

LOI N° 2009- 013
RELATIVE AUX MARCHES PUBLICS ET DELEGATIONS
DE SERVICE PUBLIC

L'Assemblée Nationale a délibéré et adopté ;
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

TITRE I^{er} : OBJET- PRINCIPES GENERAUX - CHAMP D'APPLICATION

Article 1^{er} : Objet et définitions

La présente loi fixe les règles régissant la passation, le contrôle et la régulation des marchés publics et délégations de service public en République Togolaise.

Au sens de la présente loi, on entend par marché public, tout contrat écrit, conclu à titre onéreux, passé conformément à ses dispositions, par lequel un entrepreneur, un fournisseur, ou un prestataire de services s'engage envers l'une des personnes morales mentionnées à l'article 3 ci-dessous, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services moyennant un prix.

Au sens de la présente loi, on entend par délégation de service public, tout contrat par lequel une des personnes morales de droit public visées à l'article 3 ci-dessous 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. Les délégations de service public comprennent les régies intéressées, les affermages ainsi que les concessions de service public, qu'elles incluent ou non l'exécution d'un ouvrage.

Article 2 : Principes généraux

Les règles de passation des marchés reposent sur les principes de concurrence, de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, d'économie et d'efficacité du processus d'acquisition et de transparence des procédures. Ces principes s'appliquent à tous les achats publics quels que soient leurs montants et sources de financement dès lors qu'ils sont inscrits au budget de l'Etat, sous réserve des cas d'urgence prévus par la présente loi.

Article 3 : Champ d'application

La présente loi s'applique aux marchés publics et délégations de service public passés par les personnes morales, désignées ci-après sous le terme «autorité contractante».

Les autorités contractantes sont :

- l'Etat, les Etablissements publics à caractère administratif, les Collectivités territoriales décentralisées ;
- les Etablissements publics à caractère industriel et commercial, les organismes, agences ou offices, créés par l'Etat ou les Collectivités territoriales décentralisées pour satisfaire des besoins d'intérêt général, dotés ou non de la personnalité morale, dont l'activité est financée majoritairement par l'Etat ou une personne morale de droit public ou qui bénéficient du concours financier ou de la garantie de l'Etat ou d'une personne morale de droit public ;
- les sociétés nationales ou les sociétés à capitaux publics dont le capital est majoritairement détenu par l'Etat ou une autre personne morale de droit public ;
- les associations formées par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public.

Les dispositions de la présente loi s'appliquent également :

- aux marchés passés par les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat, ou d'une des personnes morales de droit public visées au paragraphe précédent ;
- aux marchés passés par des personnes morales de droit privé, ou des sociétés d'économie mixte, lorsque ces marchés bénéficient du concours financier ou de la garantie de l'Etat ou d'une des personnes morales de droit public mentionnée au paragraphe précédent.

Article 4 : Seuils d'application

Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux marchés publics dont la valeur estimée toutes taxes comprises est égale ou supérieure aux seuils de passation des marchés tels que définis par un décret pris en Conseil des ministres.

Les évaluations faites par les autorités contractantes du montant de leurs marchés et des lignes budgétaires qui leur sont affectées ne doivent pas avoir pour effet de les soustraire aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu de la présente loi.

TITRE II : ORGANES DE PASSATION, DE CONTROLE ET DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS ET DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Article 5 : Cadre institutionnel

Le cadre institutionnel mis en place par la présente loi repose sur le principe de la séparation des fonctions de passation, de contrôle et de régulation des marchés publics et délégations de service public. Il comprend les organes de passation, de contrôle et de régulation des marchés publics et délégations de service public.

Article 6 : Organes de passation

Ces organes étant les services techniques de l'autorité contractante bénéficiaires de l'acquisition, sont responsables du processus de passation et de gestion des marchés publics et délégations de service public.

Article 7 : Organes de contrôle

❖ au niveau de l'autorité contractante :

Les organes de contrôle des marchés publics et délégations de service public, constitués auprès de l'autorité contractante, et agissant sous l'autorité de son représentant, sont chargés du contrôle de la régularité des procédures de passation et d'exécution des marchés et délégations,

❖ au niveau national :

La Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics, placée auprès du Ministère de l'Economie et des Finances, a en charge le contrôle a priori et a posteriori des procédures de passation des marchés publics et délégations de service public mises en œuvre par toute autorité contractante, selon des modalités et des seuils déterminés par voie réglementaire. Elle s'assure que les organes de contrôle interne établis au sein des autorités contractantes ont les capacités et les moyens suffisant pour assurer le contrôle de régularité des procédures de passation. Dans le but d'assurer la pérennité et l'efficacité du système de passation des marchés, ces organes de contrôle et leurs membres bénéficieront, par leur statut, déterminé par voie réglementaire, de l'autorité et des moyens et ressources nécessaires à l'exercice de leurs activités.

Article 8 : Organe de régulation

L'Autorité de Régulation des Marchés Publics créée en application de la présente loi, sous la forme d'une Autorité Administrative Indépendante, est dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie de gestion administrative et financière.

Son statut, ses procédures ainsi que les modalités de désignation de ses membres doivent lui permettre d'assurer une représentation tripartite entre d'une part, les représentants de l'administration et d'autre part, les représentants du secteur privé et de la société civile désignés par leur corps ou organisations d'origine et de garantir une régulation indépendante du système des marchés publics.

Cette autorité est responsable de la définition des politiques en matière de marchés publics et de délégations de service public et des stratégies de renforcement des capacités.

Cette autorité a en outre pour mission d'assurer le règlement des différends relatifs aux procédures d'attribution des marchés publics et délégations de service public, de sanctionner, soit sous la forme d'exclusion de la commande publique, soit sous la forme de condamnation à caractère pécuniaire les candidats, soumissionnaires et titulaires des marchés et délégations ayant contrevenu à la réglementation applicable en matière de marchés publics et délégations de service public, sans préjudice des sanctions pénales éventuellement encourues ou des réparations dues.

Elle est chargée enfin de faire procéder à des audits indépendants réguliers des procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public.

L'Autorité de Régulation des Marchés Publics est habilitée à ester en justice dans le cadre de sa mission visant à s'assurer du respect par l'ensemble des acteurs du système de la réglementation en matière de marchés publics et délégations de service public, et notamment à proscrire la corruption.

Ses investigations sont réalisées par des agents assermentés dont le recrutement, le statut et les pouvoirs sont déterminés par voie réglementaire.

L'Autorité de régulation des Marchés Publics est l'organe de liaison de la Commission de l'UEMOA dans le domaine des marchés publics.

Article 9 : Incompatibilités

Les fonctions de membre des organes de contrôle et de régulation et des structures de passation des marchés publics et délégations de service public établis auprès des autorités contractantes sont incompatibles.

Article 10 : Règles d'organisation et de fonctionnement

Les règles fixant les modalités d'organisation et de fonctionnement des organes de passation, de contrôle et de régulation des marchés publics et délégations de service public sont fixées par voie de décret en conseil des ministres.

Article 11 : Compte d'affectation spéciale

Il est créé un compte d'affectation spéciale en vue de garantir le bon fonctionnement de la régulation des marchés publics et délégations de service public.

Les ressources du compte d'affectation spéciale sont réparties selon des modalités définies par voie réglementaire. Elles sont constituées par :

1. Une taxe parafiscale de 1,5 % du montant hors taxes des marchés publics à la charge des titulaires des marchés, et un pourcentage de la redevance versée à l'Etat ou à la Collectivité décentralisée pour les délégations de service public, dont les taux sont susceptibles de modification par voie de décret pris en Conseil des ministres ;
2. Les produits des amendes et pénalités prononcées en cas de violations des règles relatives à l'attribution ou à l'exécution des marchés publics et délégations de service public selon des montants et modalités définis par voie réglementaire ;
3. Les subventions de l'Etat.

Les ressources visées aux points 1, 2 et 3 ci-dessus sont établies et liquidées suivant les modalités déterminées par décret pris en conseil des ministres.

Les modalités de fonctionnement du compte d'affectation spéciale sont fixées par décret en conseil des ministres.

TITRE III : DES REGLES GENERALES APPLICABLES AUX PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS ET DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Chapitre 1^{er} : Planification de la Commande Publique

Article 12 : Elaboration du Plan Prévisionnel

Les autorités contractantes sont tenues d'élaborer et de publier largement leurs plans prévisionnels annuels de passation des marchés publics, établis en cohérence avec les crédits qui leur sont alloués et sur le fondement de leur programme d'activités. Les marchés passés par les autorités contractantes doivent avoir été préalablement inscrits dans ces plans prévisionnels sous réserve des cas d'urgence prévus par la présente loi. Les modalités de publication des plans sont définies par voie réglementaire.

Article 13 : Modalités de la détermination des besoins

La nature et l'étendue des besoins doivent être déterminées avec précision par les autorités contractantes avant tout appel à la concurrence ou toute procédure de négociation par entente directe. La détermination de ces besoins doit s'appuyer sur des spécifications techniques définies avec précision, neutralité, professionnalisme et de manière non discriminatoire au regard de la consistance des biens à acquérir. Le marché public conclu par l'autorité contractante doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins.

Article 14 : Disponibilité des crédits

Le lancement d'une procédure de passation d'un marché public doit se conformer aux réglementations en matière de finances publiques.

L'autorité contractante est tenue de s'assurer de la mise en place et de la disponibilité du financement avant le lancement de la consultation conformément à son plan prévisionnel annuel de passation de marchés et ce, jusqu'à la notification du marché.

Chapitre 2 : Conditions de participation à la commande publique

Article 15 : Conditions d'éligibilité

Tout candidat qui possède les capacités techniques et financières nécessaires à l'exécution d'un marché public ou d'une délégation de service public peut participer aux procédures de passation de marchés et délégations de service public.

Dans la définition des capacités techniques ou financières requises, les autorités contractantes ne doivent prendre aucune disposition discriminatoire, notamment celles qui pourraient avoir pour effet de faire obstacle à l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique.

L'inexactitude des mentions obérant les capacités techniques, financières et les pièces administratives demandées dans le dossier d'appel d'offres ou leur fausseté est sanctionnée par le rejet de l'offre ou ultérieurement la résiliation du marché, sans mise

en demeure préalable et aux frais et risques du déclarant, sans préjudice des autres sanctions susceptibles d'être prises en vertu de la réglementation en vigueur.

Chapitre 3 : Procédures de passation des marchés publics et délégations de service public

Article 16 : Types de procédure

- 1) Les marchés publics et délégations de service public sont attribués après mise en concurrence des candidats potentiels. L'appel d'offres ouvert est la règle. Le recours à tout autre mode de passation doit s'exercer dans les conditions définies par la loi et être autorisé par l'entité en charge du contrôle des marchés publics, après justification de son choix par l'autorité contractante.
- 2) L'appel d'offres est la procédure par laquelle l'autorité contractante choisit l'offre conforme aux spécifications techniques, jugée la meilleure, et dont le soumissionnaire satisfait aux critères de qualification. Cette procédure se conclut sans négociation, sur la base de critères objectifs d'évaluation préalablement portés à la connaissance des candidats dans le dossier d'appel d'offres, en rapport avec l'objet du marché et exprimés en termes monétaires.
- 3) Les marchés peuvent exceptionnellement être attribués après consultation simplifiée en dessous du seuil d'application visé à l'article 4 de la présente loi ou selon la procédure d'entente directe dans les conditions définies dans la présente loi. Le marché est passé par entente directe lorsque l'autorité contractante engage, sans formalité, les discussions qui lui paraissent utiles, avec un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs, ou prestataires de services.
- 4) Le marché est passé par entente directe dans les cas suivants :
 - 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 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 ;
 - dans le cas d'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 ;
 - dans le cas d'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, nécessitant une intervention immédiate, et lorsque l'autorité contractante n'a pas pu prévoir les circonstances qui sont à l'origine de l'urgence.
- 5) Les marchés de prestations intellectuelles, relatifs aux activités dont l'élément prédominant n'est pas physiquement quantifiable sont passés après

consultation de candidats, sélectionnés après la publication d'un avis à manifestation d'intérêt, et remise de propositions.

Article 17 : Transparence des procédures

Les modalités de réception, d'ouverture publique et d'évaluation des offres sont déterminées par le code des marchés publics, dans le respect des principes de la présente loi et sous réserve des régimes de préférence définis par les dispositions réglementaires communautaires et nationales applicables. Les procédures d'ouverture et d'évaluation des offres font l'objet de rapports soumis à publication dans les formes définies par voie réglementaire.

La procédure d'évaluation des offres, effectuée de manière strictement confidentielle, et dans le délai compatible avec le délai de validité des offres, a pour objet de procéder à une analyse technique et financière et à un classement des offres suivant les critères édictés dans le dossier d'appel d'offres.

Des personnes qualifiées peuvent être désignées par l'Autorité de Régulation des Marchés Publics en qualité d'observateurs pour contrôler les opérations d'ouverture et d'évaluation. La mission de ces observateurs et leur mode de désignation sont fixés par voie réglementaire.

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 dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la réception de sa demande écrite. Les autorités contractantes observent un délai minimum de quinze (15) jours ouvrables après la publication des rapports visé à l'alinéa 1 du présent article, avant de procéder à la signature du marché et de le soumettre à l'approbation des autorités compétentes. Dans ce délai, le soumissionnaire doit, à peine de forclusion, exercer les recours visés aux articles 20 et suivants de la présente loi.

Article 18 : Approbation des marchés

Les marchés publics, selon la qualité de l'autorité contractante, et en fonction des règles applicables en matière d'ordonnancement des dépenses publiques, sont transmis, le cas échéant, pour approbation par l'entité administrative chargée du contrôle des marchés publics, à une autorité approbatrice, centrale ou déconcentrée, qui est obligatoirement distincte de l'autorité signataire.

Article 19 : Des délégations de service public

L'Etat et les collectivités territoriales décentralisées peuvent conclure des conventions de délégation de service public. La procédure de sélection du délégataire doit être préalablement validée par la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics ou le cas échéant par sa ou ses structures déconcentrées. Elle obéit aux règles, principes et modalités de sélection fixés dans la présente loi.

TITRE IV : CONTENTIEUX RELATIFS AUX PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS ET DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Chapitre 1^{er} : Contentieux de la Passation

Article 20 : Recours devant l'autorité contractante ou son autorité hiérarchique

Les candidats et soumissionnaires s'estimant injustement écartés des procédures de passation des marchés publics et délégations de service public peuvent introduire un recours effectif préalable à l'encontre des actes et décisions rendus à l'occasion de la procédure de passation leur causant préjudice, devant le représentant de l'autorité concédante, délégante ou contractante.

Ce recours peut également être exercé devant l'autorité hiérarchique de l'autorité contractante. Une copie de ce recours est adressée à l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.

Le recours peut porter sur la décision prise en matière de pré qualification ou d'établissement de la liste restreinte, la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché ou la délégation de service public, les conditions de publication des avis, les règles relatives à la participation des candidats et aux capacités et garanties exigées, le mode de passation et la procédure de sélection retenue, les spécifications techniques retenues, les critères d'évaluation. Il doit invoquer une violation caractérisée de la réglementation des marchés publics et délégations de service public.

Tout candidat dispose d'un délai de quinze (15) jours à compter de l'avis d'appel à concurrence, pour introduire le recours contre un acte inhérent à la phase de la procédure précédant le dépôt des offres.

Article 21 : Effet suspensif du recours

Ce recours a pour effet de suspendre la procédure jusqu'à la décision définitive de l'autorité concédante, délégante ou contractante, de son autorité hiérarchique, qui disposent à cet effet d'un délai de cinq (5) jours ouvrables pour prendre sa décision, ou de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.

Article 22 : Saisine et décision de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics

Les décisions rendues au titre de l'article 20 peuvent faire l'objet d'un recours devant l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.

La décision de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics est rendue dans un délai maximum de sept (7) jours ouvrables à compter de sa saisine, faute de quoi l'attribution du marché public ou de la délégation de service public ne peut plus être suspendue. Cette décision est immédiatement exécutoire.

Article 23 : Recours contre la décision de l’Autorité de Régulation des Marchés Publics

Les décisions de l’Autorité de Régulation des Marchés Publics peuvent faire l’objet d’un recours devant l’organe juridictionnel compétent. Ce recours n’a cependant pas d’effet suspensif.

Article 24 : Saisine d’office de l’Autorité de Régulation des Marchés Publics

Sur le fondement des informations recueillies dans l’exercice de ses missions ou de toute information communiquée par des autorités contractantes, des candidats, soumissionnaires ou des tiers, l’Autorité de Régulation des Marchés Publics peut se saisir d’office, à la demande de son président ou du tiers de ses membres, et statuer sur les irrégularités, fautes et infractions constatées.

La saisine d’office de l’Autorité de Régulation des Marchés Publics est suspensive de la procédure d’attribution définitive du marché public ou de la délégation de service public.

Chapitre 2 : Contentieux de l’Exécution des Marchés Publics et des délégations de service public

Article 25 : Règlement amiable

Les titulaires de marchés publics et délégations de service public doivent préalablement à tout recours judiciaire ou arbitral introduire un recours auprès de l’autorité contractante ou auprès de son autorité hiérarchique, aux fins de rechercher un règlement amiable aux différends et litiges les opposant à l’autorité contractante en cours d’exécution du marché ou de la délégation.

Article 26 : Juridiction compétente

Les règlements des différends en matière d’exécution des marchés publics et délégations de service public sont soumis aux juridictions compétentes telles que désignées dans le corps de ces contrats.

TITRE V : DISPOSITIF APPLICABLE EN MATIERE D’ETHIQUE ET DE GOUVERNANCE DES MARCHES PUBLICS ET DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Article 27 : Conflits d’intérêts

Les représentants et membres des autorités contractantes, de l’Administration, des autorités chargées du contrôle et de la régulation des marchés publics et délégations de service public, et plus généralement, l’ensemble des personnes morales de droit public et de droit privé, ainsi que toute personne intervenant, à quelque titre que ce soit, dans la chaîne de passation des marchés publics et délégations de service public, soit pour le compte d’une autorité concédante, délégante ou contractante, soit pour le compte d’une

autorité d'approbation, de contrôle ou de régulation sont soumis aux dispositions législatives et réglementaires prohibant les pratiques frauduleuses et les conflits d'intérêts dans la passation des marchés ou délégations de service public.

Article 28 : Sanctions des agents publics en matière de marchés publics

Sans préjudice des sanctions disciplinaires ou des poursuites pénales qui pourraient être exercées à leur encontre, les agents publics convaincus d'avoir violé la réglementation applicable en matière de marchés publics seront sanctionnés par l'autorité dont il relève et selon les procédures applicables en fonction de la gravité des fautes qui leur sont reprochées. La sanction peut aller jusqu'à l'exclusion définitive de toute fonction relative à la passation, au contrôle ou à la régulation des marchés publics et délégations de service public.

Article 29 : Annulation des contrats

Tout contrat conclu, ou renouvelé au moyen de pratiques frauduleuses ou d'actes de corruption, ou à l'occasion de l'exécution duquel des pratiques frauduleuses et des actes de corruption ont été perpétrés, peut être frappé de nullité.

Toutefois, lorsque l'annulation du contrat est susceptible de porter un préjudice grave à l'intérêt public, l'autorité contractante peut être autorisée par l'Autorité de Régulation des Marchés Publics à entreprendre des mesures correctives destinées à la sauvegarde de l'intérêt public sans préjudice des sanctions encourues par le contrevenant en application de la législation en vigueur.

L'intérêt public visé à l'alinéa précédent ne peut être apprécié que par l'Autorité de Régulation des Marchés Publics après saisine de l'autorité contractante.

Tout contrat conclu en violation des décisions prises par la Direction Nationale de Contrôle ou ses structures déconcentrées ou par l'Autorité de Régulation des Marchés Publics peut également être frappé de nullité.

Tout contractant dont le consentement aura été vicié par un acte de corruption ou de pratiques frauduleuses peut demander au tribunal l'annulation de ce contrat, sans préjudice de son droit de demander des dommages et intérêts.

Tout soumissionnaire évincé peut également demander dans les trois (3) mois de la publication de tout contrat ou avenant, leur annulation devant la juridiction compétente, sous réserve de démontrer le recours aux pratiques visées à l'alinéa 1 du présent article ou à une violation grave des dispositions et principes de la réglementation applicable en matière de marchés publics et délégations de service public.

Articles 30 : Réparation des préjudices

Toute personne qui a subi un dommage résultant d'un acte de corruption ou d'une violation des dispositions de la réglementation applicable en matière de marchés publics ou délégations de service 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.

TITRE VI : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

Article 31 : Sort des marchés publics notifiés avant l'entrée en vigueur de la présente loi

Les marchés publics notifiés antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la présente loi demeurent régis, pour leur exécution, par les dispositions qui étaient applicables au moment de leur notification.

Les procédures de passation des marchés publics et délégations de service public dans le cadre desquelles les offres des soumissionnaires ont été reçues par l'autorité compétente avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent régies, pour leur passation, par les dispositions légales applicables au moment de leur réception.

Leur exécution obéit aux mêmes dispositions.

Les institutions chargées de la passation et du contrôle des marchés publics continuent d'exercer leurs missions en attendant la mise en place des institutions nouvelles prévues par la présente loi.

Article 32 : Abrogation des dispositions antérieures

Sont abrogées toutes les dispositions antérieures contraires à la présente loi. Des décrets en conseil des ministres ou des arrêtés ministériels déterminent en tant que de besoin les modalités d'application de la présente loi.

Article 33 : Exécution

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

Fait à Lomé, le 30 juin 2009

LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE

Faure Essozimna GNASSINGBE

LE PREMIER MINISTRE

Gilbert Fossoun HOUNGBO

POUR AMPLIATION
LA DIRECTRICE DU CABINET DU
PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE

Victoire Sidémého Dzidudu DOGBE