

**Projet de Loi modifiant la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965
Portant Code des Obligations de l'Administration**

L'Assemblée nationale a délibéré et adopté ;

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 du 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 librement 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, qui 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 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 conformément à la réglementation applicable.

Article 30 nouveau

Régulation et contrôle des marchés publics

I. Il est créé une autorité administrative indépendante dénommée Autorité de Régulation 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 et assister 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 ;

ARTICLE 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 entreprises du secteur parapublic et au contrôle des personnes morales de droit privé bénéficiant du concours financier de la puissance publique, relatives à la passation des marchés.