chargé du fonctionnement opérationnel de l'Unité PPP.

Elle est chargée d'exécuter les missions de l'unité PPP.
A ce titre, elle :

- élabore le projet de stratégie nationale de développement des contrats de PPP
- propose au comité d'orientation et de décision toute réforme ou évolution des textes législatifs et réglementaires ou des procédures administratives qui se rapportent aux contrats de partenariat public-privé ;
- élabore des normes relatives aux spécifications techniques ainsi qu'au système de management de la qualité applicable aux contrats de partenariat public-privé ;
- favorise le développement d'outils et structures de financement appropriés pour la réalisation des projets de partenariat public-privé ;
- participe à l'élaboration et à la mise en oeuvre des stratégies de formation et de renforcement des capacités des acteurs nationaux en matière de partenariats public-privé ;
- contribue à identifier et à maîtriser les risques jurldiques, financiers et budgétaires pour les autorités contractantes concernées ;
- participe à la recherche du financement des projets de partenariat public-privé, notamment grâce à son expertise en matière de techniques de financement, d'ingénierie financière des projets et de connaissance des acteurs nationaux et internationaux du financement des contrats de partenariat public-privé ;
- promeut et vulgarise les bonnes pratiques contractuelles ;

- gère une base de données des informations sur les contrats de partenariat public-privé ;
- assiste les autorités contractantes en matière de structuration juridique, de choix des procédures de passation, d'élaboration des documents d'appel à la concurrence, de rédaction des projets de contrats de partenariat public-privé ;
- apporte son concours aux autorités contractantes dans le cadre de l'exécution des contrats de PPP en cas de modification des contrats de partenariat public-privé et dans le cadre du règlement des litiges ;
- prépare des projets d'avis sur l'évaluation préalable, la cohérence globale des projets PPP et leur conformité à la politique de l'État ;
- émet des avis sur la qualité et la pertinence des solutions techniques proposées, les coûts/avantages, le taux de rentabilité économique, la compétitivité du mode de financement, la répartition des risques entre les parties, le potentiel de création d'emplois ;
- évalue les modalités de transferts de technologie ;
- analyse la qualité du montage contractuel et financier proposé, ainsi que les mesures de protection de l'environnement, de promotion du développement durable et du contenu local.

Article 20 : Organisation et fonctionnement

La cellule opérationnelle est composée ainsi qu'il suit :

- un coordonnateur ;
- des pôles d'expertises.

Article 21 : Coordonnateur

La cellule opérationnelle est placée sous la responsabilité d'un coordonnateur.

Le coordonnateur est chargé de la gestion administrative de l'Unité PPP.

A ce titre, il :

- coordonne et supervise les activités des pôles d'expertises ;
- prépare et transmet des avis et documents au Président du comité d'orientation et de décision ;
- notifie les décisions et avis de l'Unité PPP aux destinataires ;
- prépare les réunions du comité d'orientation et de décision et en assure le secrétariat;
- prépare le projet de budget de l'Unité PPP ;
- prépare la passation et assure le suivi de l'exécution des contrats, conventions et marchés publics de l'Unité PPP ;

- élabore et met en œuvre la stratégie de communication interne et externe de l'unité PPP ;
- élabore le cadre organique des emplois et la définition des profils de poste des agents de l'Unité PPP ;
- assure la gestion prévisionnelle des effectifs et le suivi de la situation administrative des agents de l'unité PPP.

Le coordonnateur est nommé par décret du Président de la République.

Article 22 : Rémunération et avantages du coordonnateur

La rémunération et les avantages du coordonnateur sont fixés par arrêté du ministre chargé des finances, sur proposition du comité d'orientation et de décision.

Article 23 : Pôles d'expertise

L'organisation repose sur les grands domaines d'expertise d'intervention de l'Unité PPP.

Les pôles d'expertise sont chargés, sous l'autorité du coordonnateur, des activités d'expertise, de conseil et opérationnelle de l'Unité PPP en matière de structuration juridique et financière des contrats de PPP. Ils sont notamment chargés de :

- concevoir et de mettre en œuvre les actions de l'Unité PPP dans les domaines prévus aux articles 3 à 5 du présent décret ;
- remplir la fonction de conseil et d'expertise de l'Unité PPP auprès des autorités contractantes ;
- élaborer les programmes et rapports de l'Unité PPP, notamment le rapport annuel d'activités ;
- organiser le dialogue avec les partenaires financiers de l'Etat dans le domaine des PPP.

Article 24 : L'organisation et le fonctionnement des pôles sont déterminés par décision du comité d'orientation et de décision sur proposition du coordonnateur.

CHAPITRE V : LES RESSOURCES DE L'UNITE PPP

Article 25 : Les ressources financières de l'Unité PPP

Les crédits nécessaires à l'accomplissement de la mission de l'Unité PPP et à son fonctionnement sont inscrits au budget de la Présidence de la République.

L'Unité PPP bénéficie également :

- d'une quote-part de la redevance de régulation du système des contrats de partenariat public-privé ;
- d'une quote-part des produits de cession des dossiers d'appels à la concurrence ;
- des appuis et subventions des partenaires techniques et financiers.

Article 26 : Ressources humaines

Le personnel de l'Unité PPP peut comprendre :

- les agents publics fonctionnaires ;
- les contractuels recrutés sur la base de critères objectifs de qualification académique, professionnelle et d'expérience.

L'Unité PPP peut recourir à des experts recrutés pour satisfaire des besoins opérationnels.

L'Unité PPP peut bénéficier de l'assistance technique d'organismes ou d'institutions spécialisées.

Les avantages du personnel de l'Unité PPP sont déterminés par arrêté du ministre chargé des finances sur proposition du coordonnateur, après avis du comité d'orientation et de décision.

CHAPITRE VI :DISPOSITIONS DIVERSES ET FINALES

Article 27 : Ethique et déontologie

Le personnel de l'Unité PPP est soumis aux lots et règlements en vigueur en matière d'éthique et de déontologie dans la commande publique.

Article 28 : Rapport d'activités annuel

L'Unité PPP établit chaque année un rapport d'activités à l'attention du président de la République, du Premier ministre, du ministre chargé des finances, du ministre chargé de la promotion de l'investissement et du ministre chargé de la promotion du secteur privé.

Le rapport annuel d'activités de l'Unité PPP comprend, entre autres :

- une synthèse des avis émis ;
- la liste des contrats de partenariat public-privé conclus et une synthèse de leurs caractéristiques ;
- des informations sur l'efficacité et la fiabilité du cadre de passation, d'exécution des contrats de partenariat public-privé ;
- des recommandations susceptibles d'améliorer le système des contrats de partenariat public-privé ;
- une description des recours et litiges ;
- des propositions d'éventuelles évolutions des textes.

Le rapport d'activités peut être publié sur le site de l'Unité PPP.

Article 29 : Exécution

Le ministre de l'économie et des finances, le ministre de la promotion de l'investissement et le ministre chargé du commerce, de l'industrie et de la consommation locale sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret qui sera publié au Journal officiel de la République togolaise.

Fait a Lomé, le 11 MAI 2022

Le Président de la République

SIGNE

Faure Essozimna GNASSINGBE

Le Premier ministre

SIGNE

Victoire TOMEGAH-DOGBE

Le ministre de la promotion de l'investissement

SIGNE

Kayi MIVEDOR

Le ministre de l'économie et des finances

SIGNE

Sani YAYA

Le ministre du commerce, de l'industrie et de la consommation locale

SIGNE

Sévon-Tépe Kodjo ADEDZE

Pour ampliation,
Le Secrétaire Général
de la Présidence de la République

Ablamba Ahoéfavi JOHNSON



ARCOP

Autorité de Régulation
de la Commande Publique

Numero vert

80 00 88 88

Bd GNASSINGBE EYADEMA, Immeuble SANLAM ,
6ème et 7ème étages, BP 12484 Lomé - Togo