UNION ECONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST AFRICAINE

Le Conseil des Ministres

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°04/2005/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°04/2005/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 lUEMOA 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