Art. 31 : Dispositions relatives à l'exécution du budget de l'Etat

Les ordonnateurs exécutent le budget de l'Etat ou des autres organismes publics dans les conditions définies par la loi organique n° 2014-013 du 27 juin 2014 relative aux lois de finances et aux dispositions règlementaires en vigueur.

Ces opérations concernent les recettes, les dépenses et le patrimoine. Elles sont retracées dans la comptabilité budgétaire tenue par les ordonnateurs.

Le ministre chargé des finances est responsable de l'exécution de la loi de finances et du respect de l'équilibre budgétaire et financier, de la centralisation des opérations budgétaires des ordonnateurs, en vue de la reddition des comptes relatifs à l'exécution des lois de finances. A ce titre, il dispose d'un pouvoir de régulation budgétaire qui lui permet, au cours de l'exécution du budget :

- d'annuler un crédit devenu sans objet au cours de l'exercice ;
- d'annuler un crédit pour prévenir une détérioration de l'équilibre budgétaire et financier de la loi de finances.

Les présidents d'institutions et les ministres ne peuvent accroître, par aucune ressource particulière, le montant des crédits de leurs programmes ou dotations.

Tout agent d'un organisme public, qui engage les dépenses en dépassement des crédits ouverts, qui exécute une dépense sans engagement préalable visé par le Contrôleur financier, est personnellement et pécuniairement responsable de son acte sans préjudice des sanctions administratives et judiciaires, conformément aux dispositions règlementaires en vigueur.

La date limite des engagements, au titre des ressources internes, est impérativement fixée au 20 novembre 2022, à l'exception des états de salaires, des décomptes de travaux, des factures, des mémoires des travaux ou de prestations exécutées sur marchés pour lesquels la date limite des engagements est fixée au 10 décembre 2022.

Art. 32 : Dispositions relatives à la déconcentration des services

Les contrôleurs financiers délégués relèvent du ministre chargé des finances et sont nommés par celui-ci auprès des ordonnateurs. Ils sont chargés du contrôle a priori des opérations budgétaires.

Ils donnent des avis sur la qualité de la gestion des ordonnateurs et sur la performance des programmes.

Il est rattaché à chaque ministère ou institution de la République, une trésorerie ministérielle ou trésorerie institutionnelle. Les trésoreries ministérielles et trésoreries institutionnelles, relevant du ministère en charge des finances, ont pour mission le paiement des dépenses des ministères ou institutions, la tenue de la comptabilité, le transfert des recettes au receveur général de l'Etat ainsi que la tutelle fonctionnelle des régies d'avances des ministères ou institutions.

Art. 33 : Dispositions relatives aux marchés publics

Les marchés des départements ministériels et des institutions constitutionnelles seront approuvés par les ordonnateurs conformément aux dispositions règlementaires en vigueur.

TITRE III

DISPOSITIONS FINALES

Art. 34 : La clôture du budget de l'Etat pour l'exercice 2022 est fixée au 31 décembre 2022**.**

Art. 35 : La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Lomé, le 31 décembre 2021

Le Président de la République

Faure Essozimna GNASSINGBE

Le premier ministre

Victoire Sidémého TOMEGAH-DOGBE

LOI N° 2021-033 DU 31 DECEMBRE 2021 RELATIVE AUX MARCHES PUBLICS

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

TITRE Ier : 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 opérateurs 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 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.

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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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

Art. 27 : **Paiement**

Le paiement d'un marché public est effectué après constatation du service fait et conformément aux dispositions contractuelles.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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

Art. 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.

Art. 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

Art. 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 1re : Recours devant l'autorité contractante

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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

Art. 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.

Art. 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

Art. 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.

Art. 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

Art. 51 : 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) 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**.**

Art. 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

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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

Art. 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.

Art. 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

Art. 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.

Art. 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 des candidats à la procédure de passation.

Ils sont communément disponibles et compatibles avec les technologies de l'information et de la communication généralement utilisées.

Art. 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.

Art. 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

Art. 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.

Art. 65 : Modalités d'application

Des actes réglementaires déterminent les modalités d'application de la présente loi.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 68 : Exécution

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Lomé, le 31 décembre 2021

Le Président de la République

Faure Essozimna GNASSINGBE

Le Premier ministre

Victoire Sidémého TOMEGAH-DOGBE

LOI N° 2021-034 DU 31 DECEMBRE 2021 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.

Art. 2 : Définitions

Aux termes de la présente loi, on attend 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 retenu 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 :