

LOI N° 2006-16 MODIFIANT LA LOI N° 65-61 DU 19 JUILLET 1965 PORTANT CODE DES OBLIGATIONS DE L'ADMINISTRATION.

EXPOSE DES MOTIFS

C'est en application des dispositions du Code des Obligations de l'Administration (COA) relatives aux modes de conclusion de contrats administratifs (articles 23 à 37) que les décrets portant Code des Marchés publics (CMP) sont pris. En effet, selon l'article 23 du COA :

« Les personnes administratives choisissent librement les modes de conclusion de leurs contrats sauf dans les cas où des dispositions législatives ou réglementaires imposent des procédures particulières ».

Au contraire du CMP qui a été plusieurs fois modifié pour tenir compte de l'évolution moderne du système des marchés publics, le COA est resté une loi inchangée depuis 1965 se caractérisant ainsi par une certaine obsolescence.

Conséquence, bien que le CMP reste subordonné au COA, certaines de ses dispositions n'ont pas manqué d'être en contradiction avec celui-ci, notamment dans le domaine des procédures de passation des marchés et d'application du CMP.

Il est donc apparu nécessaire de modifier les dispositions du Code des Obligations de l'Administration (COA) concernant la passation des marchés publics et des contrats portant participation du cocontractant d'une personne publique à l'exécution d'un service public, en vue de mettre ces dispositions en harmonie avec le CMP en tenant compte des meilleures pratiques actuellement reconnues ainsi que de celles préconisées par l'UEMOA à travers ses directives relatives à l'harmonisation des marchés publics, à savoir :

- 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 ; et,
- 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.

En effet, les dispositions du CMP tiennent compte des pratiques de passation des marchés publics reconnues internationalement, contredisant celles du COA qui décrivent ces procédures. Il en est ainsi du principe d'utilisation de l'adjudication en priorité (article 24), ou de la définition de l'appel d'offres (article 35).

Par ailleurs, le COA ne s'oppose pas actuellement à la définition de régimes dérogatoires ou parallèles de passation des marchés par d'autres décrets. Cette possibilité qui a permis l'institution de 1992 à 1997 de régimes dérogatoires pour la conclusion de marchés relatifs à certains projets nuit à l'instauration de procédures fiables et transparentes. Si le CMP abroge ces procédures, une interdiction par la loi (donc le COA) s'impose pour donner base légale aux nouvelles dispositions du CMP interdisant le recours à de tels procédés.

Globalement, les modifications du COA proposées visent à :

- remplacer les références à des procédures et méthodes qui ne répondent plus aux objectifs actuels par la mention des nouvelles procédures ;

- compléter les principes essentiels auxquels il convient de donner force de loi : définition préalable des besoins, transparence, respect des règles d'éthique, interdiction d'instauration de procédures dérogatoires ; et,
- transposer les directives de l'UEMOA relatives à l'harmonisation des marchés publics.

Il faut noter que les dispositions du COA relatives aux marchés publics ne concernent que les marchés ayant le caractère de contrats administratifs. Les marchés passés par les sociétés nationales et les sociétés à participation publique majoritaire demeurent des contrats de droit privé, même s'ils sont passés selon les règles prévues par le Code des Marchés publics.

Il convient également de distinguer les principes et procédures applicables aux marchés publics des règles générales concernant les contrats administratifs. En effet, la notion de contrat administratif est plus large que celle de marché relative aux achats de biens, travaux et services par les personnes de droit publics « marchés publics » proprement dits. Les contrats administratifs comprennent non seulement ces marchés mais également d'autres contrats tels que des contrats de vente, des baux et convention d'occupation des sols, etc.

1. Dispositions applicables aux achats publics La rédaction du projet de modifications du COA tient compte du caractère général de ce texte et de la cohérence avec les principes qui y sont prévus.

Il convient en effet de ne pas inclure dans le COA de dispositions trop détaillées qui soit, risqueraient de créer des difficultés d'interprétation avec celles du Code des Marchés publics ou d'autres lois ou décrets, soit nécessiteraient des modifications trop fréquentes de ce texte fondamental.

Principes généraux

Une distinction est faite entre le principe général de liberté des procédures de passation concernant tous les contrats administratifs édicté à l'article 23 et les principes applicables aux achats publics mentionnés à l'article 24.

L'article 24 nouveau mentionne l'obligation des acheteurs de définir préalablement leurs besoins ainsi que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, actuellement non explicités. Ces principes s'ajoutent à l'obligation d'existence de crédits budgétaires prévue à l'article 17 du COA, rappelée ici.

L'article 25 a pour objet de faire du Code des Marchés publics le cadre exclusif de la réglementation de la passation des marchés et d'éviter ainsi la pratique de multiples décrets dérogatoires.

L'article 24.3 reprend le principe de nullité absolue en cas de non respect des formalités de publicité prescrites ou de violation du principe d'égalité de traitement des candidats aux commandes publiques par les acheteurs publics, actuellement prévu par les articles 28 et 31.

Modes de passation

Afin de préserver, dans le CMP, les possibilités d'adaptation des procédures de passation aux évolutions ou aux difficultés constatées, il est proposé de ne pas détailler dans le COA les dispositions concernant des modes de passation mais de n'en énoncer que les caractéristiques générales. Ceci induit, en même temps, une certaine souplesse du COA qui préviendrait son obsolescence rapide face à un domaine en pleine mutation.

L'article 26 nouveau remplace les articles 24 à 28 et 32 à 37.

Cet article pose comme règle l'utilisation de l'appel d'offre ouvert en définissant ses principales caractéristiques ainsi que les principales autres formes d'appel d'offres. Il est fait

référence aux autres procédures d'une manière générale en indiquant la nécessité de prévoir limitativement les conditions de leur utilisation dans le Code des Marchés publics.

L'article 27 complète et précise la possibilité de demander des justifications concernant la qualification des candidats actuellement mentionnée à l'article 29 du COA.

La possibilité d'accorder une préférence nationale par dérogation au principe de non-discrimination est indiquée à l'article 28.

Régulation et contrôle

L'article 30. Il fait expressément référence à la création d'un organe de régulation des marchés publics dénommé Autorité de Régulation des Marchés publics sous forme d'autorité administrative indépendante. Cet organe est distinct de la structure administrative chargée du contrôle a priori de la passation des marchés. Ses composition, compétence et mode de fonctionnement sont précisés par décret.

Sont de plus précisées afin de leur donner une base légale stable :

- l'adoption d'une charte de transparence et d'éthique des marchés publics par décret (article 29) ;
- la possibilité d'un recours préalable à la conclusion du marché (article 31) ;
- la possibilité par l'organe de contrôle des marchés publics de prendre des sanctions administratives vis-à-vis des entreprises candidates (article 32).

Les articles 39 et 43 sont modifiés aux fins d'harmonisation avec les changements apportés.

2. Dispositions applicables aux contrats comportant la participation du cocontractant à l'administration et à l'exécution du service public.

les articles 10 et 11 du COA traitent brièvement de ce type de contrat en indiquant qu'il s'agit de contrats administratifs.

Dans la pratique, les contrats par lesquels une personne publique confie à un cocontractant l'exploitation d'un service public pour une durée déterminée existent au Sénégal sur la base des principes jurisprudentiels et modèles existant en France et dans les autres pays de droit civil et administratif : affermage, concessions.

Selon l'article 3 du CMP de 2002 « les contrats de concession et d'affermage sont soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence dans les conditions précisées par décret, sauf dispositions contraires prévues par la loi ».

Cette disposition renvoie à un décret inexistant pour ce qui concerne les conditions d'application des modalités de mise en concurrence et mentionne les concessions et affermage, sans définir ces expressions.

Les projets de Directives de l'UEMOA relatifs au contrôle, à la régulation et à la passation des marchés publics portent également sur les conventions de délégations de services publics, selon une approche similaire à celle adoptée dans l'Union européenne.

sont résumées dans le tableau ci-après :

Caractéristiques comparées des marchés publics, délégations de SP et contrat de partenariat				
Types de contrat	Objet	Financement	Qui paye le co-contractant	Risques d'exploitation

Marché public	Fourniture de biens, services ou travaux	Fonds publics	Acheteur public	Acheteur public
Concession	Soit : investissement + exploitation d'un SP au nom du concessionnaire Soit : exploitation seule d'un SP au nom du concessionnaire	Concessionnaire Soit : investissements et exploitation Soit : frais d'exploitation seule	les usagers	Concessionnaire
Régie intéressée	Exploitation complète d'un SP pour le compte et au nom de l'administration	Personne publique	La personne publique sur la base des sommes payées par les usagers	Co-contractant pour l'essentiel
Contrat de partenariat	Réalisation d'ouvrages ou projets sans gestion complète du SP	Co-contractant	La personne publique	Répartis

Le projet de nouveau Code des Marchés publics suit cette évolution en prévoyant les principes et méthodes régissant la passation de ces conventions par référence à ceux qui s'appliquent aux marchés publics, sauf dispositions particulières contraires.

Il est donc nécessaire que les dispositions du COA soit également adaptés concernant la définition de ces contrats.

De plus, la loi n° 2004-13 du 1er mars 2004 relative aux contrats de construction - exploitation - transfert d'infrastructures (CET), prévoit les conditions d'attribution et d'exécution de contrats conclus exclusivement avec des personnes privées, ayant pour objet tout ou partie des opérations de financement, conception, construction, exploitation, entretiens d'une infrastructure d'utilité publique. Cette loi vise à la fois des contrats comportant délégation de service public et des contrats portant essentiellement sur le financement, la construction et l'entretien d'infrastructures publiques, tels que les partenariats public-privé qui se développent en Europe.

Il apparaît nécessaire que les dispositions du COA prennent en compte et fassent entrer dans le cadre des principes de droit public sénégalais des contrats administratifs l'évolution de la Réglementation de l'UEMOA ainsi que les types de contrat auxquels fait référence la loi de 2004 sur les CET.

Ainsi la nouvelle rédaction de l'article 10 du COA donne une définition :

- des contrats de délégations de service public qui ont essentiellement pour objectif de confier au cocontractant de l'Administration la gestion d'un service public et, le cas

échéant, d'ouvrages publics correspondants ; une définition des principales formes de délégation (concession, régie intéressée).

La définition de la concession englobe à la fois la notion de concession de travaux publics portant sur la construction ou l'extension d'une infrastructure et sur sa gestion et celle de concession de service public portant uniquement sur la gestion. Il s'agit en effet de fixer les principes généraux de la délégation de services publics en les illustrant par des exemples les plus significatifs et non d'énumérer exhaustivement tous types de contrats possibles en figeant la définition. Ainsi la notion d'affermage qui se distingue difficilement de celle de concession de service public et qui est mal comprise par les investisseurs venant de pays qui n'ont pas une tradition similaire au droit administratif français ou d'Europe continentale, n'est pas mentionnée.

Les principales caractéristiques comparées des marchés publics, des délégations de services publics et des contrats de partenariat.

Enfin, il convient de relever que l'élaboration de ce projet de texte, tout comme la conduite de la réforme globale du cadre juridique des marchés publics, procède d'un processus participatif réunissant autour de l'Etat, le secteur privé, la Société civile et les partenaires au développement.

L'Assemblée nationale a adopté, en sa séance du mercredi 14 juin 2006 ;

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article premier - Les articles 10, 23 à 33, 39, 43 et 140 de la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration sont abrogés et remplacés par les dispositions suivantes :

Article 10 nouveau. - *De la participation au service public.*

La participation d'un cocontractant à un service public est réalisée par voie de délégation de service public ou sur la base d'un contrat de partenariat. Les dispositions du présent article ne concernent pas les contrats d'emploi du personnel.

Les conventions de délégation de service public et les contrats de partenariat constituent des contrats administratifs. Leur passation est soumise aux principes et méthodes applicables aux achats publics définis par les articles 23 à 33 du présent code, adaptés pour tenir compte de la nature particulière de ces conventions et contrats ainsi que du mode de rémunération du cocontractant. Ils sont conclus pour une durée déterminée.

I - Au titre d'une convention de délégation de service public une personne morale de droit public confie, pour une période déterminée, la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité, à un délégataire public ou privé. La rémunération du délégataire est totalement ou essentiellement liée aux résultats provenant des revenus de l'exploitation du service.

Le délégataire peut être chargé soit de la seule gestion du service public soit, en sus de la gestion, de la construction des ouvrages ou de l'acquisition des biens nécessaires à l'exploitation.

Les formes de délégation de service public comprennent notamment :

- la concession, contrat par lequel une personne publique charge le concessionnaire soit d'exécuter un ouvrage public ou de réaliser des investissements relatifs à un tel ouvrage et de l'exploiter en vue d'assurer un service public soit uniquement d'exploiter un ouvrage ou des équipements publics en vue d'assurer un service public.

Dans tous les cas le concessionnaire exploite le service public en son nom et à ses risques et périls en percevant des rémunérations des usagers de l'ouvrage ou des bénéficiaires du service concédé ;

- la régie intéressée au titre de laquelle une personne publique confie l'exploitation d'un service public à un cocontractant qui en assume la gestion pour le compte de ladite personne publique et reçoit de cette personne publique une rémunération calculée en fonction des revenus ou des résultats de l'exploitation du service.

II - Constitue un contrat de partenariat le contrat par lequel une personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée, une mission globale comprenant le financement et la réalisation, y compris la construction, la réhabilitation ou la transformation, d'investissements matériels ou immatériels, ainsi que leur entretien, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant, d'autres prestations, qui concourent à l'exercice par la personne publique concernée de la mission de service public dont elle est chargée.

La durée du contrat de partenariat est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de leur financement. Le cocontractant reçoit de la personne publique une rémunération échelonnée sur la durée du contrat qui peut être liée à des objectifs de performance qui lui sont assignés.

Article 23 nouveau *Principe général relatif à la conclusion de tous les contrats administratifs.*

Les personnes administratives choisissent les modes de conclusion de leurs contrats sauf dans les cas où des dispositions législatives ou réglementaires imposent des procédures particulières.

Article 24 nouveau *Principes fondamentaux applicables aux achats.*

En vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, la conclusion des contrats d'achat passés à titre onéreux par les acheteurs publics :

- exige une définition préalable des leurs besoins par ces acheteurs publics ;
- suppose l'existence de crédits suffisants selon le principe stipulé à l'article 17 du présent code ; et,
- doit respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Les principes susvisés s'appliquent aux achats effectués :

- par l'Etat, les collectivités locales et leurs établissements publics ;
- par les personnes qui agissent au nom et pour le compte des acheteurs publics ; et,
- par les organismes dont l'activité est financée majoritairement par des fonds publics, déterminés conformément aux dispositions du code des marchés publics visé à l'article 25 ci-après.

Le non respect des formalités de publicité prescrites et la violation du principe d'égalité de traitement des candidats aux commandes publiques par les acheteurs publics entraîne la

nullité de la procédure de passation ou du marché passé, à la requête de toute personne intéressée au déroulement normal de la procédure.

Article 25 nouveau. - *Code des marchés publics.*

Les règles régissant la préparation, la passation, l'approbation, l'exécution et le contrôle des commandes visées à l'article 24 ci-dessus sont fixées par un décret portant Code des Marchés publics. Aucune réglementation ou procédure particulière à un acheteur public, à une catégorie d'acheteurs ou à une catégorie de fournitures, services ou travaux ne peut déroger aux règles fixées par le code des marchés publics ou prises en application de ce code.

Article 26 nouveau. - *Modes de passation des marchés publics.*

L'appel d'offres ouvert constitue le mode de passation des marchés auquel les autorités contractantes doivent recourir par principe. Il ne peut être dérogé à ce principe que dans les conditions stipulées par le code des marchés publics.

L'appel d'offres est la procédure par laquelle une autorité contractante attribue le marché, après appel à la concurrence et ouverture publique des offres, sans négociation, au candidat réunissant les conditions de qualifications, que remet l'offre évaluée la moins disante, sur la base de critères quantifiés en termes monétaires préalablement portés à la connaissance des candidats.

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint. Il est dit ouvert lorsque tout candidat peut remettre une offre, et restreint lorsque seuls peuvent remettre une offre les candidats qui y ont directement été invités par l'autorité contractante. L'appel d'offres ouvert peut comprendre une phase de pré-qualification à l'issue de laquelle tous les candidats qualifiés sont invités à remettre une offre.

Le Code des Marchés publics définit les modes d'appel à la concurrence autres que l'appel d'offres ouvert ainsi que les autres méthodes de passation, tels que l'entente directe avec un fournisseur ou la demande de renseignement et de prix, qui ne peuvent être utilisés que dans les conditions qu'il prévoit limitativement et sous le contrôle de l'autorité administrative chargée du contrôle de la passation des marchés.

Article 27 nouveau. - *Qualification des candidats.*

Dans le respect des principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats, les acheteurs publics peuvent requérir des candidats aux marchés toute justification concernant notamment :

- leur situation juridique y compris leur capacité de contracter et de poursuivre leurs activités ;
- les moyens matériels, humains et financiers dont ils disposent ;
- l'expérience acquise dans la réalisation d'activités analogues à celle faisant l'objet du marché ;
- l'absence de disqualification ou condamnation de l'entreprise candidate ou de ses dirigeants liée à la passation ou à la l'exécution de marchés publics ou à leur activité professionnelle ;
- la régularité de leur situation vis-à-vis de l'administration fiscale ou des organismes de protection sociale.

Article 28 nouveau. - *Préférence nationale*

Par dérogation au principe d'égalité de traitement, une préférence peut être attribuée lors de la passation d'un marché aux offres portant sur des fournitures, services ou travaux d'origine ou de fabrication sénégalaise présentés par une entreprise nationale dans les conditions et limites déterminées par le code des marchés publics et dans le respect des dispositions des traités et accords internationaux conclus par la République du Sénégal.

Article 29 nouveau - Règles d'éthique

Toute personne impliquée dans la passation et l'exécution des marchés publics pour le compte d'une autorité contractante, d'un candidat à un marché public ou à un autre titre est tenue de respecter les règles d'éthique concernant en particulier l'absence de participation à toute pratique de corruption active ou passive et doit effectuer toute déclaration écrite relative à cet engagement qui leur est demandée est conformément à la réglementation applicable.

Article 30 nouveau. - Régulation et contrôle des marchés publics.

I. Il est créé une autorité administrative indépendante dénommée Autorité des Marchés publics bénéficiant de l'autonomie financière. Cette autorité indépendante, dont les ressources, la composition, les compétences détaillées et les règles de fonctionnement sont fixées par décret, est chargée :

- de conseiller et d'assister les autorités compétentes de l'Etat dans l'élaboration des textes législatifs et réglementaires concernant la passation et l'exécution des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat, lors de l'analyse des résultats de l'application de ces textes, et pour leur adaptation ou modification ;
- d'assurer des missions d'enquête et de contrôle a posteriori du respect de la réglementation régissant la passation ainsi l'exécution des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat, de saisir toutes autorités compétentes en cas de violation de cette réglementation ou des règles de concurrence ;
- de sanctionner les personnes physiques ou morales contrevenantes qui auront contrevenu à la réglementation applicable en matière de passation ou d'exécution de marchés publics ou de délégations de service public par des exclusions temporaires et/ou des pénalités pécuniaires.

II. Sans préjudice de l'exercice des pouvoirs généraux des autres organes de contrôle de l'Etat, une structure administrative spécialement mise en place à cet effet assure le contrôle à priori des procédures de passation des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariats, les missions de collecte et diffusion d'informations sur l'attribution et les conditions d'exécution de ces marchés et contrats ainsi que le conseil aux autorités contractantes et à leurs agents.

Article 31 nouveau. - Recours relatif à la procédure de passation.

En cas de non respect des règles relatives à la passation des marchés et sans préjudice des recours gracieux et contentieux, une procédure spéciale de recours non juridictionnel devant un organe placé au sein de l'Agence de Régulation des Marchés publics, est ouverte à toute personne qui a participé à une procédure de passation et n'a pas été désignée attributaire, dans les conditions définies par le code des marchés publics.

Article 32 nouveau. - Sanctions des candidats et titulaires

L'organe compétent en matière de recours non juridictionnels, placé sous l'égide de l'autorité chargée de la régulation des marchés publics peut, par une décision administrative individuelle, prononcer à l'encontre d'un candidat ou titulaire d'un marché public, d'une

délégation de service public ou d'un contrat de partenariat, l'exclusion, temporaire ou définitive, des commandes publiques, à titre de sanction pour des fautes commises par l'intéressé lors de la passation ou de l'exécution de ces marchés ou contrats, sans préjudice des sanctions pénales éventuellement encourues ou réparations éventuellement dues.

Article 33 nouveau. - Responsabilité et sanction des agents publics.

Sans préjudice des sanctions pénales prévues par les lois et règlements en vigueur, les fonctionnaires ou agents publics de l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics, et autres organismes publics, auteurs de fautes commises dans le cadre de la préparation, passation ou exécution des marchés publics, délégations de service public ou contrats de partenariats, sont passibles de sanctions disciplinaires et tenus, le cas échéant, à la réparation des dommages résultant de leurs actes.

Article 39 nouveau. - Régime juridique de l'offre de contracter

Les dispositions du Code des Obligations civiles et commerciales relatives au régime juridique des offres sont applicables aux contrats administratifs, sauf les règles spéciales imposées par le présent code et les textes législatifs et réglementaires aux offres intervenant au cours d'une procédure de passation d'un marché soumis au Code des Marchés publics.

Article 43 nouveau. - Conclusion des marchés publics. L'approbation par l'autorité compétente vaut conclusion du marché.

Article 140 nouveau. - Recours pour excès de pouvoir

Les actes détachables du contrat peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat.

Sont notamment détachables du contrat :

1. l'autorisation de contracter ;
2. la décision de contracter ou de ne pas contracter ;
3. l'opération d'attribution ;
4. l'approbation du contrat ;

Art. 2 - Sont abrogées toutes les dispositions contraires à la présente loi, notamment celles de la loi n°90-07 du 26 juin 1990 relative à l'organisation et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique, relatives à la passation des marchés.

La présente loi sera exécutée comme loi d'Etat.

Fait à Dakar, le 30 juin 2006.
Abdoulaye WADE.
Par le Président de la République :
Le Premier Ministre,
Macky SALL