

BURKINA FASO

Unité- Progrès - Justice

DECRET N° 2008 - 173 /PRES/PM/MEF
portant réglementation générale des marchés
publics et des délégations de service public.

LE PRESIDENT DU FASO,
PRESIDENT DU CONSEIL DES MINISTRES

Visa CF N° 0138
15-04-08

- VU la Constitution ;
VU le décret n°2007-349/PRES du 04 juin 2007 portant nomination du Premier Ministre ;
VU le décret n°2007-381/PRES/PM du 10 juin 2007 portant composition du gouvernement ;
VU le décret 2007-424/PRES/PM/SGG-CM du 13 juillet 2007 portant attributions des membres du Gouvernement ;
VU la directive n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire Ouest Africaine (UEMOA) ;
VU la directive n°05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire Ouest Africaine (UEMOA) ;
VU le traité pour l'Organisation et l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) signé à Port-Louis le 17 octobre 1993 ;
VU la loi n°006-2003/AN du 24 janvier 2003 relative aux lois de finances ;
VU la loi n°025/99/AN du 16 novembre 1999 portant réglementation générale des sociétés à capitaux publics ;
Vu la loi n°055-2004/AN du 21 décembre 2004 portant code général des collectivités territoriales au Burkina Faso ;
VU le décret n°2007-243/PRES/PM/MFB du 09 mai 2007 portant création attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation des marchés publics ;
Sur rapport du Ministre de l'économie et des finances ;
Le Conseil des ministres entendu en sa séance du 20 décembre 2007 ;

DECRETE

TITRE I : DES DISPOSITIONS GENERALES

CHAPITRE PRELIMINAIRE : DE LA TERMINOLOGIE ET DES PRINCIPES GENERAUX DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Section 1 : Du vocabulaire de la commande publique

Article 1 :

Aux termes du présent décret, on entend par :

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

- 2 - Affermage : la délégation de service public par laquelle l'autorité contractante charge le fermier, personne publique ou privée, de l'exploitation d'ouvrages qu'elle a acquis préalablement afin que celui-ci assure la fourniture d'un service public, le fermier ne réalisant pas les investissements initiaux.
- 3 - Attributaire : le soumissionnaire dont l'offre a été retenue avant l'approbation du marché.
- 4 - Autorité contractante : la personne morale de droit public ou de droit privé à savoir, l'Etat, les établissements publics de l'Etat, les collectivités territoriales, les sociétés d'Etat, les sociétés à participation publique majoritaire, les organismes de droit public, les personnes privées agissant en vertu d'un mandat au nom et pour le compte d'une personne publique, signataire d'un marché public ou d'une délégation de service public.
- 5 - Autorité délégante : l'autorité contractante ci-dessus définie au point 4 du présent article, cocontractante d'une délégation de service public.
- 6 - 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 marché ou de délégation de service public.
- 7 - Candidature : l'acte par lequel le candidat manifeste un intérêt à participer, sans que cet acte ne l'engage ni ne lui impose d'obligations vis-à-vis de l'autorité contractante.
- 8 - Concession de service public : le mode de gestion contractuelle d'un service public dans le cadre duquel un opérateur privé ou public, le concessionnaire, est sélectionné conformément aux dispositions du présent décret. Elle se caractérise par le mode de rémunération du concessionnaire qui est substantiellement assuré par les résultats de l'exploitation et la prise en charge des investissements initiaux et des gros œuvres par le concessionnaire. Il est reconnu au concessionnaire le droit d'exploiter l'ouvrage à titre onéreux pendant une durée déterminée.
- 9 - Commande publique : toutes les formes d'acquisition de biens, services, prestations au profit des collectivités publiques, à savoir notamment le marché public et la délégation de service public.
- 10 - Commission d'Attribution des Marchés (CAM): la commission d'ouverture des plis, d'évaluation des offres et d'attribution des marchés ;
- 11 - Commission de Règlement Amiable des Litiges (CRAL) : l'instance établie auprès de l'Autorité de régulation des marchés publics, chargée de statuer sur les irrégularités et les recours relatifs à la passation et à l'exécution des marchés publics, des délégations de service public et à l'interprétation des dispositions du présent décret.

12 - Contrôle technique : les actes posés par un contrôleur en vue de l'amélioration de la qualité des constructions.

Le contrôleur technique intervient à la demande du maître d'ouvrage à qui il donne son avis sur les questions d'ordre technique concernant la solidité, la stabilité de l'ouvrage et la sécurité des personnes et des biens.

13 - Déléataire : la personne morale de droit privé ou de droit public signataire d'une délégation de service public et à laquelle l'Autorité délégante confie, conformément aux dispositions du présent décret, l'exploitation d'un service public avec ou sans prestations complémentaires.

14 - Délégation de service public : le contrat administratif écrit par lequel une des personnes morales de droit public ou de droit privé visées respectivement aux articles 5 et 6 du présent décret confie la gestion d'un service public relevant de sa compétence à un déléataire dont la rémunération est liée ou substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service. Au sens du présent décret, les délégations de service public comprennent les régies intéressées, les affermage de service public, ainsi que les concessions de service public, qu'elles soient associées ou non à l'exécution d'un ouvrage.

15 - Demande de cotations : la procédure de mise en concurrence simplifiée que l'on peut utiliser pour les marchés publics d'un montant inférieur à un million (1.000.000) de FCFA. La forme écrite de la procédure de demande de cotations n'est pas obligatoire.

16 - Demande de prix : la procédure de mise en concurrence accélérée que l'on peut utiliser pour les marchés publics d'un montant inférieur à vingt millions (20 000 000) de FCFA. La procédure de demande de prix revêt la forme écrite et la publicité de l'avis est limitée à une insertion dans la revue des marchés publics.

17 - Dématérialisation : la création, l'échange, l'envoi, la réception ou la conservation d'informations ou de documents par des moyens électroniques ou optiques, ou des moyens comparables, notamment, mais non exclusivement, l'Echange de Données Informatisées (EDI) ou la messagerie électronique.

18 - Entreprise communautaire : l'entreprise dont le siège social est situé dans un Etat membre de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

19 - Direction Générale des Marchés Publics (DGMP) : la Direction rattachée au Ministère en charge du budget, chargée du contrôle a priori de la procédure de passation des marchés publics et des délégations de service public.

20 - Maître d'Ouvrage Délégué (MOD) : la personne morale de droit public ou de droit privé qui est le représentant du maître d'ouvrage dans

l'exécution de ses missions et qui reçoit, à cet effet, mandat dans le cadre d'une convention de maîtrise d'ouvrage déléguée aménagée à l'article 65 du présent décret.

21 - Maître d'ouvrage : la personne morale de droit public ou de droit privé visée à l'article 5 du présent décret qui est le propriétaire final de l'ouvrage ou de l'équipement technique, objet du marché.

22 - Marchés publics : des contrats administratifs écrits conclus à titre onéreux par une Autorité contractante visée aux articles 5 et 6 du présent décret avec des entités privées ou publiques pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

23 - Marché public de type mixte : le marché relevant d'une des quatre catégories mentionnées aux points 24, 25, 26 et 27 du présent article et pouvant comporter, à titre accessoire, des éléments relevant d'une autre catégorie. Les procédures de passation et d'exécution des marchés publics devront prendre en compte les spécificités applicables pour chaque type d'acquisition.

24 - 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.

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

26 - Marché public de services : le marché qui n'est ni un marché de travaux ni un marché de fournitures. Il comprend également le marché de prestations intellectuelles, c'est-à-dire le marché de services dont l'élément prédominant n'est pas physiquement quantifiable.

27 - Marché public de prestations intellectuelles : le marché qui n'est ni un marché de travaux ni un marché de fournitures ni un marché de services courants et dont l'élément prédominant n'est pas physiquement quantifiable.

28 - Marchés à ordres de commande : des formes particulières de marchés à prix unitaires qui déterminent la nature et le prix des fournitures. Le marché s'exécute par des émissions d'ordres de commandes successifs selon les besoins. Chaque ordre de commande définit en application des stipulations du marché, les éléments qui n'ont pu être spécifiés dans les pièces constitutives antérieures. Le marché fixe la durée pendant laquelle les ordres de commande peuvent être notifiés. Le marché à ordres de commande dont la durée ne saurait excéder une (1) année renouvelable une fois, indique les limites maximales et minimales de la prestation globale à

fournir, ces limites pouvant être exprimées soit en quantité, soit en valeur. L'autorité contractante s'engage sur le minimum et le cocontractant s'engage sur le maximum. Cette durée ne peut être supérieure à la durée d'utilisation des crédits budgétaires disponibles. Elle est en tout état de cause limitée à deux (2) ans. Il est recouru au marché à ordres de commande pour couvrir des besoins courants annuels de fournitures et services courants, notamment les services d'entretien routier, dont il n'est pas possible au début de l'année de prévoir l'importance exacte, ou bien qui excèdent les possibilités de stockage. Les dispositions relatives à l'appel d'offres aménagées des articles 57 à 61 du présent décret sont applicables à la passation du marché à ordres de commande. Leur reconduction doit se faire sur la base des quantités nécessaires prévues à l'année précédant immédiatement celle de la reconduction du marché et soumise à l'autorisation de la direction générale des marchés publics.

29 - Moyen électronique : le moyen utilisant des équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et utilisant la diffusion, l'acheminement et la réception par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.

30 - Offre : l'ensemble des éléments techniques et financiers inclus dans le dossier de soumission.

31 - L'offre économiquement la plus avantageuse : l'offre retenue à l'issue d'une évaluation faite à partir de la combinaison de critères techniques et de critères financiers qui peuvent être pondérés.

32 - Organisme de droit public : l'organisme, créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, doté de la personnalité juridique, et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

33 - Ouvrage : le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. Il peut comprendre notamment des opérations de construction, de reconstruction, de démolition, de réparation ou de rénovation, tels que la préparation du chantier, les travaux de terrassement, l'érection, la construction, l'installation d'équipement ou de matériel, la décoration et la finition ainsi que les services accessoires aux travaux si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des travaux eux-mêmes.

34 - Pays d'établissement stable : le pays d'établissement des personnes morales.

35 - Pays de base fixe : le pays de résidence des personnes physiques.

36 - Personne Responsable des Marchés (PRM): le représentant dûment mandaté par l'autorité contractante pour la représenter dans la passation et dans l'exécution du marché.

37 - Régie intéressée : la convention de délégation par laquelle l'autorité contractante finance elle-même l'établissement d'un service, mais en confie la gestion à une personne privée ou publique qui est rémunérée par l'autorité contractante tout en étant intéressée aux résultats que ce soit au regard des économies réalisées, des gains de productivité ou de l'amélioration de la qualité du service.

38 - Soumission : l'acte d'engagement écrit au terme duquel un soumissionnaire fait connaître ses conditions et s'engage à respecter les cahiers des charges applicables.

39 - 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.

40 - Sous-commission Technique (SCT): un comité chargé de l'évaluation des offres techniques et financières.

41 - Titulaire : la personne physique ou morale, attributaire, dont le marché conclu avec l'autorité contractante, conformément au présent décret a été approuvé.

Section 2 : Des principes de la commande publique

Article 2 : Les procédures de passation des marchés publics et des délégations de service public, quel qu'en soit le montant, sont soumises aux quatre (4) principes généraux suivants :

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

Sous réserves des dispositions visées aux articles 103 à 106 du présent décret relatives aux préférences, il est interdit toute mesure ou disposition fondée sur la nationalité des candidats et soumissionnaires de nature à constituer une discrimination à leur encontre ou à leur profit.

La participation d'un soumissionnaire qui est un organisme de droit public à une procédure de passation d'un marché public ou de délégations de service

public ne doit avoir ni pour objet ni pour effet de causer des distorsions de concurrence vis-à-vis de soumissionnaires privés.

Le lancement d'une procédure de passation d'un marché public ou d'une délégation de service public est subordonné à l'existence de crédits budgétaires suffisants, à l'autorisation de programme lorsque la couverture financière est reconnue et au respect des règles organisant les finances publiques.

Article 3 : Les prix mentionnés dans les marchés sont réputés couvrir toutes les dépenses qui sont la conséquence nécessaire et directe des travaux, fournitures ou services. Ils prennent en compte notamment les impôts, droits et taxes applicables sauf lorsqu'ils sont exclus du prix du marché en vertu du terme de commerce retenu. Les prix sont réputés assurer au titulaire un bénéfice.

Les droits de timbre et d'enregistrement ainsi que les taxes pour services rendus auxquels peuvent donner lieu les marchés sont à la charge du titulaire du marché.

Article 4 : Les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont, soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires, soit une combinaison des deux, soit sur dépenses contrôlées.

1) Le marché à prix unitaire est celui où le règlement est effectué en appliquant les prix unitaires du bordereau aux quantités réellement livrées ou exécutées. Le bordereau de prix constitue une pièce contractuelle non susceptible de modification sous réserve de l'application des articles 131 et suivants du présent décret.

2) Le marché à prix global forfaitaire est celui qui rémunère le titulaire pour un ensemble de prestations définies au marché sous réserve que celles-ci soient déterminées avec précision au moment de la conclusion dudit marché.

3) Le marché sur dépenses contrôlées est celui dans lequel des dépenses réelles et contrôlées du titulaire, notamment main d'oeuvre, matériaux, matières consommables, location de matériel, transports pour l'exécution d'un travail déterminé lui sont intégralement remboursées, affectées de coefficients de majoration justifiés permettant de couvrir les frais généraux et le bénéfice.

CHAPITRE I : DU DOMAINE D'APPLICATION DU DROIT DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Section 1 : Des Autorités contractantes

Article 5 : Les dispositions du présent décret s'appliquent aux marchés publics et délégations de service public conclus par l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, les agences et personnes morales assimilées à la qualité d'organisme de droit public telle que définie à l'article 1er point 32, bénéficiant notamment du concours financier ou de la garantie de l'Etat, les sociétés d'Etat, les sociétés à participation financière publique majoritaire et les associations formées par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public.

L'Assemblée législative et les missions diplomatiques et consulaires du Burkina Faso à l'étranger sont également soumises aux dispositions du présent décret.

Article 6 : Les dispositions du présent décret s'appliquent également :

- aux marchés et délégations de service public passés par les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'une personne morale de droit public, d'une société d'Etat, d'une société à participation financière publique majoritaire, d'un organisme de droit public ou d'une association formée par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public ;
- aux marchés et délégations de service public passés par des personnes de droit privé, ou des sociétés d'économie mixte, lorsque ces marchés bénéficient du concours financier et/ou de la garantie de l'Etat ou d'une des personnes morales de droit public mentionnées à l'article 5 du présent décret.

Article 7 : Lorsqu'une Autorité contractante octroie à une autre entité des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public, l'acte par lequel ce droit est octroyé prévoit que l'entité concernée doit respecter, pour les marchés publics qu'elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité, les dispositions du présent décret.

Article 8 : Les dispositions du présent décret s'appliquent aux marchés publics passés dans le cadre d'une coordination ou d'un groupement de commandes publiques, ou passés par une centrale d'achat qui acquiert des fournitures et/ou des services destinés à des Autorités contractantes, ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des Autorités contractantes.

Section 2 : Des contrats de commande publique soumis au présent décret

Article 9 : Le présent décret s'applique aux procédures de passation, d'exécution, de règlement, de contrôle et de régulation des marchés publics et des délégations de service public au Burkina Faso, mises en oeuvre par les Autorités contractantes et les Autorités délégantes visées respectivement en ses articles 5 et 6 ci-dessus quelle que soit leur source de financement.

Article 10 : Les marchés publics et délégations de service public financés par des ressources extérieures sont soumis aux dispositions du présent décret, dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux dispositions des accords de financement.

Article 11 : Le présent décret ne s'applique pas aux marchés de travaux, de fournitures et de services et aux délégations de service public, lorsqu'ils concernent des besoins de défense et de sécurité nationales exigeant le secret ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat est incompatible avec des mesures de publicité.

Section 3 : Des seuils

Article 12 : Le présent décret s'applique aux marchés publics qui n'en sont pas exclus en vertu de l'article 11 ci-dessus relatif aux marchés concernant les besoins de défense et de sécurité nationales dans les conditions ci-après.

1) Les marchés publics sont passés par les procédures de l'appel d'offres ouvert ou en deux étapes aménagées aux articles 58 à 61 du présent décret lorsque le montant financier prévisionnel estimé en toutes taxes comprises (TTC) est égal ou supérieur à vingt millions (20.000.000) F CFA ;

2) La lettre de commande est un marché public établi par les personnes citées aux articles 5 et 6 dont le montant financier prévisionnel estimé en toutes taxes comprises (TTC) est égal ou supérieur à un million (1.000.000) F CFA et inférieur à vingt millions (20.000.000) F CFA. Elle est passée suivant la procédure des demandes de prix définie à l'article 1er point 16 du présent décret et aménagée à l'article 67 ;

3) Le bon de commande est un marché public établi par les personnes citées à l'article 5 et 6 du présent décret dont la valeur prévisionnelle estimée en toutes taxes comprises (TTC) est inférieure à un million (1.000.000) FCFA. Il est passé suivant la procédure de demande de cotations, définie à l'article 1er point 15 du présent décret et aménagée à l'article 68.

Article 13 : Lorsqu'il est fonction d'un seuil, le choix de la procédure applicable, est déterminé dans les conditions suivantes, quel que soit le nombre de prestataires auxquels il est fait appel :

- en ce qui concerne les travaux, est prise en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une opération de travaux portant sur un ou plusieurs ouvrages. Il y a opération de travaux lorsque le maître d'ouvrage prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limités, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique, économique ou comptable. La délimitation d'une catégorie homogène de travaux ne doit avoir ni pour objet ni pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent décret;
- en ce qui concerne les fournitures et les services, est prise en compte la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit, en raison de leurs caractéristiques propres, soit, parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle. La délimitation d'une catégorie homogène de fournitures ou de services ne doit avoir ni pour objet ni pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent décret ;

Les prestations homogènes sont des biens de même nature ou appartenant à une même famille. Le caractère homogène des prestations de fournitures, ainsi que celui des prestations de services est apprécié par les Autorités contractantes par référence à une nomenclature définie par l'Autorité de régulation des marchés publics.

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

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

CHAPITRE II : DU CADRE INSTITUTIONNEL DE LA PASSATION DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Article 14 : Les organes et personnes intervenant dans la chaîne de passation et de gestion des marchés publics et des délégations de service public sont :

- la Personne responsable du marché (PRM) ;
- les Commissions d'attribution des marchés (CAM);
- les Commissions de réception (CR) ;
- la Direction générale des marchés publics (DGMP);
- l'Autorité de régulation des marchés publics (ARMP).

Section 1 : Des organes de gestion des marchés publics et des délégations de service public

Paragraphe 1 : De la personne responsable du marché

Article 15 : L'autorité contractante mandate une Personne responsable du marché chargée de mettre en œuvre les procédures de passation et de suivre l'exécution des marchés et délégations de service public.

La personne responsable du marché est chargée de tous les actes matériels liés à la procédure de passation, partant de la définition des besoins concrétisés par les plans de passation des marchés et délégations de service public jusqu'à l'approbation du choix du cocontractant et du suivi de l'exécution.

Article 16 : La personne responsable des marchés est désignée par décision de l'autorité contractante dans les conditions ci-après :

- pour les départements ministériels : le choix de la personne responsable des marchés au sein du département appartient à chaque ministre ;
- pour les autres institutions étatiques et parapubliques : le président d'institution désigne la personne responsable des marchés ;
- pour les collectivités territoriales : selon les cas, le président du conseil régional, ou le maire désigne la personne responsable des marchés ;
- pour les établissements publics : le directeur général a la charge de la désignation de la personne responsable des marchés ;
- pour les entités ayant la qualité d'organisme de droit public et soumises à ce titre au présent décret en vertu de l'article 1er point 32 : il incombe au Directeur général la charge de la désignation de la personne responsable des marchés.

Pour les départements ministériels et les institutions, la personne responsable des marchés est placée auprès du secrétariat général. Au regard de l'importance des contrats passés par un département ministériel ou une institution, la Personne responsable des marchés peut être érigée en direction de service.

Paragraphe 2 : Des Commissions d'attribution des marchés de l'Etat

Article 17 : Au sein de chaque maître d'ouvrage central, déconcentré ou décentralisé, est créée une Commission d'attribution des marchés publics.

La commission d'attribution des marchés publics est chargée de procéder à l'ouverture des plis, d'effectuer l'examen des candidatures, d'évaluer les offres ou proposer des candidats ou soumissionnaires et de proposer l'attributaire provisoire du marché.

Article 18 : Les commissions d'attribution des marchés, doivent présenter toutes les garanties de professionnalisme et d'indépendance. Elles peuvent avoir recours à toute expertise dont elles jugeront nécessaire.

Des personnes qualifiées peuvent être désignées par la direction générale des marchés publics en qualité d'observateurs pour contrôler les opérations d'ouverture des plis et d'évaluation des offres.

Les membres de la commission d'attribution des marchés et toutes personnes participant à ses séances sont tenus au principe de confidentialité des débats.

La commission d'attribution des marchés se réunit sans quorum sur convocation écrite de son président au jour et heure indiqués. Toutefois, elle ne peut valablement délibérer qu'en présence d'au moins 2/3 de ses membres.

Les règles de fonctionnement des Commissions d'attribution des marchés sont fixées par arrêté du ministre en charge du budget.

Article 19 : Pour les appels à la concurrence, la commission d'attribution des marchés de l'Etat est composée comme suit :

Président : la Personne responsable des marchés du ministère ou de l'institution;

Rapporteur : le gestionnaire de crédits concerné ou le chef de projet ou leurs représentants ;

Membres :

- un représentant du service bénéficiaire s'il y a lieu ;
- un représentant du ministère technique s'il y a lieu ;
- un représentant de la direction générale du budget.

Observateurs :

- un représentant de la Présidence du Faso ;
- un représentant du premier ministère ;
- un représentant de la direction générale du contrôle financier ou le contrôleur financier du Ministère de la défense;
- un représentant du bailleur de fonds, s'il y a lieu ;
- un représentant du maître d'oeuvre s'il y a lieu ;
- un représentant de la direction générale des marchés publics.

Pour la procédure de demande de cotations aménagée à l'article 68 du présent décret, la mise en place d'une commission d'attribution des marchés n'est pas obligatoire.

Paragraphe 3: Des autres Commissions d'Attribution des Marchés

Article 20 : Les marchés publics des personnes morales de droit public autres que l'Etat sont soumis aux commissions prévues dans les articles ci-après. Ces commissions sont chargées du dépouillement des offres de leur analyse, de la formulation des propositions d'attribution des marchés.

Article 21 : Lorsque le financement est assuré par les crédits délégués de l'Etat, la Commission régionale d'attribution des marchés (CRAM) est composée comme suit :

Président : le secrétaire général de la région ou son représentant

Rapporteur : le représentant du service financier de la région;

Membres :

- un représentant du service technique régional compétent ;
- un représentant du service régional du budget.

Observateurs :

- le contrôleur financier compétent ;
- un représentant du bailleur de fonds s'il y a lieu ;
- un représentant du consultant s'il y a lieu ;
- un représentant de la direction générale des marchés publics.

Article 22 : Lorsque le financement est assuré par le budget du Conseil régional, la commission est composée comme suit :

Président : le secrétaire général du conseil régional ou son représentant ;

Rapporteur : le représentant du service financier de la région ;

Membres :

- un représentant du service technique compétent ;
- un représentant du service bénéficiaire de la région.

Observateurs :

- un représentant du bailleur de fonds s'il y a lieu ;
- le contrôleur financier compétent ;
- un représentant du consultant s'il y a lieu ;
- un représentant de la direction générale des marchés le cas échéant.

Article 23 : Lorsque le financement est assuré par les crédits délégués de l'Etat, la Commission provinciale d'attribution des marchés (CPAM) est composée comme suit :

Président : le secrétaire général de la province ou son représentant ;

Rapporteur : un représentant du service bénéficiaire ;

Membres :

- un représentant du service régional du budget ;
- un représentant du service technique provincial compétent.

Observateurs :

- un représentant du bailleur de fonds, s'il y a lieu ;

- un représentant du consultant s'il y a lieu ;
- le contrôleur financier concerné ;
- un représentant de la direction générale des marchés Publics le cas échéant.

Article 24 : Lorsque le financement est assuré par le budget de la commune, la Commission communale d'attribution des marchés (CCAM) est composée comme suit :

Président : le secrétaire général de la mairie ou son représentant ;

Rapporteur : le représentant du service financier de la mairie ;

Membres :

- un représentant du service technique compétent ;
- un représentant du service bénéficiaire.

Observateurs :

- un représentant du conseil municipal ;
- le contrôleur financier concerné ;
- un représentant du bailleur de fonds s'il y a lieu ;
- un représentant du consultant s'il y a lieu ;
- un représentant de la direction générale des marchés publics le cas échéant.

Article 25 : La commission d'attribution des marchés des établissements publics de l'Etat est composée de :

Président : le directeur général de l'établissement ou son représentant ;

Rapporteur : le directeur chargé des finances ;

Membres :

- un représentant du service technique concerné ;
- un représentant de la direction générale du budget s'il y a lieu ;

Observateurs :

- le contrôleur financier concerné ;
- un représentant du bailleur de fonds s'il y a lieu ;
- un représentant du consultant s'il y a lieu ;
- un représentant de la direction générale des marchés publics le cas échéant.

Article 26 : La commission d'attribution des marchés des sociétés à capitaux publics et des autres personnes visées aux articles 6 à 8 du présent décret est composée d'au moins trois (3) membres.

Toutefois, lorsque l'opération est financée par une subvention de l'Etat ou sur un prêt rétrocédé, la commission d'attribution des marchés sera élargie aux représentants du ministère technique et de la direction générale du budget siégeant en qualité de membres avec voix délibérative.

Dans tous les cas, le contrôleur interne, les bailleurs de fonds et les consultants sont invités à titre d'observateurs.

Paragraphe 4 : Des Commissions de Réception

Article 27 : Les travaux réalisés ou les fournitures livrées, à l'issue de l'exécution des marchés publics d'un montant égal ou supérieur à un million de FCFA TTC sont réceptionnés par une Commission de réception.

Article 28 : La commission de réception au niveau de l'Etat est composée de la manière ci-après:

Président : le gestionnaire de crédits ou son représentant ;

Rapporteur : le service bénéficiaire ;

Membres :

- le service technique compétent ;
- un représentant de la direction chargée de la gestion du patrimoine de l'Etat ;
- la personne responsable des marchés ;

Observateurs :

- un représentant de la direction générale du contrôle financier ou le contrôleur financier du Ministère de la défense ;
- un représentant de la direction générale des marchés publics ;
- un représentant du bailleur de fonds ;
- un représentant du maître d'œuvre ;
- le titulaire du marché ou son représentant.

Article 29 : Pour les structures décentralisées et déconcentrées, les établissements publics, les sociétés à capitaux publics, la commission est composée comme suit :

Président : le responsable chargé des finances ou son représentant ;

Rapporteur : un représentant du service bénéficiaire ;

Membres :

- le service technique compétent ;
- un représentant du service chargé de la gestion du matériel ;
- un représentant de la direction chargée de la gestion du patrimoine de l'Etat lorsque le financement est assuré par un prêt rétrocédé ou une subvention de l'Etat ;

- la personne responsable des marchés ;

Observateurs :

- un représentant de la direction générale du contrôle financier ou le contrôleur interne ;
- un représentant du bailleur de fonds ;
- un représentant du maître d'œuvre ;
- le titulaire du marché ou son représentant ;
- un représentant de la direction générale des marchés publics.

Les modalités de fonctionnement de la commission de réception sont déterminées par arrêté du ministre chargé du budget.

Article 30 : La réception donne lieu à l'établissement d'un procès-verbal de réception signé par les membres présents. Ce procès-verbal matérialise le transfert de propriété au profit de l'Administration.

Toutefois, en ce qui concerne les bons de commande et les marchés à ordres de commande, les attestations de service fait et/ou les bordereaux de livraison tiennent lieu de procès-verbaux de réception.

Article 31 : Les contrats de fournitures courantes donnent lieu à une réception unique constatée après la livraison des biens.

Les contrats de travaux et d'équipement donnent lieu à une double réception provisoire et définitive.

Toute réception provisoire ou définitive est précédée d'une pré réception dite réception technique effectuée par la personne chargée du contrôle technique.

La réception provisoire est prononcée deux semaines après la pré réception.

La réception provisoire est prononcée à la livraison des biens et constitue le point de départ du délai de garantie.

La réception définitive est prononcée de plein droit à l'expiration du délai de garantie si le maître d'ouvrage n'a pas notifié au titulaire des réserves sur l'ouvrage.

Article 32 : Les contrats de prestations intellectuelles sont soumis à une validation des rapports par un Comité constitué à cet effet par le gestionnaire de crédits.

Section 2 : Des entités de contrôle et de régulation des marchés publics et délégations de service public

Paragraphe 1 : Des fonctions de contrôle et de régulation

Article 33 : Les fonctions de contrôle des marchés publics et de délégations de service public sont assurées par la direction générale des marchés publics.

Les fonctions de régulation des marchés publics et de délégations de service public sont assurées par l'Autorité de régulation des marchés publics.

Les fonctions de contrôle et de régulation des marchés publics et des délégations de service public sont incompatibles.

Paragraphe 2 : Des mécanismes de contrôle et de gestion des marchés publics et des délégations de service public

Article 34 : La direction générale des marchés publics est l'organe de contrôle a priori des marchés publics et des délégations de service public. Elle agit également à travers ses démembrements que sont les spécialistes en passation des marchés placés auprès des entités administratives centrales et locales.

Article 35 : Dans le domaine de la passation des marchés, la direction générale des marchés publics est l'entité administrative chargée du contrôle de la passation et de la gestion des marchés publics et des délégations de service public. A ce titre, elle est chargée notamment :

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

Paragraphe 3 : Des mécanismes de régulation des marchés publics et des délégations de service public

Article 36 : L'Autorité de régulation des marchés publics est chargée de la régulation des marchés publics et des délégations de service public.

Article 37 : Les mécanismes de régulation doivent garantir l'exécution des attributions comprenant notamment :

- la définition des politiques en matière de marchés publics et de délégation de service public, la mise en œuvre et le suivi des plans d'actions de réforme en la matière ;
- la formation et la sensibilisation dans le domaine des marchés publics et délégations de service public;

- le maintien du système d'information des marchés publics et délégations de service public;
- la conduite des audits et enquêtes en matière de marchés publics et délégations de service public ;
- le règlement non juridictionnel des litiges en matière de marchés publics et délégations de service public.

Des audits externes périodiques sont organisés en tant que de besoin à l'initiative de l'Autorité de régulation des marchés publics.

TITRE II : DE LA PASSATION ET DE L'EXECUTION DES MARCHES PUBLICS

CHAPITRE I : DES CONDITIONS ET DES MODALITES DE PARTICIPATION AUX MARCHES PUBLICS

Section 1 : Des conditions et des formalités de participation aux marchés publics

Article 38 : Peut être candidat à un contrat de commande publique, toute personne physique ou morale, pouvant justifier de capacités juridiques, techniques et financières nécessaires à l'exécution d'un marché public ou d'une délégation de service public.

Le candidat doit également justifier qu'il est à jour de toutes ses obligations légales à l'égard des administrations fiscales, parafiscales et sociales de son pays d'établissement ou de base fixe.

La liste des pièces à produire est fixée par arrêté du ministre en charge du budget.

Article 39 : Les Autorités contractantes doivent inviter les candidats et soumissionnaires ayant une base fixe ou un établissement stable au Burkina Faso à justifier de leurs capacités techniques telles que définies par les dossiers d'appel à la concurrence, et de leur éventuelle inscription à un registre professionnel dans les conditions prévues par la législation en vigueur au Burkina Faso.

Les candidats qui n'ont pas une base fixe ou un établissement stable au Burkina Faso ne peuvent être invités à justifier de leurs capacités techniques telles que définies par les dossiers d'appel à la concurrence et de leur éventuelle inscription à un registre professionnel, qu'en vertu de la législation du pays où ils sont établis ou installés. Ils peuvent par conséquent, même implantés à demeure dans un pays d'établissement ou de base fixe soumissionner à des marchés publics et à des délégations de service public au Burkina Faso.

D'autres justifications des capacités techniques peuvent être exigées à condition qu'elles soient dûment motivées par les caractéristiques du

marché ou de la délégation de service public et approuvées par la direction générale des marchés publics.

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

En ce qui concerne les entreprises naissantes, elles sont autorisées à produire en guise de justificatifs des performances techniques, les pièces relatives aux expériences professionnelles du personnel d'encadrement établissant une expérience dans des prestations identiques ou similaires à condition qu'elles justifient de capacités financières et logistiques pour l'exécution du marché.

Article 40 : A l'appui des candidatures, il ne peut être exigé que des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat et des documents relatifs aux pouvoirs de la personne habilitée pour l'engager.

Au titre des capacités professionnelles, peuvent figurer des renseignements sur le savoir faire des candidats en matière de protection de l'environnement et de promotion de l'emploi visant la lutte contre le chômage.

Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'un ou plusieurs sous-traitants. Dans ce cas, il doit justifier des capacités de ce ou ces sous-traitants et du fait qu'il en dispose pour l'exécution du marché au jour où il soumissionne au marché et pendant toute la durée d'exécution du marché.

A cet effet, un engagement formel signé du fondé de pouvoir du sous-traitant lui est remis lui permettant de se prévaloir de cette faculté.

Article 41 : L'autorité contractante peut demander aux entreprises candidates de produire un certificat de qualification. Ce certificat est délivré, selon des critères objectifs et transparents, par l'organisme officiel responsable de la qualification des entreprises.

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

Cette formalité de certification ne doit avoir ni pour objet ni pour effet de créer une rupture de la concurrence en raison de ses conséquences exclusives ou discriminatoires.

Article 42 : La justification de la capacité économique et financière du candidat est constituée par une ou plusieurs des références suivantes :

- 1) des déclarations appropriées de banques ou organismes financiers habilités, ou, le cas échéant, la preuve d'une assurance des risques professionnels ;
- 2) la présentation des bilans ou d'extraits des bilans ;
- 3) une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché ou de la délégation, pour au maximum, les cinq (5) derniers exercices en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité du soumissionnaire, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles;

Les Autorités contractantes précisent, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à soumissionner, celles des références visées aux points 1, 2 et/ou 3 du présent article qu'elles ont choisies ainsi que les autres références probantes qui doivent être produites. Si, pour une raison justifiée, le soumissionnaire n'est pas en mesure de produire les références demandées par l'autorité contractante, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par l'autorité contractante.

Dans la définition des capacités techniques et financières requises, il est interdit de la part des autorités contractantes de prendre des dispositions discriminatoires, notamment celles visant à faire obstacle à l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique.

Article 43: Ne sont pas admises à participer aux procédures de passation de marchés et délégations de service public, les entreprises :

- qui sont condamnées pour une infraction à une disposition du Code pénal ou du Code des impôts prévoyant l'interdiction d'obtenir des commandes publiques ;
- qui, à la suite de la soumission d'informations inexactes ou d'un manquement grave à leurs obligations contractuelles, et après avoir présenté leurs observations devant l'Autorité de régulation des marchés publics, sont exclues de la passation des marchés ;
- dans lesquelles les administrateurs de crédits, les gestionnaires ou les membres de la commission d'attribution des marchés possèdent des intérêts financiers et personnels de quelque nature que ce soit ;
- contre lesquelles une décision d'exclusion a été prononcée pour violation de la réglementation des marchés publics et des délégations de service public ;

- qui auront été reconnues coupables d'infraction à la réglementation des marchés publics et des délégations de service public ou qui auront été exclues des procédures de passation des marchés publics et des délégations de service public par une décision de justice définitive ;
- qui sont en état de cessation d'activités, de liquidation des biens ou dont les dirigeants sont en état de faillite personnelle ou font l'objet d'une procédure de déclaration de faillite personnelle.

Article 44 : Ne sont pas admises à participer aux marchés publics et délégations de service public, en raison des règles relatives aux conflits d'intérêts :

- les personnes morales dans lesquelles les membres de l'autorité contractante, de l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics, la personne responsable du marché ou les membres des commissions d'attribution des marchés ou des sous-commissions techniques possèdent des intérêts financiers ou personnels de nature à compromettre la transparence des procédures de passation des marchés publics ;
- les personnes physiques ou morales affiliées aux consultants ayant contribué à préparer tout ou partie des dossiers d'appel à la concurrence ou de consultation.

Lorsque des associés ou des membres permanents ou ponctuels du personnel d'un bureau de consultants sont disponibles à titre de consultants individuels, les dispositions relatives aux conflits d'intérêts aménagées au point 2 du présent article s'appliquent à leur employeur ou associés.

Les restrictions à la participation des candidats visées aux articles 43 et 44 du présent décret s'appliquent également aux sous-traitants.

Section 2 : Des modalités de participation aux marchés publics

Paragraphe 1 : De la co-traitance ou du groupement

Article 45 : Les entrepreneurs, fournisseurs et prestataires de services peuvent présenter leur candidature ou leur offre sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint dans le cadre d'un marché unique, sous réserve que cela n'ait ni pour objet ni pour effet d'établir entre eux des ententes anticoncurrentielles et/ou constitué un abus de positions dominantes interdits par les dispositions de l'article 88 du Traité de l'UEMOA relatif à la concurrence et de ses textes d'application. Le cas échéant, le marché est déclaré nul par l'autorité contractante.

Article 46 : Dans les deux formes de groupement, conjoint ou solidaire, l'un des prestataires membres du groupement, désigné dans l'acte d'engagement comme mandataire, représente l'ensemble des membres vis-à-vis de

l'autorité contractante et coordonne les prestations des membres du groupement.

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

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

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

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

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

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

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

Paragraphe 2 : De la sous-traitance

Article 47 : En matière de travaux et de services, le titulaire d'un marché public peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu de l'autorité contractante l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance; et que cette possibilité soit prévue dans le dossier d'appel à la concurrence.

Les soumissionnaires au marché doivent indiquer dans leurs offres la nature et le montant de chacune des prestations qu'ils envisagent de sous-traiter et l'identité du ou des sous-traitants.

La sous-traitance des marchés publics de fournitures courantes est interdite.

Article 48 : La sous-traitance de plus de quarante pour cent (40 %) de la valeur globale d'un marché est interdite ; en tout état de cause, elle ne saurait concerner les gros oeuvres.

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

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

Article 49 : Le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par l'autorité contractante peut être payé, à sa demande, directement par cette dernière pour la part dont il assure l'exécution.

Article 50 : Lorsque la demande de sous-traitance intervient au moment de la soumission, et que cette possibilité est prévue dans le dossier d'appel à la concurrence, le soumissionnaire doit fournir à l'autorité contractante une déclaration mentionnant :

- la nature et le montant des prestations dont la sous-traitance est envisagée ;
- le nom, la raison ou la dénomination sociale, l'adresse et les références techniques du sous-traitant proposé ;
- les conditions de paiement du sous-traitant.

Article 51 : Lorsque la demande de sous-traitance est présentée en cours d'exécution du marché, et que cette possibilité était prévue dans le dossier d'appel à la concurrence, le titulaire adresse, par lettre recommandée avec accusé de réception, une déclaration spéciale contenant les renseignements mentionnés à l'article précédent.

Article 52 : Le titulaire d'un marché de travaux qui désire sous-traiter une partie des prestations doit s'adresser aux entreprises justifiant des qualifications techniques nécessaires établies par tout document officiel émanant de leur pays d'établissement stable ou de base fixe.

Les sous traitants ne doivent pas figurer sur la liste des fournisseurs défaillants ou de ceux qui ont des difficultés dans l'exécution d'un marché public.

CHAPITRE II : DES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Section 1 : De la détermination des besoins et de la planification des marchés publics

Article 53 : 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 dans le cadre des marchés de gré à gré, au

début de chaque gestion budgétaire à travers un plan annuel de passation des marchés de même que dans le dossier de consultation.

Le marché public ou la délégation de service public conclu par l'autorité contractante doit avoir pour objet exclusif de répondre à ses besoins.

Le choix des procédures ne doit avoir ni pour objet ni pour effet de soustraire des marchés ou des délégations de service public aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent décret.

Les Autorités contractantes ne doivent pas contracter pour une durée de temps supérieure à la durée de la gestion budgétaire. Toutefois, des marchés afférents à des autorisations de programmes peuvent être contractés pour plusieurs années à la condition que les engagements annuels qui en découleront demeurent dans les limites des crédits de paiements.

Article 54 : L'élaboration des plans annuels de passation des marchés et des délégations de service public incombe aux autorités contractantes.

Ces plans, dûment approuvés par le ministre chargé du budget après avis d'une commission dont la composition et les modalités de fonctionnement seront précisées par un arrêté du Ministre en charge du budget, doivent être cohérents avec les crédits qui leur sont alloués. Ils sont révisables et doivent être communiqués à la direction générale des marchés publics pour avis et publication.

Les commandes publiques passées par les Autorités contractantes doivent avoir été préalablement inscrites dans ces plans annuels ou révisés, à peine de nullité, sous réserve de l'appréciation du ministre chargé du budget.

Tout morcellement de commandes publiques en violation du plan annuel de passation des marchés publics constitue un fractionnement.

Section 2 : De la publicité

Article 55 : Les Autorités contractantes publient chaque année un avis général recensant les marchés publics et les délégations de service public, dont les montants prévisionnels estimés en toutes taxes comprises (TTC) sont égaux ou supérieurs aux seuils de publicité communautaire définis par la Commission de l'UEMOA qu'elles prévoient de passer par appel à la concurrence durant l'exercice budgétaire sur la base des plans prévisionnels annuels de passation établis conformément à l'article 54 du présent décret.

Les avis généraux de passation des marchés et des délégations de service public sont publiés dans la revue des marchés publics et dans au moins un journal d'informations générales à grande diffusion et doivent faire l'objet d'une publicité par voie électronique. Cette publicité est alors

complémentaire de celle qui est assurée dans les conditions prévues au présent article.

Article 56 : Tout appel à la concurrence ouverte est porté à la connaissance du public par la publication d'un avis par insertion dans la revue des marchés publics et dans un journal d'informations générales à grande diffusion et, le cas échéant, en fonction des seuils de publicité communautaire déterminés par la Commission de l'UEMOA, dans une publication officielle communautaire indiquée par la Commission de l'UEMOA.

L'avis d'appel à la concurrence fait connaître au moins :

- l'autorité contractante ;
- l'objet du marché ;
- la source de financement ;
- le lieu et les conditions de consultation ou d'acquisition du dossier d'appel à la concurrence ;
- la date de signature de l'Autorité habilitée ;
- le lieu et la date limite de réception des offres ;
- le délai pendant lequel les candidats restent engagés par leurs offres ;
- les justifications à produire concernant les qualités et capacités exigées des candidats ;
- le lieu, date et heure fixés pour l'ouverture des offres.

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

Section 3 : Des procédures de passation des marchés

Article 57: Les marchés de travaux, de fourniture et de services courant sont passés après un appel d'offres ouvert ou exceptionnellement une mise à concurrence restreinte ou un gré à gré.

Les contrats de prestations intellectuelles sont passés après des demandes de propositions.

Paragraphe 1 : Des procédures de droit commun

Article 58 : L'appel d'offres ouvert est la procédure par laquelle l'autorité contractante choisit l'offre évaluée économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères préalablement portés à la connaissance des candidats dans le dossier d'appel d'offres.

L'appel d'offres ouvert peut comporter trois (03) variantes :

- l'appel d'offres ouvert direct ;
- l'appel d'offres ouvert en deux étapes ;
- l'appel d'offres ouvert précédé d'une pré qualification.

Article 59 : L'appel d'offres ouvert est dit direct lorsque tout candidat, qui n'est pas exclu en application des articles 43 et 44 du présent décret peut soumettre une offre ou une demande de pré qualification.

Article 60 : Dans le cas d'un marché d'une grande complexité ou lorsque l'autorité contractante souhaite faire son choix sur la base de critères de performance et non de spécifications techniques détaillées, le marché peut faire l'objet d'une attribution en deux étapes.

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

Les soumissionnaires sont d'abord invités à remettre des propositions techniques, sans indication de prix, sur la base de principes généraux de conception ou de normes de performance, et sous réserve de précisions et d'ajustements ultérieurs d'ordre technique que commercial.

Lors de la seconde étape, les soumissionnaires qui satisfont au minimum acceptable des critères de qualification et qui ont soumis une offre techniquement conforme sont invités à présenter des propositions techniques définitives assorties de prix, sur la base du dossier d'appel d'offres préalablement rédigé par l'autorité contractante.

Le recours à la procédure de l'appel d'offres en deux étapes doit être motivé et soumis à l'autorisation préalable de la direction générale des marchés publics par l'autorité contractante.

Article 61 : L'appel d'offres ouvert peut être précédé d'une pré qualification dans deux hypothèses :

- lorsque les travaux à réaliser, les équipements à livrer et les services à fournir revêtent un caractère complexe ;
- et/ou
- lorsque les travaux à réaliser, les équipements à livrer et les services à fournir exigent une technicité particulière.

L'examen de la qualification des candidats s'effectue exclusivement en fonction de leur aptitude à exécuter le marché de façon satisfaisante et selon les critères définis dans l'avis de pré qualification.

La commission d'attribution des marchés examine les dossiers et retient toutes les entreprises remplissant les conditions requises spécifiées au dossier de pré qualification.

Article 62 : Les contrats de prestations intellectuelles sont passés après une demande de propositions qui est une mise en concurrence des consultants pré sélectionnés.

Les contrats de prestations intellectuelles recouvrent les activités qui ont pour objet des prestations à caractère principalement intellectuel, dont l'élément prédominant n'est pas physiquement quantifiable.

Il inclut notamment, les services d'assistance informatique et de maîtrise d'ouvrage déléguée.

La liste restreinte des consultants présélectionnés est arrêtée à la suite d'une invitation publique à soumettre des expressions d'intérêt. Les consultants sont présélectionnés par la commission d'attribution des marchés en raison de leur aptitude à exécuter les prestations en questions, sur la base de critères publiés dans le dossier de demande d'expression d'intérêt.

Article 63 : La sélection est effectuée sur la base, d'un dossier de consultation qui comprend les termes de référence, la lettre d'invitation indiquant les critères de sélection et leur mode d'application détaillé et le projet de marché.

Le dossier de consultation indique également les exclusions à la participation future aux marchés de travaux, fournitures et services courants qui résulteraient des prestations qui font l'objet de l'invitation.

En tout état de cause, aucun consultant ne peut être admis à assurer l'étude et le contrôle relatifs au même ouvrage sauf autorisation écrite du service technique. La fonction de contrôle et celle d'étude sont séparées.

Article 64 : Pour le recrutement des consultants individuels, il est possible de recourir à leur expertise dans le cadre de missions pour lesquelles l'expérience et les qualifications de l'expert constituent un critère de choix majeur.

Les consultants individuels sont choisis en fonction de leurs qualifications eu égard à la nature de la mission. La publicité est obligatoire. Ils sont sélectionnés par comparaison des qualifications entre ceux qui se sont déclarés intéressés par la mission ou qui ont été contactés directement par l'autorité contractante et en fonction de leur proposition technique.

Les consultants individuels dont les qualifications feront l'objet d'une comparaison doivent posséder toutes les qualifications minima pertinentes requises et ceux qui sont sélectionnés pour le recrutement par l'autorité contractante doivent être les mieux qualifiés et être pleinement capables de mener à bien la mission.

L'évaluation de leurs capacités se fait sur la base de leurs diplômes, de leur expérience antérieure et, s'il y a lieu, de leur connaissance du contexte local notamment, la langue, la culture, l'organisation administrative et politique.

Article 65 : Les dispositions des articles 58 à 61 du présent décret relatives à l'appel d'offres sont applicables à l'ensemble des marchés conclus dans le cadre de

la maîtrise d'ouvrage publique déléguée. Les procédures d'attribution de ces marchés doivent permettre d'assurer leur mise en concurrence effective.

La convention de maîtrise d'ouvrage déléguée détermine la composition et le fonctionnement de la commission d'attribution des marchés mis en place par le maître d'ouvrage public délégué pour l'ouverture des plis, l'évaluation des offres et la proposition d'attribution.

Un manuel type de procédures de passation pris par arrêté du ministre en charge du budget définit les obligations de publicité et de mise en concurrence des marchés passés dans le cadre de la convention de maîtrise d'ouvrage publique déléguée par le mandataire de l'autorité contractante.

Un décret sur proposition du ministre en charge du budget définira les conditions de mise en concurrence et les modalités de mise en œuvre des conventions de maîtrise d'ouvrage publique déléguée.

Paragraphe 2: Des procédures exceptionnelles de passation

Article 66 : L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres, les candidats que l'autorité contractante a décidé de consulter.

Le nombre de candidats admis à soumissionner, d'un minimum de trois (3), doit assurer une concurrence réelle. Il est ensuite procédé de manière identique comme en matière d'appel d'offres ouvert.

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

L'autorité contractante consulte les entreprises au regard de leurs références techniques et de la spécificité des prestations sollicitées.

Les candidats à un appel d'offres restreint ne doivent pas figurer sur la liste des fournisseurs défaillants ou de ceux qui ont des difficultés dans l'exécution d'un marché public.

Dans tous les cas, ils doivent apporter la preuve de leur compétence à exécuter les prestations sollicitées.

Le recours à la procédure de l'appel d'offres restreint doit être motivé et soumis à l'autorisation préalable de la direction générale des marchés publics.

Article 67 : Lorsque le montant prévisionnel du marché est inférieur à vingt millions (20.000.000) F CFA TTC, il peut être recouru à la procédure de demande de prix écrite.

Le gestionnaire de crédits élabore un dossier de mise en concurrence comportant au moins le descriptif technique des besoins à satisfaire dans les mêmes conditions que le dossier d'appel d'offres.

La publicité de l'avis est faite dans la revue des marchés publics et le délai accordé aux entreprises, fournisseurs ou prestataires de service pour déposer leurs propositions de prix ne peut être inférieur à dix (10) jours calendaires.

Les offres se font sous plis fermés et sont examinées par la commission d'attribution des marchés qui attribue le marché à l'entreprise, fournisseur ou prestataire de service ayant présenté l'offre évaluée économiquement la plus avantageuse.

Article 68 : Lorsque le montant prévisionnel du marché est inférieur à un million (1.000.000) F CFA TTC, il est recouru à des demandes de cotations non formelles adressées par le gestionnaire de crédits à trois (3) prestataires qualifiés au moins.

La formalité de constitution d'une commission d'attribution des marchés n'est pas exigée.

Les propositions de cotations se font sous plis fermés et sont examinées par le gestionnaire de crédits qui attribue le marché à l'entreprise ayant présenté l'offre évaluée économiquement la plus avantageuse.

Lorsque le gestionnaire des crédits n'obtient pas trois (03) factures proforma, il peut recourir à la procédure de gré à gré.

Article 69 : Les marchés sont dits de gré à gré lorsque l'autorité contractante engage les discussions qui lui paraissent utiles et propose à l'autorité compétente l'attribution du marché au soumissionnaire qu'elle a retenu.

Article 70 : Les marchés publics, quelle qu'en soit la forme peuvent être passés de gré à gré suivant la procédure de l'entente directe lorsque l'autorité contractante engage, sans formalités, les discussions qui lui paraissent utiles, avec un entrepreneur, un fournisseur, ou un prestataire de services.

Article 71 : Le marché est passé de gré à gré dans les cas suivants :

- extrême urgence, pour les travaux, fournitures ou services que l'autorité contractante doit faire exécuter en lieu et place de l'entrepreneur, du fournisseur ou du prestataire défaillant ;
- urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles ou de force majeure ne permettant pas de respecter les délais prévus dans les

procédures d'appel d'offres et de demande de prix, nécessitant une intervention immédiate, et lorsque l'autorité contractante n'a pas pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence ;

- lorsque les besoins ne peuvent être satisfaits que par une prestation nécessitant l'emploi d'un brevet d'invention, d'une licence ou de droits exclusifs détenus par un seul entrepreneur, un seul fournisseur ou un seul prestataire ;
- lorsque les marchés ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques ou s'il y a une nécessité de continuer avec le même prestataire ou pour des raisons artistiques ;
- lorsque les prestations requièrent la sélection d'un consultant particulier en raison de sa qualification unique ou de la nécessité de continuer avec le même prestataire ;
- lorsque les prix unitaires des biens sont réglementés ou font l'objet d'une tarification et que le montant du contrat est inférieur à cent millions (100.000.000) F CFA toutes taxes comprises.

Le marché de gré à gré ne peut être passé qu'avec des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services qui acceptent de se soumettre à un contrôle des prix spécifiques. Ceux-ci ne doivent pas figurer sur la liste des fournisseurs défaillants et de ceux qui ont des difficultés dans l'exécution des marchés publics.

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

Article 72 : Les consultants individuels peuvent être sélectionnés de gré à gré dans des cas exceptionnels, à savoir :

- pour des missions qui constituent une continuation des activités antérieures du consultant pour lesquelles le consultant était choisi après appel à la concurrence ;
- pour des missions dont la durée ne devrait pas dépasser six mois ;
- dans des cas d'une situation d'urgence suite à une catastrophe naturelle ;
- lorsque le consultant en question est le seul à posséder les qualifications voulues.

- pour des raisons artistiques et techniques.

Les conditions susmentionnées sont alternatives.

Article 73 : Le recours à la procédure par entente directe doit être motivé et soumis par l'autorité contractante à l'autorisation de l'autorité compétente après avis d'un Comité dont les attributions, la composition et le fonctionnement seront fixés par arrêté du ministre en charge du budget.

L'autorité contractante soumet, au préalable, au Comité susmentionné un rapport dûment motivé au regard des dispositions des articles 71 et 72 du présent décret.

En tout état de cause, les marchés de gré à gré d'un montant strictement inférieur à cent millions (100.000.000) F CFA TTC doivent être autorisés par le ministre en charge du budget après avis du Comité susmentionné à l'alinéa 2 du présent article.

Les marchés de gré à gré d'un montant égal ou supérieur à cent millions (100.000.000) F CFA TTC doivent être soumis à l'autorisation préalable du Conseil des ministres.

Les marchés de gré à gré des Régions sont passés dans le respect des dispositions des articles 71 et 72 du présent décret. Ils sont autorisés par une délibération du Conseil régional soumise à l'approbation de l'autorité de tutelle.

Les marchés de gré à gré des communes sont passés dans le respect des dispositions des articles 71 et 72 du présent décret. Ils sont autorisés par une délibération du Conseil municipal soumise à l'approbation de l'autorité de tutelle.

Les marchés de gré à gré des établissements publics de l'Etat et des sociétés à capitaux publics sont passés dans le respect des dispositions des articles 71 et 72 du présent décret. Ils sont autorisés soit par le Président du Conseil d'administration, soit par le Conseil d'administration suivant un seuil défini par une délibération du Conseil d'administration après avis du Comité.

Section 4 : Du contenu du dossier d'appel d'offres

Paragraphe 1 : Du dossier de consultation

Article 74 : Les dossiers d'appel d'offres sont préparés par le gestionnaire de crédits sur proposition des services bénéficiaires en collaboration avec les services techniques compétents ou les consultants spécialisés. Dans cette dernière hypothèse, les études des consultants sont soumises à l'approbation des services techniques compétents.

Sous réserve des dispositions des articles 62 et suivants du présent décret relatifs au cas spécifique des marchés de prestations intellectuelles, le dossier d'appel d'offres comprend notamment le règlement d'appel d'offres, l'acte d'engagement et les cahiers des charges.

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

Les propositions de modifications du dossier-type d'appel d'offres, à l'exception de celles affectant les dispositions particulières du règlement de l'appel d'offres et du cahier des clauses administratives, doivent préalablement être soumises pour avis à la direction générale des marchés publics. Il en est de même des modifications en cours de passation ou d'exécution du marché.

En ce qui concerne la préparation des opérations préliminaires à la mise en concurrence des soumissionnaires dans les marchés publics des collectivités territoriales, elles incombent aux Autorités contractantes décentralisées qui y procèdent de concert avec les services techniques compétents.

Concernant les opérations préliminaires à la mise en concurrence des marchés publics des établissements publics ou des sociétés d'Etat, elles incombent aux services techniques compétents.

Article 75 : Le dossier de pré qualification contient les renseignements relatifs aux travaux, fournitures ou prestations qui font l'objet de la pré qualification, une description précise des critères et des conditions à remplir pour être pré qualifié ainsi que les délais dans lesquels les résultats de la pré qualification seront connus des candidats.

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

Article 76 : Les cahiers des clauses administratives générales et les cahiers des clauses techniques générales sont établis par les ministères techniques en collaboration avec les représentants du secteur privé concerné et la direction générale des marchés publics. Ces cahiers sont approuvés par arrêté conjoint du ministre en charge du budget et des ministres techniques compétents.

Article 77 : Les cahiers des charges déterminent les conditions dans lesquelles sont exécutés les marchés. Ils comprennent des documents généraux et des documents particuliers.

Les documents généraux sont :

- les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) qui fixent les dispositions administratives applicables aux marchés de même nature ;

- les cahiers des clauses techniques générales (CCTG) qui fixent les dispositions techniques applicables à toutes les prestations de même nature.

Les documents particuliers sont :

- les cahiers des clauses administratives particulières (CCAP) qui fixent les dispositions administratives propres à chaque marché ;
- les cahiers des clauses techniques particulières (CCTP) qui fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations prévues au marché.

Les documents particuliers comportent l'indication des articles des documents généraux qu'ils complètent ou modifient.

Article 78 : Les documents administratifs généraux ou particuliers, doivent aménager des dispositions matérielles tenant compte des cas spécifiques des marchés passés par appels d'offres internationaux.

Paragraphe 2 : De l'allotissement

Article 79 : Les travaux, fournitures et services courants de même nature doivent donner lieu en principe à un appel à la concurrence à lot unique.

Cependant, lorsque l'allotissement est susceptible de présenter des avantages techniques, financiers ou économiques et lorsque l'appel à la concurrence le prévoit, les travaux ou services courants à exécuter, les fournitures à livrer peuvent être divisés en plusieurs lots donnant lieu chacun à un marché distinct compte tenu, soit de la nature des activités intéressées, soit du lieu d'exécution ou de réception.

Le dossier d'appel à la concurrence fixe le nombre, la nature, l'importance, le lieu d'exécution ou de réception et l'étendue des lots, ainsi que les conditions imposées aux candidats pour souscrire à un ou plusieurs lots et les modalités de leur attribution.

Article 80 : Si, dans le cadre d'un appel à la concurrence, un ou plusieurs lots ne sont pas attribués, l'autorité contractante peut entamer de nouvelles procédures pour les lots non attribués en modifiant, s'il y a lieu, la consistance de ces lots sur la base d'un nouveau dossier.

Article 81 : Un soumissionnaire peut faire figurer dans son offre le rabais global qu'il consent pour la combinaison de certains lots ou de tous les lots pour lesquels il a présenté une offre distincte. Les cahiers des charges préciseront les modalités de ces rabais.

Les commissions d'attribution des marchés proposeront l'attribution du marché sur la base de la combinaison des offres évaluées financièrement la plus avantageuse pour la collectivité publique.

Paragraphe 3 : Des spécifications techniques

Article 82 : Les travaux, fournitures et prestations de services qui font l'objet d'un marché public ou d'une délégation de service public sont définis par référence aux normes, agréments techniques ou spécifications nationaux, communautaires lorsqu'ils existent, ou à défaut par référence à des normes ou agréments techniques ou spécifications internationaux.

Il ne peut être dérogé à ces règles que:

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

Article 83 : A moins que de telles spécifications ne soient justifiées par l'objet du marché ou de la délégation, les Autorités contractantes s'interdisent l'introduction dans les clauses contractuelles propres à un marché ou à une délégation de service public déterminé, des spécifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des procédés particuliers et qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou fabricants.

Est notamment interdite l'indication de marques, de brevets ou de types, ou celle d'une origine ou d'une production déterminée; toutefois, une telle indication accompagnée de la mention «ou équivalent» est autorisée lorsque

les Autorités contractantes n'ont pas la possibilité de donner une description de l'objet du marché au moyen de spécifications suffisamment précises et intelligibles pour tous les intéressés.

Paragraphe 4 : De la certification des entreprises

Article 84 : Pour être attributaires de marchés publics de travaux, les entreprises burkinabé doivent produire un agrément technique.

Les entreprises non burkinabé sont autorisées à produire un agrément technique délivré par les Autorités officielles compétentes de leur pays de base fixe ou d'établissement stable lorsqu'elles envisagent soumissionner à des marchés publics de travaux au Burkina Faso.

En tout état de cause cette formalité est obligatoire lorsque dans leur pays d'établissement stable ou de base fixe une telle formalité est requise par la réglementation des marchés publics du pays d'origine au titre des conditions de participation à la concurrence dans les marchés publics de travaux.

Les conditions de délivrance et de retrait de l'agrément technique sont fixées par arrêté des ministres compétents sur proposition d'une structure qui comprend des représentants de l'Etat et des représentants des entreprises.

Dans tous les cas, l'avis de l'Autorité de régulation des marchés Publics est requis.

Paragraphe 5 : Des autres règles relatives au dossier de consultation

Article 85 : Sans préjudice des dispositions du présent décret, notamment celles relatives aux obligations en matière de publicité sur les marchés attribués et d'information des candidats et des soumissionnaires, l'autorité contractante ne divulgue pas les renseignements que les soumissionnaires lui ont communiqués à titre confidentiel. Ces renseignements comprennent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.

La violation de cette interdiction est passible de sanctions et poursuites respectivement prévues aux articles 158 et 159 du présent décret.

Section 5 : Des délais de réception des offres

Paragraphe 1 : Des délais de principe

Article 86 : Dans les procédures ouvertes et restreintes, le délai de réception des candidatures ou des offres ne peut être inférieur à trente (30) jours calendaires pour les marchés dont le montant prévisionnel est estimé égal

ou supérieur au seuil national de l'appel d'offres prévu à l'article 12 point 1 du présent décret, et à quarante cinq (45) jours calendaires pour les marchés dont le montant prévisionnel est estimé égal ou supérieur au seuil communautaire.

Article 87 : Ce délai court à compter de la date de la première parution de l'avis dans la Revue des marchés publics.

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

La date limite de dépôt des offres et la date d'ouverture des plis doivent coïncider.

Tout report éventuel de la date limite de dépôt des plis doit être communiqué au plus tard dix (10) jours calendaires avant la date initialement prévue dans l'avis d'appel d'offres pour les appels d'offres nationaux. Ce délai est de quinze (15) jours calendaires au plus tard avant la date initialement prévue dans l'avis d'appel d'offres pour les appels d'offres de seuils communautaires.

A cet effet, l'autorité contractante adresse un avis motivé aux candidats ou soumissionnaires selon les cas.

Paragraphe 2 : Des délais d'exception

Article 88 : Pour les appels d'offres, en cas d'urgence dûment motivée, ne nécessitant pas une intervention immédiate, les délais visés aux articles précédents peuvent être ramenés à quinze (15) jours calendaires pour les marchés dont le montant prévisionnel est estimé égal ou supérieur au seuil national de l'appel d'offres et à trente (30) jours calendaires pour les marchés dont le montant prévisionnel est estimé égal ou supérieurs au seuil communautaire.

La décision de recourir à la procédure d'urgence doit être autorisée par la direction générale des marchés publics. Cette urgence ne doit pas résulter du fait ou de la négligence de l'autorité contractante elle-même.

Section 6 : De la présentation, de l'ouverture et de l'évaluation des offres

Paragraphe 1 : De la présentation des offres

Article 89 : Les communications et les échanges d'informations sont effectués par service postal public ou privé ou remis par porteur. Les documents à adresser par les Autorités contractantes aux candidats ainsi que les offres ou demandes de participation adressées par les candidats aux Autorités

contractantes peuvent également, au choix de l'autorité contractante, être transmis par moyens électroniques.

Les dossiers d'appel d'offres types conformes aux modèles communautaires définiront les modalités de transmissions des informations dans les marchés publics et dans les délégations de service public.

Article 90 : Les offres sont accompagnées d'un acte d'engagement du soumissionnaire qui doit être signé par ce dernier ou son représentant dûment habilité.

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

Article 91 : Pour être admis à présenter une offre, les soumissionnaires des marchés passés par appel à concurrence sont tenus de fournir une garantie d'offre lorsque la nature des prestations le requiert.

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

La garantie peut être constituée sous forme soit de dépôt d'une somme d'argent, soit du cautionnement d'une banque, d'une institution mutualiste de micro finance dûment agréée ou d'un établissement financier ou soit d'une lettre de garantie à première demande desdites personnes morales. La garantie de soumission est restituée au vu de la mainlevée donnée par l'autorité contractante ou d'office aussitôt après la constitution du cautionnement définitif de tous les soumissionnaires retenus.

Dans tous les cas, la garantie de soumission est restituée par l'autorité contractante aux soumissionnaires non retenus à l'expiration du délai de validité des offres et aussitôt après constitution du cautionnement définitif pour les soumissionnaires retenus.

Article 92 : Les offres du soumissionnaire doivent être contenues dans une seule enveloppe comprenant les renseignements relatifs à la candidature, l'offre technique et l'offre financière.

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

Paragraphe 2 : De l'ouverture des plis et de l'examen des offres

Article 93 : Les plis sont obligatoirement ouverts aux lieu, date et heure indiqués par la commission d'attribution des marchés en présence de ses membres, des observateurs et des soumissionnaires qui le désirent.

Il n'est pas exigé de quorum.

Avant tout examen des offres, la commission constate les plis qui ont été déposés hors délai. Ce constat est consigné au procès-verbal d'ouverture des plis.

Article 94 : La commission d'attribution des marchés procède à la lecture, à haute voix et en un seul temps des offres techniques et des offres financières sauf stipulation contraire du dossier d'appel d'offres, en relevant le nom de chaque soumissionnaire, le montant de chaque offre et, le cas échéant, le montant de chaque variante, le montant des rabais proposés, les délais d'exécution et de validité de chaque offre.

La commission d'attribution des marchés dresse la liste des soumissionnaires en leur présence, et constate immédiatement dans un procès verbal l'existence ou l'absence des pièces justificatives requises.

Les pièces obligatoires sont paraphées par tous les membres de la commission.

Le procès verbal d'ouverture des plis est établi suivant un modèle élaboré par la direction générale des marchés publics et contresigné par tous les membres présents. Une copie est remise à tous les soumissionnaires qui en font la demande.

Article 95 : Dans les procédures de consultation restreinte de candidats, notamment dans la pré qualification, l'appel d'offres restreint, lorsque un minimum de trois (3) offres n'a pas été remis aux date et heure limites de réception des offres, l'autorité contractante ouvre un nouveau délai qui ne peut être inférieur à quinze (15) jours calendaires et qu'elle porte à la connaissance du public. A l'issue de ce nouveau délai, les commissions d'attribution des marchés peuvent procéder aux opérations de dépouillement, quel que soit le nombre d'offres reçues.

Paragraphe 3 : De l'évaluation et de l'attribution des marchés

Article 96 : L'analyse et l'évaluation des offres sont confiées à une sous-commission technique.

Cette sous-commission produit un rapport qui servira de base de travail pour la proposition d'attribution du marché.

Un arrêté du ministre en charge du budget définira les attributions, la composition et des modalités de fonctionnement de la sous-commission technique.

Article 97 : La sous-commission technique procède de manière strictement confidentielle, et dans le délai compatible avec le délai de validité des offres, à une analyse technique et financière et à un classement des offres suivant les critères spécifiés dans le dossier d'appel d'offres.

Article 98 : Une variante dans une offre ne peut être prise en considération pour le classement des offres que si une telle faculté a été expressément mentionnée dans le dossier d'appel d'offres.

Seule la variante du soumissionnaire ayant proposé l'offre de base conforme évaluée économiquement la plus avantageuse sera prise en considération.

Article 99 : Si une offre s'avère anormalement basse, l'autorité contractante ne peut la rejeter par décision motivée qu'après avoir demandé par écrit au soumissionnaire les précisions qu'elle juge opportunes et avoir vérifié les justifications fournies.

Article 100 : La commission d'attribution des marchés propose l'élimination, sur la base du rapport de la sous-commission technique, les offres qui ne comportent pas les pièces administratives ou techniques valides, de même que les offres non conformes aux conditions stipulées au dossier d'appel d'offres et retient l'offre évaluée économiquement la plus avantageuse à l'issue d'une évaluation faite à partir de la combinaison de critères techniques et de critères financiers.

Article 101 : En l'absence d'offres ou si aucune des offres reçues n'est conforme au dossier d'appel d'offres, l'autorité contractante déclare l'appel d'offres infructueux. Toutefois, dans l'hypothèse de l'appel d'offres infructueux en raison de l'absence d'offres conformes aux stipulations du dossier d'appel d'offres, l'autorité contractante doit au préalable recueillir l'avis motivé de la commission d'attribution des marchés.

Le Président de la commission d'attribution des marchés en avise les soumissionnaires.

Il est alors procédé, soit, par nouvel appel d'offres sur la base du dossier d'appel d'offres révisé soit, par consultation d'au moins trois (3) entrepreneurs, fournisseurs ou prestataire de service, et dans ce dernier cas, après autorisation préalable de la direction générale des marchés publics.

Paragraphe 4 : Des critères d'évaluation

Article 102 : L'attribution du marché se fait sur la base de critères financiers et techniques, mentionnés dans le dossier d'appel à concurrence, afin de déterminer l'offre conforme évaluée économiquement la plus avantageuse.

Lorsque l'évaluation des offres est fondée non seulement sur le prix mais également sur d'autres critères, notamment les coûts d'utilisation, la rentabilité, la qualité, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique, le délai d'exécution, le calendrier de paiement, son objectif en rapport avec l'objet, les exigences de standardisation, les modalités d'évaluation quantifiables et exprimées en termes monétaires doivent en être précisées à l'attention des soumissionnaires dans le dossier à concurrence.

Si compte tenu de l'objet du marché, l'autorité contractante ne retient qu'un seul critère, celui-ci doit être le prix.

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

La qualification du soumissionnaire dont l'offre a été évaluée économiquement la plus avantageuse, est appréciée indépendamment du montant de son offre, au vu des garanties techniques, professionnelles et financières qu'il a produites. Le marché est conclu avec lui sans négociation sur le prix.

L'évaluation est effectuée conformément à un rapport-type communautaire d'évaluation et de comparaison des offres pris par la direction générale des marchés Publics.

Paragraphe 5 : Des règles de préférence

Article 103 : Lors de la passation d'un marché public ou d'une délégation de service public, une préférence doit être attribuée à l'offre conforme aux spécifications du dossier d'appel d'offres présentée par une entreprise communautaire ou une entreprise locale pour les appels d'offres lancés par les collectivités territoriales. La marge de préférence communautaire ou locale doit être prévue au dossier d'appel d'offres et doit être quantifiée sous forme de pourcentage du montant de l'offre.

Article 104 : Les entreprises communautaires bénéficieront, dans le cadre des marchés publics de travaux, d'une marge de préférence de dix pour cent (10 %) du montant de leurs offres financières.

En plus de la marge de préférence communautaire, une marge de préférence de cinq pour cent (5%) du montant des offres financières sera accordée, par les collectivités territoriales et leurs établissements, aux entreprises régulièrement installées dans leur ressort territorial et qui présentent des offres conformes aux spécifications du dossier d'appel d'offres.

Article 105 : L'autorité contractante accordera une marge de préférence de quinze pour cent (15%) du montant de leurs offres conformes aux spécifications du dossier d'appel d'offres aux entreprises installées au sein de l'espace communautaire UEMOA et proposant des fournitures ouvrées ou manufacturées dont le coût de fabrication intégrant des intrants communautaires, comporte une valeur ajoutée d'au moins 20%.

Article 106 : Dans le cas d'un marché d'une collectivité locale ou de l'un de ses établissements publics de l'espace UEMOA, le candidat au marché qui aura prévu de sous-traiter au moins trente pour cent (30 %) de la valeur globale du marché à une entreprise d'un Etat membre de l'espace UEMOA dans lequel le marché est exécuté pourra bénéficier d'une marge de préférence qui ne pourra être supérieure à cinq pour cent (5 %), cumulable avec les taux de préférence visés aux articles 104 et 105 susmentionnés du présent décret.

Paragraphe 6 : Du cas des prestations intellectuelles

Article 107 : La soumission des propositions s'effectue sous la forme d'une enveloppe unique, contenant deux enveloppes distinctes comportant respectivement une proposition technique et une proposition financière.

Il n'est pas demandé de garantie d'offres pour les prestations intellectuelles.

L'évaluation des propositions s'effectue en deux temps : l'évaluation des propositions techniques dans un premier temps suivie de l'évaluation des propositions financières des consultants ayant obtenu au moins la note minimale précisée dans le dossier de demande de propositions.

Article 108 : La sélection s'effectue soit sur la base de la qualité technique de la proposition notamment l'expérience du consultant, la qualification des experts, la méthode de travail proposée et du montant de la proposition financière, soit sur la base d'un budget prédéterminé dont le consultant doit proposer la meilleure utilisation possible, soit sur la base de la meilleure proposition financière soumise par des consultants ayant obtenu la note technique minimale.

Dans les cas où les prestations sont d'une complexité exceptionnelle ou d'un impact considérable ou bien encore lorsqu'elles donneraient lieu à des propositions difficilement comparables, le consultant peut être sélectionné exclusivement sur la base de la qualification technique de sa proposition.

Article 109 : Les contrats peuvent faire l'objet de négociations avec le consultant dont la proposition est retenue. En aucun cas, des négociations ne peuvent être conduites avec plus d'un candidat à la fois.

Dans tous les cas, lorsque le prix a été un critère de sélection, ces négociations ne peuvent pas porter sur les prix unitaires des honoraires proposés. Une fois ces négociations conclues, les autres soumissionnaires sont informés du rejet de leur proposition.

Paragraphe 7 : De l'approbation des travaux des commissions

Article 110 : Les propositions d'attribution des marchés de l'Etat résultant des travaux des commissions d'attribution des marchés sont soumises à l'approbation du Conseil des ministres lorsque le montant cumulé des lots de l'appel d'offres excède un milliard (1.000.000.000) FCFA.

Les propositions dont les montants sont inférieurs au montant ci-dessus sont soumises à l'approbation du ministre en charge du budget qui peut déléguer cette compétence pour les marchés publics dont le montant n'excède pas un seuil fixé.

Article 111 : Les travaux des commissions d'attribution des marchés de la région et de la province qui sont financés sur les crédits délégués de l'Etat sont soumis respectivement à l'approbation du gouverneur et du haut commissaire.

Les travaux de la commission régionale d'attribution des marchés sont soumis à l'approbation du Président du Conseil régional pour les marchés financés sur le budget de la Région ou du Conseil régional suivant un seuil défini par une délibération du Conseil régional. En cas de désaccord entre le Président du Conseil régional et la Commission d'attribution des marchés, l'approbation des travaux relève de la compétence du Conseil régional.

Article 112 : Les travaux de la commission communale d'attribution des marchés sont soumis à l'approbation soit du maire soit du Conseil municipal suivant un seuil défini par une délibération du Conseil municipal. En cas de désaccord entre le Maire et la commission communale d'attribution des marchés, l'approbation des travaux relève de la compétence du Conseil municipal.

Les travaux des commissions d'attribution des établissements publics et des sociétés à capitaux publics sont soumis à l'approbation du conseil d'administration conformément à des seuils définis par celui-ci.

Paragraphe 8 : De la publication des résultats des appels à la concurrence

Article 113 : Dès qu'elle fait son choix sur la base du rapport de la sous-commission technique, la commission d'attribution des marchés dresse un procès-verbal qui arrête sa proposition et qui est signée séance tenante, par tous les membres présents.

Les résultats d'attribution provisoire des marchés sont publiés dans la Revue des marchés publics et sur le site Internet de la direction générale des marchés publics.

Les résultats d'attribution provisoire des marchés d'un montant égal ou supérieur au seuil communautaire de publicité, en plus d'une publicité nationale dans la Revue des marchés publics et sur le site Internet de la direction générale des marchés publics, font l'objet d'une publicité communautaire.

L'autorité contractante notifie l'attribution du marché, dans le délai de validité des offres défini dans le dossier d'appel d'offres, au soumissionnaire dont l'offre est évaluée économiquement la plus avantageuse.

Article 114 : L'attribution est notifiée au soumissionnaire retenu. Les autres soumissionnaires sont informés du rejet de leur offre. Leur caution leur est restituée après constitution du cautionnement définitif du soumissionnaire retenu.

L'autorité contractante doit communiquer par écrit à tout soumissionnaire écarté les motifs du rejet de son offre, le montant du marché attribué, le nom de l'attributaire, ainsi qu'une copie du procès-verbal de délibération, dans un délai de sept (7) jours calendaires à compter de la réception de sa demande écrite.

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

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

Section 7 : De la signature, de l'approbation et de l'entrée en vigueur du marché

Article 115 : Une fois la procédure de sélection validée par l'approbation des travaux, le marché est signé par l'autorité contractante et l'attributaire.

Article 116 : Les marchés publics, selon la qualité de l'autorité contractante, sont soumis à l'avis de la direction générale des marchés publics avant l'approbation par l'ordonnateur du budget concerné.

La direction générale des marchés publics a la responsabilité de faire approuver le marché dans le délai de validité des offres.

L'approbation du marché ne pourra être refusée que par une décision motivée, rendue dans les trente (30) jours calendaires suivant la transmission du dossier d'approbation. Cette décision de refus est susceptible de recours devant l'Autorité de régulation des marchés publics siégeant en qualité d'instance de recours non juridictionnel.

Le refus de visa ou d'approbation ne peut toutefois intervenir qu'en cas d'absence ou d'insuffisance de crédits ou en cas de non respect du délai de validité des offres.

Article 117 : Les marchés, après accomplissement des formalités d'approbation doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution. La notification consiste en un envoi du marché approuvé au titulaire, dans les sept (7) jours calendaires suivant la date d'approbation, par tout moyen permettant de donner date certaine. La date de la notification est la date de la réception du marché par le titulaire.

Le titulaire du marché procède à l'accomplissement des formalités d'enregistrement et de timbres dans les délais prescrits par la législation en vigueur.

Article 118: Le marché entre en vigueur dès son approbation par l'autorité compétente. L'entrée en vigueur du marché marque le début des obligations juridiques d'exécution.

Les délais d'exécution courent à compter de la date indiquée dans l'ordre de service de commencer les prestations.

CHAPITRE III : DE L'EXECUTION ET DU REGLEMENT DES MARCHES PUBLICS

Section 1 : Des garanties d'exécution

Paragraphe 1 : Des garanties financières

Article 119: Tout titulaire d'un marché de travaux, fournitures ou services courants est tenu de constituer un cautionnement définitif en garantie de la bonne exécution et du recouvrement des sommes dont il serait reconnu débiteur au titre du marché dénommé "garantie de bonne exécution".

L'obligation de fournir une garantie de bonne exécution dépend des exigences liées à la nature et au délai d'exécution du marché. Elle est fixée par le cahier des charges et doit être en rapport avec l'objet du marché.

Les titulaires de marché de prestations intellectuelles ne sont pas soumis à cette obligation.

Le montant de la garantie de bonne exécution est fixé par l'autorité contractante. Il ne peut excéder cinq pour cent (5%) du prix de base du marché augmenté ou diminué le cas échéant des avenants.

La garantie de bonne exécution peut être faite par une caution constituée dès l'approbation du marché auprès d'un établissement bancaire, un établissement financier agréé ou une mutuelle de micro finance. Elle peut être faite également par le dépôt d'une somme d'argent.

La garantie de bonne exécution doit être constituée avant l'établissement de l'ordre de service de commencer les prestations.

Les garanties de la bonne exécution sont inconditionnelles, irrévocables et payables sur simple demande du bénéficiaire.

La garantie de bonne exécution est libérée dans le délai d'un mois suivant le début du délai de garantie ou, si le marché ne comporte pas un tel délai, immédiatement suivant la réception provisoire des travaux et à la réception unique des fournitures et services courants.

Article 120 : Lorsque le marché prévoit un délai de garantie, la somme déposée au titre de la garantie de bonne exécution ne sera restituée ou la caution libérée qu'à la constitution de la retenue de garantie ou garantie de parfait achèvement qui doit être égale à cinq pour cent (5 %) au plus du montant du marché augmenté du montant de ses avenants.

La retenue de garantie peut être également faite sur les paiements à effectuer par l'autorité contractante dans la limite d'un montant maximum de cinq pour cent (5%) du montant des paiements. Elle est fixée par le cahier des charges.

La retenue de garantie est remboursée à la réception définitive des prestations.

Article 121 : Le titulaire d'un marché ne peut recevoir d'avances prévues aux articles 144 et suivants qu'après avoir constitué une caution auprès d'un établissement bancaire, un établissement financier agréé ou une mutuelle de micro finance s'engageant solidairement avec lui à rembourser s'il y a lieu la totalité du montant des avances consenties par l'autorité contractante.

Ladite caution est libérée au fur et à mesure que les avances sont effectivement remboursées.

A cet effet, l'administration délivre des mainlevées partielles correspondant aux montants des avances remboursées.

Article 122 : Les cahiers des charges déterminent, s'il y a lieu, les garanties autres que les cautionnements, les cautions personnelles et solidaires notamment, les sûretés réelles à savoir, les affectations hypothécaires, les dépôts de matières dans les magasins de l'Etat, qui peuvent être demandées à titre exceptionnel aux titulaires des marchés pour assurer l'exécution de leurs engagements. Ils précisent les droits que l'autorité contractante peut exercer sur ces garanties.

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

Article 123 : Lorsque, en vue de l'exécution des travaux ou des fournitures, des matériels, machines, outillages ou approvisionnements sont remis par l'autorité contractante au titulaire du marché sans transfert de propriété à son profit, celui-ci assume à leur égard la responsabilité légale du dépositaire.

Dans ce cas, l'autorité contractante doit exiger :

- une caution bancaire ou une lettre de garantie, garantissant la représentation des matériels, machines, outillages ou approvisionnements remis ;
- une assurance contre les dommages subis par les matériels, machines et outillages.

L'autorité compétente peut également prévoir dans le cahier des charges des pénalités pour retard imputable au titulaire dans la restitution ou la représentation des matériels, machines, outillages ou approvisionnements remis sauf cas de force majeure.

Paragraphe 2 : Des garanties techniques

Article 124 : Les cahiers des charges précisent la nature et la durée des garanties techniques exigées en fonction des prestations.

Lorsque la clause de garantie technique a joué, la période de temps écoulée entre la date à laquelle les défectuosités ont été signalées au titulaire du marché et la date à laquelle a été constatée la réparation peut être suspensive de la durée de garantie dont le point final est prorogé d'un temps égal à la période de suspension.

Les cahiers des clauses administratives précisent les conditions de suspension du délai de garantie.

Section 2 : Des incidents en cours d'exécution du marché

Paragraphe 1 : Des modifications des conditions initiales

Article 125 : La modification d'une clause substantielle initiale du marché doit être constatée par un avenant soumis à l'approbation de l'autorité compétente.

La passation d'un avenant est obligatoire dès qu'il y a un changement dans la masse des travaux et l'intensité des prestations de services courants ou intellectuelles. Les modalités des avenants sont mentionnées dans le cahier des charges.

En tout état de cause, l'avis conforme de la direction générale des marchés publics est requis.

Article 126 : La passation d'un avenant est obligatoire dès qu'il y a changement dans la masse des prestations dont le montant ne dépasse pas quinze pour cent (15%) du montant initial du marché. Ce seuil est porté à 20% pour les marchés relatifs aux travaux de réfection ou d'entretien.

La variation du volume des fournitures ne donne pas lieu à la passation d'un avenant. Dans tous les cas, pour les fournitures, l'avenant ne peut porter sur une augmentation ou une diminution des quantités.

En tout état de cause, lorsque la modification liée à l'avenant entraîne une variation du montant initial du marché, l'autorisation préalable de la direction générale des marchés publics est requise.

Pour les marchés publics de la région en tant qu'entité décentralisée, et ceux de la commune, l'organe délibérant est habilité à autoriser les avenants après avis de la direction générale des marchés publics.

Pour les marchés financés sur crédits délégués de l'Etat, au profit de la région et de la province, le Gouverneur ou le Haut-commissaire est habilité à autoriser les avenants, après avis conforme de la direction générale des marchés publics.

Pour les marchés des établissements publics de l'Etat et des sociétés à capitaux publics, l'organe délibérant autorise les avenants après avis conforme de la direction générale des marchés publics.

Article 127 : Lorsque la variation de la masse des travaux neufs ou l'augmentation du niveau d'intensité des prestations de services courants ou intellectuelles, à l'exception de celle des fournitures, dépasse de quinze pour cent (15 %) le montant du marché calculé sur la base des prix initiaux, ou lorsqu'en cas d'avenants successifs, le montant du dernier avenant à conclure doit porter le total cumulé des avenants, au-delà de quinze pour cent (15 %) du montant du marché, il est passé un nouveau marché.

Lorsque la variation de la masse des travaux de réfection ou d'entretien dépasse de vingt pour cent (20 %) le montant du marché calculé sur la base des prix initiaux, lorsqu'en cas d'avenants successifs, le montant du dernier avenant à conclure doit porter le total cumulé des avenants au-delà de vingt pour cent (20%) du montant du marché, il est passé un nouveau marché.

Paragraphe 2 : Des pénalités de retard

Article 128 : En cas de dépassement des délais contractuels fixés par le marché, le titulaire est passible de pénalités de retard, sans une mise en demeure préalable, sous réserve que les conditions de mise en œuvre des pénalités soient prévues au marché.

Le service liquidateur des pénalités transmet à l'administrateur de crédits l'état de liquidation des pénalités en deux (2) copies dont une est notifiée au titulaire du marché qui dispose d'un mois pour exercer un recours éventuel auprès de l'Autorité de régulation des marchés publics.

Le taux des pénalités applicable varie entre un millième (1/1000) et un deux millièmes (1/2000) du montant du marché par jour calendaire de retard pour les marchés de fournitures et de prestations intellectuelles et entre un deux millièmes (1/2000) et un cinq millièmes (1/5000) pour les marchés de travaux.

Ces règles relatives aux pénalités de retard ne s'appliquent pas aux marchés passés dans le cadre de la maîtrise d'ouvrage déléguée par le mandataire qui obéissent à des modalités de pénalités spécifiques prévues dans le manuel-type des procédures de passation pris par arrêté du ministre en charge du budget.

Article 129 : Lorsque le retard dans l'exécution des prestations relève d'un cas de force majeure suivant les conditions spécifiées dans les cahiers des charges, il ne sera pas appliqué de pénalités.

En tout état de cause, les faits et empêchements résultant de la force majeure doivent être communiqués par le titulaire du marché à l'autorité contractante avant l'expiration des délais contractuels.

Le cas de force majeure s'entend de tout fait, toute circonstance imprévisible, insurmontable et extérieure à la volonté des parties au marché.

L'autorité contractante apprécie les motifs évoqués et ordonne la suspension des délais s'il y a lieu.

Article 130 : Le ministre en charge du budget peut, sur requête du titulaire du marché, décider de la remise totale ou partielle des pénalités encourues après avis d'un comité dont les attributions, la composition et le fonctionnement sont fixées par arrêté du ministre en charge du budget.

Pour les collectivités territoriales la remise totale ou partielle, des pénalités de retard, peut être décidée par l'organe délibérant de la collectivité en ce qui concerne leurs marchés publics, après avis du Comité.

Pour les établissements publics de l'Etat et les sociétés à capitaux publics, la remise totale ou partielle, des pénalités de retard peut être décidée par le président du conseil d'administration après avis du Comité.

Pour les personnes privées agissant pour le compte d'une personne publique dans le cadre d'un mandat, la remise des pénalités doit être prononcée par le maître d'ouvrage, après avis du Comité.

Paragraphe 3 : De la variation des prix du marché

Article 131 : Les marchés sont conclus à prix ferme ou à prix révisable.

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

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

Article 132 : Lorsque les prix unitaires des marchés sont réglementés et font l'objet d'une tarification, ils peuvent être ajustés.

Article 133 : Lorsque le marché à conclure est à prix ferme, que le délai de validité des offres s'est écoulé sans que le soumissionnaire retenu par l'autorité contractante n'ait reçu notification de l'ordre de service et s'il peut justifier de la variation des prix, le titulaire du marché peut demander l'actualisation de son offre.

Le montant actualisé correspond à l'engagement définitif de l'autorité contractante à la date du commencement des délais d'exécution du marché.

Les règles d'actualisation des prix s'appliquent aux marchés dont les délais sont inférieurs à douze (12) mois, notamment en cas d'instabilité notoire de l'indice des prix.

Article 134 : Les modifications de prix résultant de l'actualisation et de l'ajustement donnent lieu à l'établissement d'un avenant conformément à la procédure définie au présent décret.

Article 135: Tout marché public dont le délai d'exécution est supérieur à douze (12) mois doit contenir une clause de révision de prix. La formule de révision s'applique au montant des acomptes et doit être indiquée dans le cahier des charges.

Article 136 : Les prix de référence à considérer sont ceux figurant sur le bordereau des prix unitaires à la date limite de validité des offres.

Le montant révisé du marché s'obtient en appliquant au montant initial du marché la formule de révision des prix.

Article 137: Si pendant les délais contractuels, les prix unitaires entrant dans la composition de la formule de révision des prix subissent une variation en plus ou en moins, il est fait application des dispositions ci-après :

- la révision du prix de référence doit être opérée sur le montant de chaque acompte puis, en fin d'exécution du marché, sur le montant du paiement pour solde ;
- les prix unitaires utilisés pour la révision doivent être appréciés à la date de réalisation réelle et au plus tard à la date limite de réalisation contractuelle des opérations donnant lieu à ces versements.

La révision prévue au présent article, ne peut intervenir que lorsque la variation des prix atteint un taux compris entre trois (3) et cinq pour cent (5%). Ce taux est fixé par le cahier des charges du dossier d'appel à concurrence.

Si le marché ne comporte pas de clause de révision des prix, il doit être fait recours au sous détail des prix du bordereau des prix unitaires.

Article 138 : Le jeu normal des révisions de prix en application des clauses contractuelles ne donne pas lieu à passation d'avenant.

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

Paragraphe 4 : De l'ajournement des marchés

Article 139 : L'autorité contractante peut ordonner l'ajournement des travaux, fournitures ou prestations de services objet du marché avant leur achèvement par " décision d'ajournement", notamment en cas d'insuffisance de crédits ou pour toute raison qui lui est propre.

Article 140 : Lorsque l'autorité contractante ordonne l'ajournement de l'exécution du marché pour une durée de plus de trois (3) mois, le titulaire a droit à la résiliation de son marché. Il en est de même en cas d'ajournements successifs dont la durée cumulée dépasse trois (3) mois.

L'ajournement ouvre droit au titulaire du marché à une indemnité d'ajournement payée par la collectivité publique. Ladite indemnité est, le cas échéant, déterminée par la collectivité publique au vu des éléments justificatifs des charges exposées par le titulaire du marché.

Paragraphe 5 : De la résiliation des marchés

Article 141 : Tout contrat de commandes publiques peut faire l'objet d'une résiliation dans les conditions stipulées aux cahiers des charges, dans les cas suivants:

1°) A l'initiative de l'autorité contractante :

- a) en cas de faute du titulaire du marché telle que stipulée aux cahiers des clauses administratives générales et particulières ;
- b) en cas d'inexactitude dans les déclarations du titulaire constatées en cours d'exécution du marché ;
- c) en cas de liquidation ou de redressement judiciaire de l'entreprise du titulaire ;
- d) lorsque le titulaire du marché dispose des approvisionnements ayant fait l'objet d'acomptes pour d'autres travaux ou fournitures autres que ceux prévus au marché tels que précisé à l'article 146.

2°) A l'initiative du titulaire du marché :

- a) en cas de défaillance de l'autorité contractante, notamment, le défaut de paiement rendant l'exécution du marché impossible et à la suite d'une requête restée sans effet pendant au moins trois (3) mois ;
- b) en cas d'ajournement dans les conditions prévues à l'article 140 du présent décret ;
- c) en cas de diminution des prestations excédant quinze (15%) du montant initial du contrat.

3°) A l'initiative de chacune des parties :

- a) lorsque l'application des formules de révision des prix conduit à une augmentation supérieure à vingt pour (20%) du montant initial du marché ou du montant de la partie du marché restant à exécuter tel que spécifié à l'article 138 du présent décret ;

b) lorsque le montant des pénalités de retard atteint un seuil supérieur à 5% du montant initial du marché.

c) en cas de force majeure rendant l'exécution du marché impossible.

En tout état de cause, l'avis préalable de l'Autorité de régulation des marchés publics est requis.

Article 142 : Lorsque la résiliation est prononcée à l'initiative de l'autorité contractante et sans qu'aucune faute contractuelle ne puisse être imputée au titulaire du marché, ou lorsque la résiliation est prononcée à l'initiative du titulaire du marché sur la base de l'article 141 point 2 du présent décret, le titulaire a droit à une indemnité de résiliation calculée forfaitairement sur la base des prestations qui restent à exécuter.

Ce pourcentage est fixé dans les cahiers des clauses administratives générales pour chaque catégorie de marché.

Le montant de l'indemnité de résiliation est fixé de commun accord entre l'autorité contractante et le titulaire du marché.

En cas de désaccord, l'Autorité de régulation des marchés publics est saisie à l'effet d'un règlement amiable.

Section 3 : Du règlement des marchés

Article 143 : Les marchés donnent lieu à des versements soit, à titre d'avances ou d'acomptes soit, à titre de règlement partiel, définitif ou pour solde du marché.

Paragraphe 1 : Des avances

Article 144 : Des avances de démarrage peuvent être accordées en raison des opérations préparatoires à l'exécution des travaux, fournitures, services courants ou de prestations intellectuelles qui font l'objet du marché.

Le montant total des avances accordées au titre d'un marché déterminé ne peut en aucun cas excéder trente pour cent (30 %) du montant du marché initial. Les avances sont définies dans le dossier d'appel d'offres ou de consultation.

Le montant total des avances accordées au titre d'un marché déterminé est, en fonction de la nature des prestations, de trente pour cent (30%) du montant du marché initial pour les travaux, vingt pour cent (20%) du montant du marché initial pour les fournitures, les prestations intellectuelles et les services courants.

Les avances doivent être garanties à cent pour cent (100%) par un établissement bancaire, un établissement financier agréé ou une mutuelle de micro finance et comptabilisées afin de s'assurer de leur apurement.

Il ne peut être accordé des avances pour les bons de commande et les lettres de commande.

Article 145: Les avances sont remboursées selon des modalités fixées par le marché, par retenue sur les sommes dues ultérieurement au titulaire à titre d'acompte ou de solde.

Le remboursement commence lorsque le montant des prestations exécutées au titre du marché atteint trente pour cent (30%) du montant initial et doit être terminé lorsque ce montant atteint quatre vingt pour cent (80%) conformément aux stipulations du dossier d'appel d'offres.

Paragraphe 2 : Des acomptes

Article 146 : Les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du marché ouvrent droit au versement d'acomptes au profit du titulaire du marché de la part de l'autorité contractante.

Le paiement des acomptes est effectué suivant les modalités fixées par le marché à tout titulaire d'un marché prévoyant un délai d'exécution supérieur à trois (03) mois s'il justifie avoir accompli pour l'exécution dudit marché l'une des prestations suivantes, soit par lui-même, soit par l'intermédiaire de sous traitants agréés par l'autorité contractante :

1°) l'accomplissement d'opérations intrinsèques d'exécution des travaux ou livraisons de fournitures constatées dans les attachements ou procès-verbaux préparés par l'Autorité contractante ou ses représentants.

2°) le paiement par le titulaire du marché des salaires et des charges sociales obligatoires y afférentes correspondant à la main d'oeuvre effectivement et exclusivement employée à l'exécution des travaux ou à l'ouvrage des biens ainsi que l'ensemble des frais généraux, impôts et taxes payables au titre du marché.

Les acomptes sur salaires et des charges sociales ne peuvent se cumuler, pour une même tranche de travaux, de fournitures ou de services, avec ceux versés en vertu du point 1 susvisé du présent article.

Le titulaire ne peut disposer des approvisionnements ayant fait l'objet d'acomptes pour d'autres travaux ou fournitures que ceux prévus au marché. Le non respect de cette disposition peut conduire à la résiliation du marché de plein droit.

Article 147 : Le montant des acomptes ne doit pas excéder la valeur des prestations auxquelles il se rapporte, une fois déduites le cas échéant, les sommes nécessaires au remboursement des avances.

Dans le cas d'acomptes versés en fonction de phases techniques d'exécution, le marché peut fixer forfaitairement le montant de chaque acompte sous forme de pourcentage du montant initial du marché, sous réserve de l'application des dispositions de l'article 145 du présent décret.

Les cahiers des clauses administratives particulières fixent les phases techniques d'exécution en fonction desquelles les acomptes doivent être versés.

Article 148 : Les règlements d'avance et d'acompte n'ont pas le caractère de paiement définitif. Leur bénéficiaire en est débiteur jusqu'au règlement final du marché ou, lorsque le marché le prévoit, jusqu'au règlement partiel définitif.

Article 149 : Lorsque les avances ont été accordées en application de l'article 144 et qu'elles sont remboursées par précomptes sur les sommes dues à titre d'acompte ou de solde, les règles de révision des prix prévues aux articles 137 et suivants ne s'appliquent que sur la différence entre le montant initial de l'acompte ou du solde et le montant de l'avance à déduire.

Article 150 : Les opérations effectuées par le titulaire d'un marché qui donnent lieu à versement d'avances ou d'acomptes ou à un paiement pour solde doivent être constatées par un document dressé par l'autorité contractante ou son représentant, ou vérifié et accepté par elle.

Paragraphe 3 : Des délais de règlement

Article 151 : L'autorité contractante ou son représentant est tenue de procéder au paiement des avances dans un délai qui ne peut dépasser quarante cinq jours (45) jours calendaires.

L'autorité contractante ou son représentant est tenue de procéder au paiement des acomptes dans un délai qui ne peut dépasser soixante (60) jours calendaires.

L'autorité contractante ou son représentant est tenue de procéder au paiement du solde dans un délai qui ne peut dépasser quatre vingt dix (90) jours calendaires.

Article 152 : Le dépassement des délais de paiement ouvre sans autre formalité et de plein droit pour le titulaire du marché au paiement d'intérêts moratoires à compter du jour suivant l'expiration du délai.

Les intérêts moratoires sont, à la demande du cocontractant, calculés sur la base des sommes dues jusqu'au jour de l'établissement du décompte ou de la réception des prestations au taux d'escompte de la BCEAO augmenté de un (1) point.

Article 153 : Les dispositions prévues au titre du régime des paiements s'appliquent aux sous-traitants. Les mandatements à faire aux sous-traitants qui ont été agréés et dont les conditions de paiement ont été acceptées par l'autorité contractante, sont effectués sur la base des pièces justificatives.

Paragraphe 4 : Du nantissement des marchés publics

Article 154 : Le titulaire du marché désirant obtenir une avance de fonds dans un établissement bancaire, un établissement financier agréé ou une mutuelle de micro finance peut remettre en garantie du prêt sollicité l'original de l'exemplaire unique dudit marché.

Les nantissemments doivent être signifiés par leur cessionnaire exclusivement au comptable assignataire du paiement. L'exemplaire unique doit être remis par l'organisme bénéficiaire, cessionnaire du nantissement, au comptable assignataire en tant que pièce justificative pour le paiement des sommes dues au titre du nantissement du marché. Toute opposition relative au paiement ne peut être faite valablement qu'entre les mains du comptable assignataire.

Le nantissement ne peut être effectué qu'auprès d'un établissement financier agréé ou d'un groupement bancaire ou d'une mutuelle de micro finance désigné dans le marché et agréé par le ministre en charge des finances d'un Etat membre de l'UEMOA.

Les formalités de publicité prévues par la réglementation nationale en vigueur sur le nantissement du marché, notamment, l'article 50 relatif au nantissement de l'Acte uniforme OHADA sur le droit des sûretés doivent, en tout état de cause, être respectées.

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

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

CHAPITRE IV : DES IRREGULARITES ET SANCTIONS

Section 1 : Des principes

Article 155 : Les agents de l'administration, et plus généralement, l'ensemble des personnes morales de droit public et de droit privé visées aux articles 5 et 6 du présent décret, 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 des marchés publics sont soumis aux dispositions du présent décret et des autres textes nationaux et communautaires interdisant les pratiques frauduleuses et/ou anticoncurrentielles à l'occasion ou lors de la mise en concurrence des contrats de commandes publiques ayant pour objet sinon pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

Article 156 : Les soumissionnaires aux marchés publics et aux délégations de service public prendront par écrit dans leur offre, à travers une déclaration sur l'honneur, 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 dans le cadre d'une procédure de passation d'un contrat de commande publique à laquelle ils participent.

Section 2 : Des irrégularités imputables à l'administration et à ses agents

Article 157 : Les agents de l'administration, et plus généralement de l'ensemble des personnes morales de droit public ou de droit privé visées aux articles 5 et 6 du présent décret 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 le présent décret et les autres textes nationaux en la matière encourrent les sanctions disciplinaires lorsque :

- ils ont procuré ou tenté de procurer un avantage anormal à un candidat 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;
- ils sont intervenus à un stade quelconque de la procédure en vue d'influencer l'attribution d'un marché, d'une délégation de service public à une entreprise dans laquelle ils ont pris ou conservé un intérêt ;
- ils ont fractionné des dépenses en vue d'échapper au mode de passation normalement applicable ou ont appliqué une procédure de passation

déroatoire sans avoir obtenu l'accord requis de la direction générale des marchés publics;

- ils ont passé un marché ou une délégation de service public avec un candidat exclu des commandes publiques ou ont exécuté un marché non approuvé par l'autorité compétente ;
- ils ont manqué de manière répétée à l'obligation de planification prévisionnelle et de publicité annuelle des marchés ;
- ils ont autorisé et ordonné des paiements après délivrance d'un titre de paiement ne correspondant pas aux prestations effectivement fournies ou à des prestations incomplètes ou non – conformes .

Les fautes et irrégularités imputables aux agents publics et aux candidats ou soumissionnaires dans le cadre des procédures de passation ou d'exécution de délégations de service public, notamment les actes de corruption, collusion, concussion, déclarations inexactes et mensongères, sont soumises aux sanctions identiques que celles commises dans le cadre des procédures de passation et d'exécution des marchés publics.

Article 158 : Sans préjudice des poursuites judiciaires et disciplinaires auxquelles ils s'exposent, les agents publics, qui commettent ou qui favorisent des actes frauduleux ou prohibés à l'égard des candidats, soumissionnaires, attributaires ou titulaires de commandes publiques lors des procédures de passation, d'exécution, de contrôle ou du règlement des contrats de commandes publiques encourent leur suspension ou leur radiation de toute commission ou de toute structure chargée des marchés publics.

Article 159: Sans préjudice des sanctions pénales et disciplinaires prévues par les lois et règlements en vigueur, les fonctionnaires ou agents de l'Etat, des établissements publics et collectivités territoriales, auteurs de toutes autres fautes commises dans le cadre de la procédure de passation, d'exécution et de règlement de commandes publiques peuvent être tenus, le cas échéant, à la réparation des dommages résultant de leurs actes.

Les personnes qui ont subi un dommage résultant d'un acte de corruption, présumé du fait d'un agent public, peut 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.

Le recours est porté préalablement devant l'Autorité de régulation des marchés publics.

Article 160 : Toute commande publique obtenue, ou renouvelée au moyen de pratiques frauduleuses ou d'actes de corruption est nulle et de nul effet.

Article 161 : Les fonctionnaires ou agents de l'Etat, des établissements publics et des collectivités territoriales chargés du contrôle technique sont tenus d'adresser, à l'autorité contractante, des rapports périodiques sur le respect du calendrier d'exécution des travaux et sur les défaillances du titulaire du marché.

Les rapports sont soumis à l'appréciation de l'autorité contractante qui peut, en cas de faute, obtenir du ministre responsable du contrôle technique le remplacement de l'agent chargé du contrôle.

Le manque de suivi réitéré, les négligences ou les inexactitudes constatées dans les rapports de contrôle, exposent leurs auteurs à des sanctions disciplinaires et/ou pénales.

Section 3 : Des irrégularités imputables aux soumissionnaires, attributaires et titulaires des marchés publics

Article 162 : Les inexactitudes délibérées constatées dans les attestations ou justifications contenues dans les offres peuvent entraîner l'exclusion temporaire d'un (1) an à (5) cinq ans de leurs auteurs de toute participation à la commande publique.

Cette décision est prise par l'Autorité de régulation des marchés publics.

Lorsque de telles inexactitudes sont constatées après notification de l'approbation du marché, l'autorité contractante signataire du marché peut, sans mise en demeure préalable et aux frais et risques du titulaire, prononcer soit la mise en régie, soit la résiliation du marché. Toutefois, l'avis préalable de l'Autorité de régulation des marchés publics est requis.

Article 163 : Sans préjudice des sanctions pénales prévues par la législation en vigueur, l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services s'expose aux sanctions suivantes énumérées à l'article 164 ci-dessous 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 ou a procédé à des pratiques de fractionnement ou de toute autre pratique visant sur le plan technique à influencer 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 marchés 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 ;
- a participé à des ententes anticoncurrentielles d'entreprises et/ou à des abus de positions dominantes et qui ont eu pour objet ou pour effet de restreindre le champ de la concurrence et/ou de fausser son libre jeu.

Article 164: Les sanctions relatives à la mise en régie sont prises par l'Autorité d'approbation après avis de la direction générale des marchés publics.

La résiliation du marché, l'exclusion temporaire de la commande publique pour une durée d'un (1) à cinq (5) ans déterminée en fonction de la gravité de la faute commise, y compris, en cas de collusion établie par l'Autorité de régulation des marchés publics, de toute entreprise qui possède la majorité du capital de l'entreprise accusée, ou dont l'entreprise accusée possède la majorité du capital sont prononcées par l'Autorité d'approbation après avis de l'Autorité de régulation des marchés publics de façon cumulative à l'encontre des candidats et soumissionnaires.

L'exclusion définitive de la commande publique peut être prononcée après avis de l'Autorité de régulation des marchés publics et décision du conseil des ministres sur rapport du ministre chargé du budget.

Article 165: La Direction générale des marchés publics établit périodiquement une liste des prestataires exclus de toute participation à la commande publique.

Cette liste est publiée dans la revue des marchés publics.

CHAPITRE V : *DU REGLEMENT DES CONTENTIEUX DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC*

Article 166 : Les différends, litiges et réclamations élevés ou soulevés par une partie à l'encontre d'une autre découlant de la passation, de l'exécution, du paiement, de l'interprétation ou de la résiliation des marchés publics et des délégations de service public ou de l'interprétation du présent décret sont réglés à l'amiable et, éventuellement, par voie contentieuse.

Ces dispositions s'appliquent à l'ensemble des personnes morales de droit public et de droit privé visées aux articles 5 à 7 du présent décret.

Section 1 : Du règlement amiable

Article 167 : Le règlement amiable a lieu devant la commission de règlement amiable des litiges de l'Autorité de régulation des marchés publics, conformément au texte portant organisation et fonctionnement de ladite Autorité.

Section 2 : Du règlement contentieux

Article 168 : A défaut d'un règlement amiable devant l'Autorité de régulation des marchés publics, le règlement contentieux peut être recherché soit devant un tribunal arbitral, soit devant la juridiction administrative compétente.

Article 169 : Les contentieux peuvent être soumis à un tribunal arbitral dans les conditions prévues par l'Acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage, à condition qu'une clause compromissoire conforme audit Acte soit expressément prévue dans le contrat.

Article 170 : Le recours devant la juridiction administrative compétente se fait suivant les règles de procédures devant les tribunaux de l'ordre administratif.

TITRE III : DE LA PASSATION ET DE L'EXECUTION DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

CHAPITRE I : DE LA PASSATION DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Section 1 : De l'étendue et du champ d'application

Article 171 : Outre les dispositions pertinentes des titres précédents, les délégations de service public sont spécifiquement régies par le présent titre.

Article 172 : Les Autorités contractantes peuvent conclure des délégations de service public en conformité avec les dispositions du présent décret, lorsqu'elles s'y rapportent.

La délégation de service public s'entend de la régie intéressée, de l'affermage de service public et de la concession de service public tels que définis au présent décret.

La procédure de sélection du délégataire doit être préalablement validée par la direction générale des marchés publics.

La procédure de sélection des candidats dans le cadre des délégations de service public est diligentée par l'Autorité délégante qui est chargée de l'élaboration des dossiers d'appel à la concurrence en collaboration avec les services techniques compétents.

Seules les Autorités délégantes compétentes peuvent conclure des délégations de service public au nom et pour le compte de la personne morale qu'elles représentent. Les délégations de service public conclues par une Autorité délégante non compétente sont nulles et de nul effet.

Section 2 : De la procédure de mise en concurrence des délégations de service public

Article 173 : La passation des délégations de service public doit être précédée d'une publicité de nature à permettre une information la plus claire possible sur le projet considéré, selon les règles définies aux articles 55 et 56 du présent décret.

Une publicité de l'avis est faite par une insertion dans la revue des marchés publics, dans un journal de grande diffusion et, lorsqu'elle existe, dans une publication spécialisée du secteur d'activité concerné.

Le délai de réception des soumissions est au minimum de quarante cinq (45) jours calendaires, à compter de la date de la première parution de l'avis dans la revue des marchés publics.

L'avis d'appel public à la concurrence est transmis pour avis conforme de la direction générale des marchés publics.

En cas de manquement d'une Autorité délégante aux obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par les dispositions du présent décret, toute personne physique ou morale ayant été lésée par ce manquement peut introduire un recours auprès de l'Autorité de régulation des marchés publics.

Article 174 : Lorsque le montant prévisionnel de la délégation, évalué sur toute la durée du projet, atteint le seuil de publicité communautaire défini par la Commission de l'UEMOA, l'Autorité délégante défère aux obligations de publicité communautaire dans le support de publication indiqué par la Commission de l'UEMOA. Le reste de la procédure de passation obéit aux règles prévues au présent décret.

La sélection du délégataire se fait par un appel public à la concurrence à l'échelon national lorsque le montant prévisionnel en toutes taxes comprises (TTC) de la délégation, évalué sur toute la durée du projet se situe en dessous du seuil de publicité communautaire défini par la Commission de l'UEMOA.

Article 175 : Quel que soit le seuil de publicité, une pré-qualification des candidats peut être organisée. Ces derniers doivent faire la preuve qu'ils satisfont aux critères de pré-qualification que l'Autorité délégante juge appropriés. Cette pré-qualification a pour objet d'identifier les cocontractants potentiels qui offrent les garanties techniques et financières suffisantes et qui ont la

capacité d'assurer la continuité du service public dont ils seront déléguataires.

La pré-qualification des candidats s'effectue exclusivement en fonction de leur capacité à exécuter la délégation de service public dans les conditions prévues à l'alinéa précédent.

Article 176 : Les critères retenus pour procéder à la pré-qualification des candidats sont les suivants:

- les références concernant des marchés analogues ;
- les effectifs, les installations et matériels dont les candidats disposent pour exécuter le marché ;
- la situation financière des candidats notamment la capacité d'apport en capital ;
- une attestation des Autorités nationales du pays d'origine des candidats ou du pays de leur établissement stable certifiant que le candidat est à jour de ses obligations fiscales et sociales;
- une attestation des Autorités nationales du pays d'origine des candidats ou du pays de leur établissement stable certifiant que les principaux dirigeants de l'entreprise candidate, ou l'entreprise candidate elle même, n'ont pas fait l'objet de condamnation pénale liée à leurs activités professionnelles ;
- la production de toutes autres pièces exigées par les autorités nationales.

Dans le cas où plusieurs entreprises se regroupent au sein d'un consortium pour présenter une offre, les conditions de pré qualification s'appliquent aussi bien au consortium qu'à chacun de ses membres, pour leurs capacités respectives.

Article 177: La procédure de pré qualification est conduite par l'Autorité délégante assistée par une commission de sélection des candidats dont la composition est fixée à l'article 181. La commission se réunit sans quorum à la demande de l'Autorité délégante.

Un avis de pré-qualification est publié par l'Autorité délégante dans les organes de presse écrite nationale dont la Revue des marchés publics et dans la presse étrangère et, le cas échéant, dans un journal spécialisé du secteur d'activité concerné.

L'avis de pré-qualification est fait de façon à informer tous les candidats potentiels de l'existence du projet. Les mentions obligatoires de cet avis

sont précisées dans le dossier-type adopté par décret sur proposition du ministre en charge du budget.

Article 178 : Dans tous les cas, le temps laissé aux candidats pour répondre à un dossier de pré-qualification ne peut être inférieur à quarante cinq jours (45) jours calendaires à compter de la date de première parution de l'avis dans la Revue des marchés publics.

Les demandes d'éclaircissement des candidats sont adressées à l'Autorité délégente au plus tard quinze (15) jours calendaires à compter de la date de la première parution de l'avis dans la revue des marchés publics.

L'Autorité délégente dispose d'un délai de sept (7) jours calendaires pour répondre à toute demande d'éclaircissement qu'elle reçoit de la part d'un candidat.

La réponse de l'Autorité délégente est transmise, dans le même délai, à tous les candidats ayant retiré un dossier de pré qualification, sans indication de l'origine de la demande.

Article 179 : Le dossier de pré qualification est établi par l'Autorité délégente. Il contient au moins les éléments suivants:

- l'ensemble des instructions relatives à l'établissement des demandes de pré qualification;
- une description de la structure contractuelle ;
- la liste des pièces justificatives demandées aux candidats et prouvant leur capacité à exécuter le projet, ainsi que la production de toutes autres informations utiles ;
- les critères précis aux termes desquels la pré-qualification est effectuée.

L'avis de publication et le dossier de pré qualification sont transmis pour avis conforme à la Direction générale des marchés publics.

Article 180 : L'Autorité délégente statue, après avis de la commission de sélection des candidats, sur la qualification de chaque candidat ayant présenté une demande. Elle statue uniquement sur la base des critères énoncés dans le dossier de pré-qualification.

L'Autorité délégente dresse la liste des candidats dont elle écarte la demande de pré-qualification ainsi que la liste de ceux dont elle retient la demande. La décision de l'Autorité délégente fait l'objet d'un procès verbal. L'Autorité délégente informe chaque candidat de la décision qu'elle a prise à son égard. Elle communique à tout candidat qui en fait la demande des motifs du rejet de sa candidature.

Pour les candidats dont elle retient la demande de pré qualification, l'Autorité délégente les invite, selon le cas, à présenter une offre dans les conditions identiques prévues pour l'appel d'offres ouvert direct ou pour l'appel d'offres en deux étapes respectivement définis aux articles 59 et 65 du présent décret.

Article 181 : La commission de sélection des candidats est composée ainsi qu'il suit:

- deux (2) représentants du maître d'ouvrage parmi lesquels est désigné le président de la commission ;
- un (1) représentant du ministère chargé du budget ;
- un (1) représentant du ministère chargé du commerce ;
- un (1) représentant du ministère chargé de l'emploi ;
- un (1) représentant du ministre chargé du travail
- un (1) représentant du ministère technique compétent.

Article 182 : Le président de la commission de sélection des candidats peut faire appel, avec voix consultative, à tout expert du secteur d'activité concerné appartenant au secteur public, ou privé et éventuellement aux représentants des usagers dont il estime la présence utile.

Les membres de la commission de sélection des candidats et les experts ne doivent entretenir aucun lien avec les candidats.

En dehors des séances d'ouverture des plis qui se tiennent en présence des représentants des candidats, la commission de sélection des candidats délibère à huis clos et ses débats sont secrets.

Les avis de la commission sont pris à la majorité des membres présents. En cas de partage des voix, celle du président est prépondérante.

Les résultats des travaux de la commission de sélection des candidats font l'objet d'un procès verbal qui est rendu public.

Article 183 : Sous réserve des dispositions de l'article 188 du présent décret relatives aux délégations de service public passées par la procédure de gré à gré, le délégataire est sélectionné à l'issue d'un appel d'offres ouvert direct ou d'un appel d'offres ouvert en deux étapes qui peut être précédé d'une procédure de pré-qualification telle qu'aménagée aux articles 175 et suivants du présent décret.

Lorsque l'Autorité délégente dispose de spécifications techniques détaillées et de critères de performance ou d'indicateurs de résultats précis, la sélection se fait en une seule étape. Dans ce cas, consécutivement à une éventuelle pré-qualification, elle procédera par voie d'appel d'offres ouvert direct dans les conditions définies à l'article 59 du présent décret.

La sélection du délégataire peut également se faire en deux étapes dans les conditions définies à l'article 60 du présent décret. Les candidats éventuellement pré-qualifiés remettent, tout d'abord, des propositions techniques, sans indication de prix, sur la base de principes généraux de conception ou de normes de performance. Une fois les propositions reçues et examinées, l'autorité contractante peut, après avoir éventuellement révisé le cahier des charges initial, inviter les soumissionnaires à présenter les propositions techniques assorties d'un prix.

Plusieurs entreprises peuvent se regrouper au sein d'un consortium pour présenter des offres dans le cadre des dispositions du présent décret. Toutefois, une même entreprise ne peut être membre que d'un seul consortium candidat.

Article 184 : L'évaluation des offres se fait sur la base de critères d'évaluation communiqués aux candidats dans le dossier d'appel d'offres et portant notamment sur :

- les spécifications et normes de performance prévues ou proposées ;
- la qualité des services publics visant à assurer leur continuité ;
- les tarifs imposés aux usagers ;
- le niveau des redevances reversées à la collectivité publique ;
- le plan d'investissement ;
- le potentiel de développement économique offert ;
- le respect des normes environnementales ;
- le coût, les charges, le montant et la rationalité du financement offert ;
- toutes autres recettes que les équipements procureront à l'Autorité délégente ;
- la valeur de rétrocession des installations réalisées par le délégataire ;
- la promotion de l'emploi en faveur des catégories sociales défavorisées.

Article 185 : L'attribution s'effectue sur la base de la combinaison optimale des différents critères d'évaluation prévus dans le dossier d'appel d'offres.

Article 186 : L'Autorité délégente et le soumissionnaire retenu à l'issue du processus de sélection engagent des négociations en vue d'arrêter les termes définitifs des délégations de service public qui peuvent être accompagnés notamment d'un contrat d'objectif.

Les termes de la convention doivent garantir un cadre juridique, financier et comptable transparent et équilibré dans l'intérêt des deux parties.

Article 187 : L'Autorité délégente publie un avis d'attribution des délégations de service public.

La procédure de sélection du délégataire doit au préalable recevoir l'avis conforme de la Direction générale des marchés publics.

Section 3 : Des délégations de service public passées de gré à gré

Article 188 : L'Autorité délégante peut également avoir recours à la procédure par entente directe dite de gré à gré pour la passation de délégations de service public dans les conditions définies ci-après :

- lorsque, en cas d'extrême urgence, constatée par la direction générale des marchés publics nécessitant une intervention immédiate visant à assurer la continuité du service public, il ne serait pas possible d'ouvrir une procédure de sélection avec mise en concurrence. La situation d'extrême urgence doit être motivée par des circonstances imprévisibles, indépendantes de l'Autorité concédante. Dans ce cas, la convention a une durée limitée à deux (02) ans ;
- lorsque, pour des considérations techniques ou juridiques, un seul opérateur économique est en mesure de réaliser et/ou exploiter le service demandé.

En tout état de cause, une délégation de service public ne peut être passée de gré à gré par une Autorité délégante qu'après avis d'un Comité chargé de l'examen des requêtes relatives à la conclusion de contrat par la procédure de gré à gré.

CHAPITRE II : DES AUTRES REGLES RELATIVES AUX DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Section 1 : Des autres règles relatives à l'étendue de la convention

Article 189 : Les délégations de service public déterminent les droits et les obligations des parties contractantes, notamment les conditions dans lesquelles sont assurées la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public, ainsi que les avantages administratifs, financiers ou fiscaux dont bénéficie le délégataire.

Toute modification ultérieure doit être constatée par un avenant soumis aux conditions et modalités d'approbation de la convention initiale.

Article 190 : Les délégations de service public ont une durée limitée qui tient compte de l'amortissement des investissements du délégataire.

En tout état de cause, la durée maximale des délégations de service public est de cinq (5) ans pour les régies intéressées, quinze (15) ans pour les affermagés de service public, et trente (30) ans pour les concessions de service public.

La durée des délégations de service public ne peut être prolongée qu'en raison de conditions particulières prévues dans la convention et pour une durée maximale de deux (2) ans pour les régies intéressées, quatre (4) ans

pour les affermages de service public, et six (6) ans pour les concessions de service public.

Dans tous les cas, la prolongation de la durée de la convention est soumise à l'approbation préalable du Conseil des Ministres ou de l'organe délibérant de la collectivité publique.

Article 191 : Si le délégataire est une entreprise ayant son établissement stable hors de l'espace économique UEMOA, il doit se constituer avant la signature de la convention, sous forme d'une société commerciale installée dans un Etat membre de l'UEMOA, conformément aux règles prévues par l'Acte uniforme OHADA du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

Section 2 : De la résiliation de la délégation de service public

Article 192 : Les délégations de service public peuvent être résiliées pour des motifs contractuellement prévus à l'initiative des parties contractantes dans les conditions suivantes :

1) à l'initiative de l'Autorité délégante :

- en cas de faute grave du délégataire : dans ce cas, l'Autorité délégante prononce elle-même la résiliation de la convention, après un avis conforme de l'Autorité de régulation des marchés publics. L'Autorité délégante peut mettre en jeu la responsabilité du délégataire en raison des fautes qu'il a commises. La délégation peut néanmoins prévoir que, dans ce cas, l'Autorité délégante verse une compensation financière liée à la récupération éventuelle des infrastructures ;
- pour un motif d'intérêt général, même sans faute du délégataire. La résiliation est alors prononcée par l'Autorité délégante après avis de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics. Le concessionnaire a toujours droit, dans ce cas, à une indemnité couvrant les pertes subies et le gain manqué.

2) à l'initiative du délégataire :

- en cas de faute grave de l'Autorité délégante : dans ce cas, la résiliation est prononcée, selon les cas, soit par l'Autorité de régulation des marchés publics soit par le tribunal arbitral ou soit par la juridiction administrative compétente. Le délégataire peut réclamer des dommages et intérêts ;
- au cas où l'Autorité délégante, par son action, remet en cause l'équilibre financier de la convention : dans ce cas, la résiliation est prononcée, selon les cas, soit par l'Autorité de régulation des marchés publics, soit par le tribunal arbitral ou soit par la juridiction administrative

compétente. Le délégataire peut alors réclamer des dommages et intérêts à l'Autorité délégante.

3) à l'initiative de chacune des parties :

En cas de force majeure, dans les conditions prévues par la convention ;

Le délégataire a la possibilité de contester, devant la juridiction administrative compétente la résiliation de la convention ainsi que le montant de l'indemnité qui lui est due par la collectivité publique délégante.

TITRE IV : DES DISPOSITIONS DIVERSES, TRANSITOIRES ET FINALES

CHAPITRE I : DES DISPOSITIONS DIVERSES ET TRANSITOIRES

Article 193 : Il ne sera accordé aucun honoraire ni aucune indemnité aux consultants chargés de la conception et/ou du suivi de l'exécution des travaux pour les dépenses qui excéderaient le coût initial approuvé par le maître d'ouvrage et qui seraient imputables à une faute du consultant.

Article 194 : Indépendamment des règles instituées dans le Code pénal en matière de secret professionnel, les fonctionnaires et agents de l'Administration sont tenus par l'obligation de discrétion professionnelle à l'occasion ou au cours des procédures de passation auxquelles ils participent à quelque titre que ce soit.

Article 195 : En application du principe de la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics et des délégations de service public, définie à l'article 1er point 17 du présent décret, les échanges d'informations peuvent faire l'objet de transmission par moyen électronique dans les conditions ci-dessous.

Cette transmission devra être privilégiée dès lors que les Autorités contractantes disposeront des moyens technologiques nécessaires.

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

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

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

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

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

Les modalités de mise en œuvre des dispositions sont définies par arrêté du ministre chargé du budget.

Article 196 : L'Autorité de régulation des marchés publics et la direction générale des marchés publics participent aux mécanismes de surveillance multilatérale en matière de marchés publics et délégations de service public définis par la Commission de l'UEMOA.

CHAPITRE II : DES DISPOSITIONS TRANSITOIRES

Article 197 : Les marchés publics dont les avis ont été publiés sous le régime de la réglementation antérieure restent soumis pour le reste de la procédure de passation aux dispositions en vigueur au moment de la date de publication des avis.

Leur exécution devra également rester conforme aux dispositions de la réglementation précédente sauf accord exprès des parties constaté par un avenant soumettant leur contrat au présent décret.

Les contrats conclus sous le régime du décret n°2003-269/PRES/PM/MFB du 27 mai 2003 portant réglementation générale des achats publics et en cours d'exécution restent régis par cette réglementation.

Article 198 : Lorsqu'à la date d'entrée en vigueur du présent décret, une Autorité délégante a déjà entrepris des discussions avec un tiers en vue de la passation d'une délégation de service public, l'organe délibérant de l'Autorité délégante détermine le niveau d'avancement des études éventuellement réalisées par ce tiers. L'Autorité délégante détermine par ailleurs, sur la base d'une expertise indépendante, le niveau d'indemnisation

auquel ce tiers a droit en raison des études et des travaux qu'il a réalisés. Cette indemnisation est prise en charge par l'Autorité délégente.

L'Autorité délégente engage une procédure d'appel d'offres ouvert direct ou en deux étapes, selon les cas, conformément aux règles prévues au présent décret pour la passation de cette convention.

Dans le cadre de cet appel d'offres, l'Autorité délégente porte à la connaissance de tous les candidats les études et les travaux déjà réalisés.

Article 199: En attendant la mise en place effective de l'Autorité de régulation des marchés publics, le Comité national de coordination et de suivi des réformes dans le secteur des marchés publics assure les fonctions de régulation des marchés publics et des délégations de service public en application du présent décret.