

BURKINA FASO

UNITE-PROGRES-JUSTICE

ASSEMBLEE NATIONALE

IV^E REPUBLIQUE
SEPTIEME LEGISLATURE

LOI N°039-2016/AN
PORTANT REGLEMENTATION GENERALE
DE LA COMMANDE PUBLIQUE

L'ASSEMBLEE NATIONALE

Vu la Constitution ;

Vu la Résolution n°001-2015/AN du 30 décembre 2015 portant validation du mandat des députés ;

a délibéré en sa séance du 02 décembre 2016

et adopté la loi dont la teneur suit :

TITRE I : DES DISPOSITIONS GENERALES

CHAPITRE 1 : DE L'OBJET ET DES DEFINITIONS

Section 1 : De l'objet

Article 1 :

La présente loi fixe les règles régissant la passation, l'exécution, le contrôle et la régulation des marchés publics et des délégations de service public passés par les autorités contractantes et les autorités délégantes définies aux tirets 3 et 4 de l'article 2 ci-dessous.

Les dispositions de la présente loi fixent également les règles relatives au contrôle et au règlement non juridictionnel des différends résultant de la commande publique.

Article 2 :

Aux fins de la présente loi, on entend par :

- appel d'offres : la procédure d'appel à la concurrence par laquelle l'autorité contractante choisit l'offre conforme évaluée la moins disante et dont le soumissionnaire satisfait aux critères de qualification ;
- attributaire : le soumissionnaire dont l'offre a été retenue avant l'approbation du marché public ;
- autorité contractante : la personne morale de droit public ou de droit privé définie aux articles 3 et 4, signataire d'un marché public, tel que défini au tiret 19 du présent article ;
- autorité délégante : l'autorité contractante ci-dessus définie au tiret 3 du présent article, cocontractante d'une délégation de service public ;
- candidat : la personne physique ou morale qui manifeste un intérêt à participer ou qui est retenue par une autorité contractante pour participer à une procédure de passation de marché ou de délégation de service public ;
- commande publique : toutes les formes d'acquisition de biens, de services ou de prestations au profit des collectivités publiques, notamment le marché public, la délégation de service public et le partenariat public-privé ;
- conflit d'intérêt : situation dans laquelle une personne commise par l'autorité contractante, un candidat, un soumissionnaire, un attributaire

ou un titulaire se trouve avec des intérêts personnels qui sont en concurrence avec la mission qui lui est confiée, l'intérêt de son administration ou de sa société, et qui peuvent le mettre en difficulté pour accomplir sa tâche avec neutralité ou impartialité ;

- corruption :

- le fait pour tout agent public qui, à l'occasion de la préparation, de la négociation, de la conclusion ou de l'exécution d'une commande publique, d'un contrat ou d'un avenant conclu au nom de l'Etat ou des collectivités territoriales, des établissements publics d'Etat ou des sociétés d'Etat, de percevoir ou de tenter de percevoir, directement ou indirectement, à son profit ou au profit d'un tiers, une rémunération ou un avantage de quelque nature que ce soit de la part d'un contractant privé ;
- le fait pour tout agent public de recourir abusivement à la procédure d'entente directe dans une commande publique conclue au nom de l'Etat ou des collectivités territoriales, des établissements publics d'Etat ou des sociétés d'Etat ;
- le fait pour toute personne physique ou morale d'accorder ou de proposer une rémunération ou un avantage quelconque par lui-même ou par personne interposée à un agent public en vue de l'obtention d'une commande publique ;

- délégataire : la personne morale de droit privé ou de droit public signataire d'une convention de délégation de service public ou de maîtrise d'ouvrage ;

- délégation de service public : le contrat administratif écrit par lequel une des personnes morales de droit public ou de droit privé définies respectivement aux articles 3 et 4 de la présente loi confie la gestion d'un service public relevant de sa compétence à un délégataire dont la rémunération est liée ou substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service ;

- fractionnement : la pratique qui consiste à morceler une acquisition ou une prestation en plusieurs marchés en vue de la soustraire aux règles qui lui sont normalement applicables ;

- maître d'œuvre : la personne physique ou morale de droit public ou de droit privé chargée par le maître d'ouvrage public ou le maître d'ouvrage délégué, des attributions attachées aux aspects architectural et technique de la

réalisation d'un ouvrage de bâtiment ou d'infrastructure aux termes d'un contrat de maîtrise d'œuvre. La maîtrise d'œuvre inclut des fonctions de conception et d'assistance au maître d'ouvrage public et/ou au maître d'ouvrage délégué dans la passation, la direction de l'exécution des contrats de travaux, dans l'ordonnancement, le pilotage et la coordination du chantier, dans les opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement ;

- maître d'ouvrage : la personne morale de droit public ou de droit privé qui est le propriétaire final de l'ouvrage ou de l'équipement technique, objet du marché ;
- maître d'ouvrage délégué : la personne morale de droit public ou de droit privé qui est le 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 ;
- manœuvres frauduleuses : le fait pour une personne, d'agir ou de s'abstenir d'agir, ou de dénaturer des faits, d'induire délibérément en erreur ou de chercher à induire en erreur une partie, afin d'en tirer un avantage financier ou autre, ou de se soustraire à une obligation, ou d'influencer l'attribution ou l'exécution d'une commande publique de manière préjudiciable à l'autorité contractante ;
- manœuvres collusoires : le fait pour deux ou plusieurs personnes de s'entendre afin d'atteindre un objectif illicite, notamment en influençant indûment les actions d'autres parties ;
- manœuvres coercitives : le fait pour une personne de nuire ou porter préjudice, ou menacer de nuire ou de porter préjudice directement ou indirectement à une partie ou à ses biens en vue d'influencer indûment les actions de ladite partie ;
- manœuvres obstructives :
 - le fait de détruire, falsifier, altérer ou dissimuler délibérément des éléments de preuve sur lesquels se fonde une enquête ou de faire des fausses déclarations aux enquêteurs sur des accusations liées à des faits de corruption, de fraude, de coercition ou de collusion et/ou menacer, harceler ou intimider une personne dans le but de l'empêcher de révéler des informations relatives à cette enquête ou de l'empêcher de poursuivre ladite enquête, ou ;

- le fait d'entraver délibérément l'exercice par l'autorité contractante de son droit d'examen et de vérification ;
- marché public : le contrat administratif écrit conclu à titre onéreux par une autorité contractante définie aux articles 3 et 4 de la présente loi avec des entités privées ou publiques pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ;
- 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 ;
- partenaire privé : le titulaire de contrat approuvé pour exécuter un projet de partenariat public-privé ;
- partenariat public-privé : forme de collaboration qui associe l'autorité publique et une personne physique ou morale de droit privé dans le but de fournir des biens ou des services au public, en optimisant les performances respectives des secteurs public et privé afin de réaliser dans les meilleurs délais et conditions, des projets à vocation sociale ou de développement d'infrastructures et de services publics, dans le respect des principes d'équité, de transparence, de partage de risques et de viabilité à long terme ;
- principe d'économie et d'efficacité : le fait d'instaurer un environnement concurrentiel, d'adopter des procédures rationnelles permettant d'obtenir de meilleures prestations au regard du rapport qualité-prix et du délai ;
- principe d'égalité de traitement des candidats : l'absence de discrimination dans la procédure de passation des marchés et des délégations de service public ;
- principe de la reconnaissance mutuelle : le fait pour tout Etat membre de l'Union économique et monétaire ouest africaine de reconnaître et d'accepter les documents délivrés par les administrations des autres Etats membres dans le cadre des marchés publics et des délégations de service public ;

- principe de la liberté d'accès : le fait de donner à tous les candidats la possibilité de concourir dans les procédures de passation des marchés publics et des délégations de service public, sous réserve de remplir les conditions d'accès et de ne pas se trouver dans une situation d'exclusion prévue par la réglementation ;
- principe de la transparence des procédures : le fait d'assurer la traçabilité à travers la modernité des procédures et la mise à disposition de l'information destinée aux candidats en amont et en aval de la procédure de passation. La transparence signifie aussi que le processus de passation doit être accessible, compréhensible et prévisible ;
- soumissionnaire : la personne physique ou morale qui participe à un appel à concurrence en soumettant un acte d'engagement et les éléments constitutifs de son offre ;
- titulaire : la personne physique ou morale, attributaire, dont le marché a été approuvé.

CHAPITRE 2 : DU CHAMP D'APPLICATION

Article 3 :

Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux marchés publics et délégations de service public conclus par :

- les ministères et institutions ;
- les autorités administratives indépendantes ;
- le parlement ;
- les missions diplomatiques et consulaires ;
- les collectivités territoriales ;
- les établissements publics ;
- les agences d'exécution et les personnes morales ayant la qualité d'organisme de droit public ou assimilés ;
- les sociétés d'Etat ;

- les sociétés à participation financière publique majoritaire ;
- les associations formées par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public.

Article 4 :

Les dispositions de la présente loi s'appliquent également :

- aux marchés publics 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'un établissement 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 publics 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 3 ci-dessus ;
- aux marchés publics passés dans le cadre d'une coordination ou d'un groupement de commandes, 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 ;
- aux marchés publics et délégations de service public qu'une entité bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public passe avec des tiers dans le cadre de cette activité et que l'acte par lequel ce droit est octroyé prévoit que l'entité concernée respecte les dispositions de la présente loi.

Article 5 :

La présente loi s'applique aux marchés publics et délégations de service public passés par les autorités contractantes et les autorités délégantes quelle que soit leur source de financement dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux accords de financement.

Toutefois, pour la passation des commandes publiques financées sur ressources extérieures, il n'est pas exercé une revue a priori du ministère en charge du

budget sur le processus de passation desdites commandes publiques lorsque le bailleur de fonds concerné prévoit une revue a priori.

Article 6 :

La présente loi 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.

Un décret pris en Conseil des ministres précise la nature et les modalités d'acquisition des biens et services concernés par cette exclusion.

CHAPITRE 3 : DES PRINCIPES DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Article 7 :

Les procédures de passation des marchés publics et des délégations de service public, quel que soit le montant, sont soumises à quatre principes fondamentaux :

- l'économie et l'efficacité du processus d'acquisition ;
- la liberté d'accès à la commande publique ;
- l'égalité de traitement des candidats et la reconnaissance mutuelle ;
- la transparence du processus de passation, d'exécution et de règlement de la commande publique.

TITRE II : DU CADRE INSTITUTIONNEL DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Article 8 :

Le cadre institutionnel des marchés publics et des délégations de service public repose sur le principe de la séparation des fonctions de gestion, de contrôle et de régulation. Il comprend les organes de gestion, l'entité de contrôle et celle de régulation des marchés publics et des délégations de service public.

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

CHAPITRE 1 : DES ORGANES DE GESTION DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Article 9 :

Les organes de gestion sont responsables de la mise en œuvre des procédures de passation et d'exécution des marchés publics et des délégations de service public.

Leur création, attributions, composition et fonctionnement sont fixés par décret pris en Conseil des ministres.

CHAPITRE 2 : DE L'ENTITE DE REGULATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Article 10 :

Il est créé une autorité administrative indépendante chargée de la régulation de la commande publique.

Elle est dotée de la personnalité juridique, de l'autonomie financière et de gestion.

Elle agit en toute impartialité, objectivité et indépendance. Dans le cadre de l'exercice de ses missions, elle ne reçoit d'instruction d'aucune autorité. Ses actes sont soumis au contrôle de légalité du juge administratif.

Article 11 :

L'autorité administrative indépendante chargée de la régulation de la commande publique a une compétence exclusive en matière de régulation de la commande publique. A ce titre, elle dispose d'un pouvoir réglementaire et de sanction disciplinaire en la matière. Elle propose au gouvernement toute mesure réglementaire régissant la commande publique.

En tout état de cause, pour l'adoption de tout projet de texte relatif à la commande publique, l'avis préalable de l'autorité administrative indépendante chargée de la régulation de la commande publique est requis.

Article 12 :

L'autorité administrative indépendante chargée de la régulation de la commande publique garantit principalement l'exécution des missions suivantes en matière de commande publique :

- la définition des politiques ;
- la formation et l'information ;
- le maintien du système d'information ;
- la conduite des audits et l'évaluation du système.

L'autorité administrative indépendante chargée de la régulation de la commande publique est également chargée de la discipline et du règlement non juridictionnel des différends relatifs à la passation des marchés publics, des délégations de service public et des partenariats public-privé.

Article 13 :

L'autorité administrative indépendante chargée de la régulation de la commande publique comprend :

- un conseil de régulation ;
- un secrétariat permanent ;
- une instance de recours non juridictionnel.

Article 14 :

Les ressources de l'autorité administrative indépendante chargée de la régulation de la commande publique sont constituées :

- de la redevance de régulation ;
- de frais administratifs et de droits d'ouverture de dossier devant l'instance de recours non juridictionnel ;
- de produits de réalisation de cautions de recours devant l'instance de recours non juridictionnel ;
- de produits de sanctions pécuniaires prononcées par l'instance de recours non juridictionnel, des revenus de son patrimoine ;

- de subventions ;
- de dons, legs ou contributions ;
- de toutes autres ressources affectées par les lois ou les règlements.

Article 15 :

Les attributions, l'organisation et le fonctionnement de l'autorité administrative indépendante chargée de la régulation de la commande publique sont définis par décret pris en Conseil des ministres.

CHAPITRE 3 : DE L'ENTITE ADMINISTRATIVE CHARGEE DU CONTROLE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Article 16 :

Une entité administrative du ministère chargé du budget assure le contrôle des procédures de passation et d'exécution de la commande publique.

Article 17 :

L'entité administrative chargée du contrôle de la commande publique a pour missions :

- de contrôler l'application de la réglementation sur la commande publique sans préjudice de l'exercice des pouvoirs généraux de contrôle des autres organes de l'Etat ;
- d'émettre les avis à la demande des autorités contractantes lorsqu'ils sont prévus par la réglementation en vigueur ;
- de former, d'informer et de conseiller les acteurs de la commande publique sur la réglementation et les procédures applicables en relation avec l'autorité administrative indépendante chargée de la régulation de la commande publique ;
- de contribuer en relation avec l'autorité administrative indépendante chargée de la régulation de la commande publique à la collecte d'informations et de documents en vue de la constitution d'une banque de données.

Article 18 :

Les attributions, l'organisation et le fonctionnement de la structure chargée du contrôle de la commande publique sont définis par arrêté du ministre en charge du budget.

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

CHAPITRE 1 : DES REGLES GENERALES APPLICABLES AUX PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

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

Article 19 :

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 dans le cadre des marchés passés par entente directe, au début de chaque gestion budgétaire à travers un plan annuel de passation des marchés.

Section 2 : De la publicité

Article 20 :

Les autorités contractantes publient chaque année au plus tard le 31 mars un avis général recensant les marchés publics et les délégations de service public qu'elles prévoient de passer par appel à la concurrence durant l'exercice budgétaire et dont les montants prévisionnels estimés en toutes taxes comprises sont égaux ou supérieurs aux seuils de publicité communautaire définis par la Commission de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA).

Les autorités contractantes publient également chaque année au plus tard le 31 mars le plan global de passation des marchés publics.

Article 21 :

Toute procédure d'appel à la concurrence ouverte est portée à la connaissance du public par la publication d'un avis, sous peine de nullité.

Les supports et modalités de publication sont définis par décret pris en Conseil des ministres.

Dans les procédures ouvertes et restreintes, le délai de réception des candidatures ou des offres ne peut être inférieur à trente jours calendaires pour les marchés dont le montant prévisionnel est estimé égal ou supérieur au seuil national de l'appel d'offres et à quarante-cinq jours calendaires pour les marchés dont le montant prévisionnel est estimé égal ou supérieur au seuil communautaire.

Pour les appels d'offres, en cas d'urgence ne nécessitant pas une intervention immédiate, les délais mentionnés à l'alinéa précédent peuvent être ramenés à sept jours calendaires minimum et quinze calendaires maximum.

Section 3 : Des procédures de passation des marchés et des délégations de service public

Article 22 :

La mise en œuvre d'une procédure de passation d'un marché public est subordonnée à l'existence de crédits budgétaires suffisants et/ou à l'autorisation d'engagement lorsque la couverture financière est reconnue.

Article 23 :

Les marchés de travaux, de fournitures, de services courants et les délégations de service public sont passés après un appel d'offres ouvert ou exceptionnellement après une mise à concurrence restreinte ou par entente directe.

L'autorité contractante peut avoir recours, en fonction des seuils fixés par décret pris en Conseil des ministres, à des procédures allégées.

Le contrôle des prix lié aux acquisitions des biens et services au profit de l'Etat et de ses démembrements se fait en référence à la mercuriale des prix validée par le ministre en charge du budget lorsque ces biens et services y sont prévus.

A défaut, le contrôle des prix se fait par l'utilisation de tout autre référentiel des prix homologué.

Un décret pris en Conseil des ministres précise le champ d'application ainsi que les modalités d'exercice du contrôle des prix.

Article 24 :

Les marchés de prestations intellectuelles sont passés suivant une demande de propositions précédée d'une manifestation d'intérêts sauf pour les marchés passés par entente directe.

L'autorité contractante peut avoir recours à des procédures allégées fixées par décret pris en Conseil des ministres.

Article 25 :

Sans préjudice des dispositions relatives aux obligations en matière de publicité des attributions de commande publique et d'information des candidats et soumissionnaires, l'autorité contractante ne divulgue pas les renseignements concernant notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres, que les soumissionnaires lui ont communiqués à titre confidentiel.

Section 4 : Des délais de traitement des dossiers par les acteurs

Article 26 :

Les délais de passation, de contrôle et de règlement de différends relatifs aux commandes publiques sont fixés comme suit :

- pour les autorités contractantes : trois à cinq jours ouvrables de l'ouverture des plis à la transmission des résultats des commissions à la structure en charge du contrôle a priori ;
- pour la structure en charge du contrôle a priori : trois jours ouvrables de la réception du dossier à la publication dans la revue des marchés publics, le cas échéant ;
- pour le recours des candidats et soumissionnaires auprès de l'autorité contractante ou devant l'instance de recours non juridictionnel, selon qu'ils exercent un recours préalable devant l'autorité contractante qui est facultatif ou un recours, directement devant l'instance de recours non juridictionnel : deux jours ouvrables à compter du lendemain de la publication de l'avis d'appel à concurrence ou des résultats des travaux de la commission d'attribution des marchés ou de la réception de la lettre d'invitation selon le cas.

En cas d'exercice de recours préalable devant l'autorité contractante, celle-ci répond aux candidats ou soumissionnaires requérants dans les deux jours ouvrables à compter de sa saisine.

Lorsque la réponse de l'autorité contractante est insatisfaisante ou lorsqu'elle ne répond pas dans le délai qui lui est imparti, les candidats ou soumissionnaires disposent de deux jours ouvrables à compter de l'échéance du délai imparti à l'autorité contractante, pour saisir l'instance de recours non juridictionnel ;

- pour l'instance de recours non juridictionnel : trois jours ouvrables à compter de sa saisine jusqu'à la notification de la décision lorsqu'elle statue en matière de litiges.

En cas de dépassement des délais visés aux alinéas précédents, l'avis de la structure chargée du contrôle a priori est réputé conforme.

De même, en cas de litige, le contenu du dossier d'appel à concurrence ou les résultats des travaux de la commission d'attribution des marchés sont réputés confirmés par l'instance de recours non juridictionnel, en cas de dépassement des délais sus visés.

CHAPITRE 2 : DE L'EXECUTION ET DU REGLEMENT DES MARCHES PUBLICS ET DES DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Section 1 : Des conditions d'exécution

Article 27 :

Les marchés publics et délégations de service public sont conclus et approuvés avant tout commencement d'exécution.

Article 28 :

Tout titulaire d'un marché public ou d'une délégation de service public est tenu de constituer les garanties d'exécution définies par décret pris en Conseil des ministres.

Article 29 :

Tout marché public ou toute convention de délégation de service public conclu conformément aux dispositions de la présente loi peut être donné en nantissement.

Les créances détenues par le titulaire d'un marché public peuvent faire l'objet de cession.

Section 2 : Des modifications en cours d'exécution

Article 30 :

La passation d'un avenant est obligatoire lorsqu'il y a modification substantielle du marché en application des conditions déterminées par décret pris en Conseil des ministres.

Article 31 :

Les marchés publics sont conclus à prix ferme ou à prix révisable. Ils peuvent être actualisés ou ajustés.

Les règles relatives à la révision, à l'ajustement et à l'actualisation des prix sont fixées par décret pris en Conseil des ministres.

Section 3 : Des incidents d'exécution

Article 32 :

L'autorité contractante peut ordonner l'ajournement des travaux, fournitures, ou prestations, objet du marché public avant leur achèvement dans les conditions prévues par décret pris en Conseil des ministres.

Article 33 :

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

Article 34 :

Le dépassement du délai de paiement ouvre sans autre formalité et de plein droit pour le titulaire du marché au paiement d'intérêts moratoires dans les conditions prévues par décret pris en Conseil des ministres.

Article 35 :

Les marchés publics et les délégations de service public peuvent faire l'objet d'une résiliation ou d'une mise en régie dans les conditions fixées par décret pris en Conseil des ministres.

Section 4 : Du règlement des marchés publics et des délégations de service public

Article 36 :

Les marchés publics et les délégations de service public donnent lieu à des versements soit, à titre d'avances ou d'acomptes soit, à titre de règlement partiel, définitif ou pour tout solde du marché.

Tout paiement est effectué par chèque ou par virement bancaire ou par tout autre moyen scriptural de paiement approprié.

TITRE IV : DU REGLEMENT DES DIFFERENDS RELATIFS A LA COMMANDE PUBLIQUE

Article 37 :

Les différends, litiges et réclamations élevés par une partie à l'encontre d'une autre découlant de la passation, de l'exécution, du paiement, de l'interprétation des marchés publics, des délégations de service public et des partenariats public-privé ou de l'interprétation des dispositions législatives ou réglementaires font l'objet d'un règlement non juridictionnel et, à défaut, devant les juridictions.

CHAPITRE 1 : DU REGLEMENT NON JURIDICTIONNEL

Section 1 : Du recours devant l'autorité contractante

Article 38 :

Les candidats, soumissionnaires et attributaires, peuvent introduire un recours préalable devant l'autorité contractante contre les dossiers d'appel à concurrence et les décisions prises à l'occasion des procédures d'appel à concurrence leur faisant grief.

Section 2 : Du recours devant l'instance de recours non juridictionnel

Article 39 :

Les candidats, les soumissionnaires, les attributaires, les titulaires, les délégataires et partenaires privés peuvent saisir l'instance de recours non juridictionnel.

Article 40 :

Lorsque l'instance de recours non juridictionnel intervient dans la phase de passation des marchés publics, des délégations de service public et de partenariats public-privé, elle rend des décisions exécutoires.

Lorsqu'elle intervient dans la phase d'exécution, l'instance de recours non juridictionnel constate la conciliation ou la non conciliation des parties et établit un procès-verbal de conciliation partielle ou totale qui a force exécutoire entre les parties ou un procès-verbal de non conciliation.

Article 41 :

Sous réserve du respect des délais prévus à l'article 26 de la présente loi, l'instance de recours non juridictionnel peut s'autosaisir et statuer sur les irrégularités et les fautes constatées, sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de sa mission, ou de toute information communiquée par des autorités contractantes, des candidats, des soumissionnaires des attributaires, des titulaires, des délégataires, des partenaires privés ou des tiers.

Article 42 :

Sous réserve du respect de la confidentialité des informations liées aux personnes, au secret professionnel et au secret de fabrication ou de commerce protégé par le droit de la propriété intellectuelle, les décisions rendues par l'instance de recours non juridictionnel sont publiées.

CHAPITRE 2 : DU REGLEMENT JURIDICTIONNEL

Article 43 :

A défaut d'un règlement satisfaisant devant l'instance de recours non juridictionnel, la partie la plus diligente peut saisir soit, la juridiction administrative compétente, soit un tribunal arbitral.

Section 1 : Du recours devant la juridiction administrative

Article 44 :

Les décisions rendues par l'instance de recours non juridictionnel sont susceptibles de recours devant la juridiction administrative dans un délai de quinze jours à compter de la date de notification sous peine de forclusion.

Les parties à un litige dans la phase d'exécution du marché public ou de la délégation de service public ayant fait l'objet d'un procès-verbal de non conciliation ou de conciliation partielle ont également quinze jours pour saisir le tribunal administratif de l'entier litige ou des points n'ayant pas fait l'objet de conciliation suivant les cas.

Le tribunal administratif statue dans un délai de trente jours à compter de sa saisine.

Article 45 :

Les décisions rendues par le tribunal administratif statuant en premier ressort peuvent faire l'objet d'appel devant la juridiction administrative compétente dans un délai de cinq jours.

La juridiction d'appel statue dans un délai de trente jours.

Les décisions rendues par la juridiction d'appel peuvent faire l'objet de pourvoi en cassation dans un délai de cinq jours. La juridiction de cassation statue dans un délai de trente jours.

Section 2 : Du recours devant les juridictions arbitrales

Article 46 :

Nonobstant les dispositions susmentionnées, en cas de litige entre les parties contractantes survenant soit au cours de l'exécution soit après achèvement des prestations prévues au contrat, ou portant sur l'interprétation et l'application des dispositions matérielles du contrat relatif à une commande publique, celles-ci ont la faculté de soumettre leur différend à l'arbitrage.

TITRE V : DES INCOMPATIBILITES, DES INFRACTIONS ET DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES

CHAPITRE 1 : DES INCOMPATIBILITES ET DES INTERDICTIONS

Article 47 :

Le personnel de l'autorité administrative indépendante chargée de la régulation de la commande publique ne peut assister aux séances d'une commission d'attribution des marchés publics ni d'une commission de sélection des délégataires ni aux travaux des sous commissions d'analyse à l'exception de celles de sa propre commission d'attribution en tant qu'autorité contractante.

Article 48 :

Ne sont pas admises à participer aux commandes publiques, en raison de conflits d'intérêts :

- les entreprises dans lesquelles les agents de l'autorité contractante, de l'entité administrative chargée du contrôle de la commande publique, la personne responsable des marchés ou les membres des commissions d'attribution des marchés ou des sous-commissions techniques et plus généralement, toute personne intervenant dans la procédure de passation, possèdent des intérêts financiers ou personnels directs ou indirects de nature à compromettre la transparence des procédures de passation des marchés publics ou de délégations de service public ;
- les entreprises affiliées aux consultants ayant contribué à préparer tout ou partie des dossiers d'appel d'offres ou de consultation.

Article 49 :

Ne sont pas admises à participer à la commande publique, les personnes physiques ou morales :

- qui sont sous le coup d'une procédure de déclaration de faillite, de cessation d'activités ou de liquidation des biens ou qui sont en état de faillite, de cessation d'activité ou de liquidation de biens ;
- qui auront été reconnues coupables d'infraction à la réglementation de la commande publique ou qui auront été exclues des procédures de passation de la commande publique par une décision de justice définitive en matière

fiscale, ou sociale ou par une décision de l'autorité administrative indépendante chargée de la régulation de la commande publique.

CHAPITRE 2 : DES INFRACTIONS ET DES SANCTIONS ADMINISTRATIVES

Section 1 : Des infractions et des peines applicables

Article 50 :

Sans préjudice des infractions pénales prévues par le code pénal, les faits ci-dessous constituent des infractions au sens de la présente loi :

- abus de fonction ou d'autorité : le fait pour tout agent public qui, à l'occasion de la préparation, de la négociation, de la conclusion, de l'exécution d'une commande publique, abuse intentionnellement de ses fonctions ou de son poste, en accomplissant ou en s'abstenant d'accomplir, dans l'exercice de ses fonctions, un acte en violation des lois ou règlements afin d'obtenir un avantage indu pour lui-même ou pour une autre personne ou entité ;

l'agent public coupable d'abus de fonction ou d'autorité est passible d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de cent mille (100 000) à cinq cent mille (500 000) francs CFA ou de l'une de ces deux peines seulement ;

- coalition illicite de personnes : sont punis d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de trois cent mille (300 000) à un million (1 000 000) de francs CFA ou de l'une de ces deux peines seulement, les dépositaires de l'autorité publique qui, soit par réunion d'individus ou de corps, soit par délégation ou correspondance entre eux, concertent des mesures contraires aux dispositions législatives ou réglementaires applicables en matière de commande publique ;
- corruption dans la commande publique : est puni d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans et d'une amende équivalant au triple du montant ou de la valeur de l'avantage perçu ou à percevoir, tout agent public qui, à l'occasion de la préparation, de la négociation, de la conclusion ou de l'exécution d'une commande publique, d'un contrat ou d'un avenant conclu au nom de l'Etat ou des collectivités territoriales, des établissements publics d'Etat ou des sociétés d'Etat, perçoit ou tente de percevoir, directement ou indirectement, à son profit ou au profit d'un tiers, une rémunération ou un avantage de quelque nature que ce soit de la part d'un contractant privé ;

est également puni d'un emprisonnement de deux ans à cinq ans et d'une amende équivalant au double des promesses agréées, des avantages indus, des choses reçues ou demandées de la valeur d'une commande publique et d'une interdiction de soumissionner à la commande publique pendant deux ans à cinq ans, toute personne physique ou morale qui accorde ou propose une rémunération ou un avantage quelconque par lui-même ou par personne interposée à un agent public en vue de l'obtention d'une commande publique ;

est puni d'un emprisonnement d'un an à trois ans et d'une amende équivalant au double des promesses agréées, des avantages indus, des choses reçues ou demandées, de la valeur de la commande publique, tout agent public qui recourt abusivement à la procédure d'entente directe dans une commande publique conclue au nom de l'Etat ou des collectivités territoriales, des établissements publics d'Etat ou des sociétés d'Etat ;

- octroi d'avantage injustifié : est puni d'un emprisonnement de cinq ans à dix ans et d'une amende de deux millions (2 000 000) à dix millions (10 000 000) de francs CFA :
 - tout agent public qui passe, vise ou modifie un contrat ou une convention de commande publique en violation des dispositions législatives et réglementaires en vigueur en vue de procurer à autrui un avantage injustifié ;
 - tout commerçant, industriel, artiste ou artisan, entrepreneur du secteur privé ou en général, toute personne physique ou morale qui passe, même à titre occasionnel, un contrat ou une commande publique avec l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements ou organismes de droit public et les sociétés d'Etat en mettant à profit l'autorité ou l'influence des agents des organismes précités pour majorer les prix qu'ils pratiquent normalement et habituellement ou pour modifier, à leur avantage, la qualité des denrées ou des prestations ou les délais de livraison ou de fourniture ;
- favoritisme : est puni d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de trois cent mille (300 000) à un million cinq cent mille (1 500 000) francs CFA ou de l'une de ces deux peines seulement, tout fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire, tout militaire ou assimilé, tout agent ou préposé de l'administration, toute personne investie d'un mandat électif, qui

procure ou tente de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir l'égalité d'accès et l'égalité des candidats dans la commande publique ;

- surfacturation : est puni d'un emprisonnement de trois ans à cinq ans, de la confiscation du montant reçu à titre de ristourne et d'une amende équivalant au triple de la valeur reçue sans que cette amende ne puisse être inférieure à deux millions (2 000 000) de francs CFA, sans préjudice des sanctions prévues par la réglementation sur la commande publique, tout agent public qui procède ou fait procéder à la facturation, pour un montant plus élevé que son coût réel, d'un bien ou d'un service à acquérir par une entité de l'administration publique nationale ou locale ;

tout co-auteur, instigateur, complice de surfacturation est puni des mêmes peines que son auteur ;

- fraude en matière de la commande publique : quiconque mène des actions dans le but délibéré de fausser le jeu de la concurrence, de tromper, d'induire en erreur une commission ou une autorité lors de la passation, de l'exécution, du contrôle ou de la régulation de la commande publique est passible d'une amende de un million (1 000 000) à dix millions (10 000 000) de francs CFA et d'une peine d'emprisonnement de six mois à un an ou de l'une des deux peines seulement ;
- violation des règles applicables en matière de conflits d'intérêt : quiconque prend sciemment part à la commande publique nonobstant l'existence de conflit d'intérêts tel que défini aux articles 2 et 48 de la présente loi est puni d'une amende de un million (1 000 000) à dix millions (10 000 000) de francs CFA et d'une peine d'emprisonnement de six mois à un an ou de l'une des deux peines seulement ;
- fractionnement des marchés : quiconque fractionne une commande publique encourt un emprisonnement de six mois à un an et une amende de un million (1 000 000) à dix millions (10 000 000) de francs CFA ou l'une de ces deux peines seulement ;
- non-respect des décisions en matière de litige : fait de refuser d'exécuter ou de constituer un obstacle à l'exécution d'une décision de l'instance de recours non juridictionnel ;

est passible d'une amende de trois cent mille (300 000) à un million cinq cent mille (1 500 000) francs CFA et d'une peine d'emprisonnement de deux mois à deux ans ou de l'une de ces deux peines seulement toute personne reconnue coupable de non-respect des décisions en matière de litige ;

- participation personnelle à une entente dans la commande publique : fait pour tout candidat ou soumissionnaire, de participer à des pratiques, actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, lorsqu'elles tendent dans le cadre d'une procédure de passation de commande publique à :
 - limiter l'accès à la procédure ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
 - établir des prix concertés, artificiellement haut ou bas ;
 - répartir les commandes publiques ou les sources d'approvisionnement ;
 - établir des offres privant l'autorité contractante des avantages d'une concurrence libre et ouverte.

Est passible d'une amende de trois cent mille (300 000) à cinq cent mille (500 000) francs CFA et d'un emprisonnement de deux mois à un an ou de l'une des deux peines seulement, toute personne reconnue coupable de participation personnelle à une entente dans la commande publique.

Article 51 :

Les personnes morales qui participent aux infractions prévues par la présente loi sont pénalement responsables. Cette responsabilité est sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont commis lesdites infractions.

Section 2 : Des sanctions administratives

Article 52 :

Sans préjudice des sanctions pénales auxquelles ils s'exposent, les agents de l'administration, et plus généralement l'ensemble des personnes agissant pour le compte d'une autorité contractante au sens de la présente loi ou pour le compte d'une autorité d'approbation, de contrôle et de régulation, encourrent

des sanctions disciplinaires sur recommandation de l'instance de recours non juridictionnel lorsqu'ils sont coupables des infractions ci-dessus.

Article 53 :

Sans préjudice des sanctions pénales prévues par les textes spécifiques qui leur sont applicables, les soumissionnaires, attributaires, titulaires, délégataires ou partenaires privés, encourent sur décision de l'instance de recours non juridictionnel, l'avertissement, la réalisation des garanties constituées par le contrevenant dans le cadre de la procédure incriminée, l'exclusion de la commande publique pour une durée d'un an à cinq ans en fonction de la gravité de la faute, l'exclusion définitive de la commande publique.

Article 54 :

Sans préjudice des sanctions disciplinaires, l'organe de règlement des différends peut aussi prononcer des sanctions pécuniaires à l'encontre des soumissionnaires, titulaires, délégataires, auteurs de manquements caractérisés à leurs engagements ou obligations contractuelles lors de l'exécution.

Le montant de la sanction est fonction de la gravité de la faute et des avantages que l'auteur a pu ou aurait pu en tirer.

Il est compris entre un pour cent et deux pour cent du montant de l'offre pour le soumissionnaire et du montant du marché pour le titulaire contrevenant.

Le taux est porté à cinq pour cent en cas de récidive.

Est considéré comme étant en état de récidive, quiconque a fait l'objet d'une sanction pécuniaire par application de la présente disposition et qui aura commis, au cours des douze mois suivant la sanction, une faute tombant sous l'application de cette même disposition.

L'entreprise défaillante encourt des sanctions pécuniaires prononcées par l'organe de règlement des différends de l'autorité de régulation de la commande publique.

L'autorité de régulation de la commande publique établit périodiquement la liste des entreprises défaillantes.

Section 3 : Des autres sanctions

Article 55 :

Sans préjudice des sanctions pénales et disciplinaires prévues par les lois et règlements en vigueur, les agents des autorités contractantes, 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.

Article 56 :

Sans préjudice des sanctions pénales, l'autorité contractante rejette la proposition d'attribution d'une commande publique si le soumissionnaire pressenti pour être attributaire s'est livré, directement ou indirectement, à des manœuvres frauduleuses en vue de l'obtention de ladite commande.

Article 57 :

Tout contrat obtenu ou renouvelé au moyen de manœuvres frauduleuses ou d'actes de corruption est frappé de nullité.

Tout contrat à l'occasion de l'exécution duquel des manœuvres frauduleuses ou actes de corruption ont été perpétrés peut être soit résilié d'office soit mis en régie.

TITRE VI : DES DISPOSITIONS DIVERSES ET FINALES

CHAPITRE 1 : DES DISPOSITIONS DIVERSES

Article 58 :

Nonobstant les règles instituées dans le code pénal en matière de secret professionnel, les agents des autorités contractantes ou délégantes, les agents des entités chargées du contrôle et de la régulation sont tenus de ne pas divulguer les informations, les faits et les documents dont ils ont eu connaissance à l'occasion ou au cours des procédures de passation et d'exécution de la commande publique dans lesquelles ils interviennent.

Article 59 :

L'autorité contractante, l'autorité délégante, les candidats, les soumissionnaires, les attributaires, les titulaires, les délégataires et partenaires privés observent, lors de la passation et l'exécution de la commande publique, les normes d'éthique. Ils s'interdisent tout acte de corruption, toutes manœuvres frauduleuses, collusoires, coercitives ou obstructives.

Article 60 :

Les règles éthiques et déontologiques applicables aux agents publics intervenant dans les procédures de passation, d'exécution, de contrôle et de régulation des marchés publics et délégations de service public sont fixées par décret pris en Conseil des ministres.

Article 61 :

Lorsque l'autorité administrative indépendante chargée de la régulation de la commande publique a connaissance de faits susceptibles d'être qualifiés d'infraction pénale relative à la réglementation de la commande publique, elle initie une procédure judiciaire.

Lorsque les poursuites pénales sont engagées à l'initiative de l'autorité contractante, celle-ci avise immédiatement l'autorité administrative indépendante chargée de la régulation de la commande publique.

Dans les cas où l'initiative des poursuites ne provient ni de l'autorité de régulation ni de l'autorité contractante, le ministère public informe l'autorité administrative indépendante chargée de la régulation de la commande publique par un avis de poursuite.

Article 62 :

L'autorité administrative indépendante chargée de la régulation de la commande publique avise l'organe supérieur chargé du contrôle administratif des poursuites engagées.

Article 63 :

Avant d'entrer en fonction, les membres du Conseil de régulation, de l'instance de recours non juridictionnel et le personnel du secrétariat permanent intervenant dans l'instruction des recours prêtent devant la Cour de cassation le serment dont la teneur suit: « *Je jure et prends solennellement l'engagement de bien et loyalement accomplir ma mission avec toute l'objectivité qui sied à une personne libre et digne et de me conduire en toute circonstance avec honneur, dévouement, intégrité et discrétion* ».

CHAPITRE 2 : DES DISPOSITIONS FINALES

Article 64 :

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

Ainsi fait et délibéré en séance publique
à Ouagadougou, le 02 décembre 2016

Le Président



Le Secrétaire de séance



Salifo TIEMTORE