

AVEC L'AVENEMENT DES CELLULES DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS, LES DIRECTIONS DES AFFAIRES FINANCIERES SONT-ELLES ECARTEES DU SYSTEME DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS ?

Le système actuel de passation des marchés publics tire son fondement juridique des Directives 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 publics et n°05/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public.

La Directive n°04 prévoit au chapitre 2 de son titre I que l'autorité contractante est la personne chargée de la passation. Cependant, l'article 12 de cette directive dispose que *« L'autorité contractante peut mandater une personne responsable du marché, chargée de mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public. La personne responsable du marché peut se faire représenter dans l'exercice de ses fonctions, sauf pour le choix de l'attributaire et la signature du marché ou de la délégation. La personne responsable du marché peut s'adjoindre les services d'une entité de planification et de préparation du dossier et de la procédure d'appel d'offres »*.

Le décret n°2009-259 du 6 août 2009 portant Code des marchés publics, tel que modifié par les décrets n°2014-306 du 27 mai 2014 et n°2015-525 du 15 juillet 2015 prévoit également à son chapitre 1 du titre III que l'autorité contractante est la personne chargée de la passation.

Tant la Directive n°04 que le Code des marchés publics, définissent l'autorité contractante comme la personne morale de droit public ou de droit privé, signataire d'un marché public. Il s'agit notamment, de l'Etat, des établissements publics, des collectivités territoriales, des sociétés d'Etat, des sociétés à participation financière publique majoritaire, des institutions de l'Etat et des associations et personnes privées agissant pour le compte de l'Etat ou bénéficiant de la garantie de l'Etat.

Toutefois, à la différence de la directive n°04 qui admet la possibilité de déléguer la fonction d'autorité contractante à une personne responsable du marché, le Code ivoirien des marchés publics a adjoint à l'autorité contractante un autre acteur qui est la Cellule de passation des marchés publics, en tant qu'organe chargé de la passation.

En effet, l'article 42 dudit Code dispose que « *Au niveau de chaque ministère ou entité assujetti au code des marchés publics, est mise en place une cellule de passation des marchés chargée de préparer et de veiller à la qualité et à la régularité des dossiers de passation des marchés ainsi qu'au bon fonctionnement de la commission d'ouverture des plis et de jugement des offres* ».

Les Cellules de passation des marchés publics, en Côte d'Ivoire, ne bénéficient donc pas de pouvoirs délégués tels que prévus par l'esprit et la lettre de la directive n°04, mais de pouvoirs propres. Or, ces pouvoirs sont une scission de ceux de l'autorité contractante.

Comme l'on pouvait s'y attendre, malgré la prise de l'arrêté n°325/MPMB/DGBF/DMP du 23 mai 2014 portant composition et fonctionnement des Cellules de passation, l'installation de ces Cellules connaît à ce jour un piétinement voire un blocage pour des raisons qui peuvent être diversement interprétées.

L'une des raisons souvent avancées est la crainte par les Directions des Affaires Financières (pour les besoins du sujet, nous n'avons visé que cette catégorie d'administrateurs de crédit) de se voir déposséder de leurs pouvoirs en matière de passation des marchés publics.

Cela nous amène alors à nous interroger, si avec l'avènement des Cellules de passation des marchés publics, les Directions des Affaires Financières sont écartées du système de passation des marchés publics.

La réponse à cette interrogation passe d'abord par l'appréhension des missions de chacun de ces acteurs afin de savoir si elles sont réellement spécifiques, et ensuite, par l'analyse des possibilités de collaboration entre ces deux acteurs majeurs du système de passation des marchés publics, si d'aventure ces missions s'imbriquent.

II Missions des Directions des Affaires Financières et des Cellules de passation des marchés publics

A la faveur du séminaire organisé par l'Autorité Nationale de Régulation de Marchés Publics (ANRMP) du 11 au 12 février 2016 à Grand Bassam, un atelier a été consacré à l'opérationnalisation des Cellules de passation des marchés publics. Au cours des débats, plusieurs interrogations ont surgi sur le contenu réel des missions des Directions des Affaires Financières et de celles des Cellules de passation des marchés publics.

S'agissant des Directions des Affaires Financières, elles incarnent, en leur qualité d'Administrateurs de crédit, les missions dévolues aux autorités contractantes.

A cet effet, l'article 35 du Code des marchés publics dispose que « *L'initiative et la conduite de la passation d'un marché public incombent à l'autorité contractante. A ce titre, elle doit notamment réaliser en conformité avec les dispositions du présent code, les opérations suivantes :*

- *la définition des besoins et la planification des opérations ;*
- *la publication du programme prévisionnel annuel de passation des marchés ;*
- *la préparation des dossiers d'appel d'offres ;*
- *la gestion du processus d'attribution des marchés ;*
- *la préparation du dossier de marché aux fins de son approbation ;*
- *la notification du marché approuvé ;*
- *le suivi de l'exécution et la réception des prestations ;*
- *la rédaction d'un rapport d'achèvement de l'exécution du marché ».*

A l'analyse de cette disposition, la responsabilité de tout le processus des marchés publics, incombe à l'autorité contractante. Elle a l'initiative de la procédure de passation, à travers la définition des besoins et la planification des opérations ; elle en assure la mise en œuvre en procédant au lancement de l'appel d'offres et réceptionne les prestations, après avoir veillé au suivi de l'exécution du marché.

De ce point vue, l'article 35 du Code des marchés publics est conforme à l'article 12 de la Directive n°04. Dès lors, les Directions des Affaires Financières devraient avoir entièrement la main sur la passation des marchés publics.

Concernant les Cellules de passation des marchés publics, l'article 3 de l'arrêté n°325/MPMB/DGBF/DMP du 23 mai 2014 prévoit qu'elles sont chargées de préparer et de veiller à la qualité et à la régularité des opérations de passation et d'exécution des marchés publics.

A ce titre, elles sont chargées, notamment « *de :*

- *élaborer, en collaboration avec les directions chargées des études, de la planification et de la gestion budgétaire, un plan annuel de passation des marchés publics et le communiquer à la Direction des Marchés Publics ;*
- *s'assurer de la disponibilité du financement et de la réservation des crédits destinés à financer les opérations ;*

- *coordonner l'élaboration des dossiers d'appel d'offres en collaboration avec les services techniques compétents, conformément aux dossiers types d'appel d'offres en vigueur ;*
- *veiller au lancement des appels à la concurrence ;*
- *veiller au bon fonctionnement de la commission d'ouverture des plis et de jugement des offres ;*
- *examiner les demandes de procédures dérogatoires avant la transmission à la Direction des Marchés Publics ;*
- *assurer le contrôle des dossiers d'approbation ;*
- *faire le suivi de l'exécution des marchés publics et des conventions de délégation de service public ;*
- *rédiger les rapports sur la passation des marchés et des conventions de délégation de service public et les transmettre à la Direction des Marchés Publics et aux ministères techniques ou aux autorités auxquelles elles sont rattachées, ainsi qu'à l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics ;*
- *alimenter le système d'informations des marchés publics ».*

Il appert de cette disposition que la Cellule de Passation est l'organe opérationnel et technique chargé de la conduite des opérations de passation. C'est donc elle qui répond au quotidien de la régularité des procédures de passation.

Toutefois, une étude comparative des missions de ces deux acteurs permet de se rendre compte qu'ils partagent les mêmes missions à l'exception de celle relative à la définition des besoins, qui demeure réservée à la Direction des Affaires Financières et de celle ayant trait à l'alimentation du système d'informations des marchés publics confiée à la Cellule de Passation.

La juxtaposition de ces missions, sans aucune hiérarchisation au plan organique, n'est pas appropriée et pourrait expliquer les difficultés que connaissent l'installation et l'opérationnalisation des Cellules de passation.

En effet, la question qui se pose est celle de savoir, entre la personne chargée de la passation des marchés représentée par la Direction des Affaires Financières et l'organe chargé de la passation que constitue la Cellule de Passation, laquelle a un droit de préséance sur l'autre, de sorte à être identifiée comme la structure qui répond réellement de la régularité des opérations de passation.

Il aurait fallu certainement se conformer à la directive n°04 qui fait de la personne responsable de marché, un organe agissant par délégation des fonctions de l'autorité contractante.

Le choix opéré par le Code des marchés publics, de confier la passation des marchés publics à deux structures autonomes, constitue à notre avis la première source des difficultés.

Une autre source de difficultés réside dans le fait que le Code des marchés publics ait érigé la Cellule de passation en un organe sectoriel de contrôle, ce qui semble être anachronique avec les missions opérationnelles que celle-ci exerce.

En effet, aux termes de l'article 161 du Code, « *Sans préjudice des dispositions législatives et réglementaires relatives au contrôle des dépenses respectivement applicables aux autorités contractantes, le contrôle des marchés publics est assuré par :*

- *la Structure administrative chargée des marchés publics qui est chargée du contrôle général a priori et a posteriori de la passation des marchés sur tous les assujettis au code des marchés publics.*
- *la cellule chargée de la passation des marchés de chaque entité qui effectue un contrôle sectoriel conformément aux dispositions du présent code ».*

L'article 163 précise que « *Au sein de chaque entité assujettie au code des marchés publics, la cellule de passation des marchés doit s'assurer de façon permanente du respect rigoureux des dispositions légales et réglementaires applicables aux marchés publics.*

Chaque cellule de passation des marchés établit avant le 31 mars de chaque année à l'intention de la Structure administrative chargée des marchés publics et de l'autorité de tutelle dont dépend la cellule visée, un rapport annuel sur l'ensemble des marchés publics passés l'année précédente. Entre autres informations, ce rapport comporte l'état d'exécution des marchés, la liste des entreprises défaillantes et précise la nature des manquements constatés et, un compte rendu détaillé des marchés passés par entente directe. ».

Cet autre choix du Code des marchés publics est problématique, car l'on se demande comment la cellule de passation qui est opérationnelle, en ce qu'elle est chargée de la passation, au même titre que l'autorité contractante, peut être à la fois juge de la régularité des procédures qu'elle a elle-même effectuées.

Ce choix est d'autant plus incompréhensible que la réforme doit conduire, certes progressivement, mais résolument à un désengagement total de la Direction des Marchés Publics (DMP), structure centrale de contrôle des marchés publics, des

commissions d'évaluation des offres, donc des attributions réservées aux structures opérationnelles de la passation. Dès lors, il est mal indiqué qu'il existe dans l'ordonnancement juridique de la commande publique des organes qui soient à la fois opérationnels et chargés du contrôle a priori des marchés publics.

Manifestement, le Code des marchés publics s'est écarté des directives 4 et 5 qui ont consacré la séparation franche entre la passation et le contrôle, et mérite d'être corrigé afin de donner davantage de lisibilité dans son application, soit en confinant la Cellule de passation dans le rôle strict d'organe de contrôle comme c'est le cas au Sénégal¹, soit en faisant d'elle uniquement un organe chargé de la passation, agissant par délégation des fonctions des autorités contractantes.

Le Code mériterait également de définir clairement la personne responsable des marchés publics afin d'éviter toute confusion entre les acteurs chargés de la passation.

Mais, en attendant sa révision, nous pensons qu'il devrait avoir des possibilités de collaboration entre ces deux acteurs majeurs des marchés publics.

III/ Les possibilités de collaboration entre les Directions des Affaires Financières et les Cellules de passation des marchés publics

L'examen, dans la première partie de notre réflexion, des missions des Directions des Affaires Financières et des Cellules de passation des marchés publics, a montré que ces deux acteurs interviennent sur la même matière, à savoir la passation des marchés publics, mais avec des pouvoirs propres.

Cette situation est à l'origine de difficultés qui mettent à mal le bon fonctionnement du système des marchés publics en Côte d'Ivoire.

Le constat est implacable : les Cellules de passation des marchés publics n'arrivent pas à s'installer et les Directeurs des Affaires Financières continuent, en violation des dispositions de l'article 43.2 du Code des marchés publics, de présider les Commissions d'Ouverture des plis et de Jugement des Offres (COJO) des administrations centrales de l'Etat, des services à compétence nationale de l'Etat, des établissements publics nationaux et des projets.

Toutefois, nous pensons qu'il ne s'agit pas d'avoir une posture fataliste devant cet écueil congénital, parce que de source réglementaire, mais de mettre en

¹ Articles 35 et 141 du décret n°2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des marchés publics ; Arrêté n°00865 du 22 janvier 2015 relatif à l'organisation et au fonctionnement des cellules de passation, pris en application des articles 35 et 141 du Code des marchés publics.

œuvre l'intelligence humaine qui est sa première caractéristique selon les philosophes.

La solution réside à notre avis dans la franche collaboration entre ces acteurs, en vue de l'atteinte des objectifs d'efficacité et de professionnalisation de la fonction marchés publics.

Les Cellules de Passation étant composées de spécialistes en passation des marchés publics (SPM), recrutés après une mise en concurrence, elles doivent être vues comme des personnes expertes qui viennent aider les autorités contractantes, donc les Directions des Affaires Financières, à améliorer la qualité de leurs acquisitions.

Tout en demeurant dans leurs fonctions de personne « *morale*ment » chargée de la passation, les Directions des Affaires Financières doivent déléguer l'opérationnalité de leurs missions en matière de passation aux Cellules de passation, techniquement outillées pour les accomplir.

Nous pouvons donc affirmer que malgré l'avènement des Cellules de passation, les Directions des Affaires Financières demeurent des acteurs clés du système de passation des marchés publics, en leur qualité d'autorités contractantes, même s'il faut reconnaître que les insuffisances du Code des marchés publics jettent un flou sur les conditions d'exercice de leurs missions.

Dr BILE A. VINCENT
Docteur en droit
Secrétaire Général Adjoint
chargé des Recours et Sanctions
à l'Autorité Nationale de Régulation
des Marchés Publics (ANRMP)