



Observatoire de l'Action Gouvernementale. asbl

Siège social : Bujumbura -Burundi * B.P.:3113 Bujumbura,Tél.:22 21 88 20
E-mail: oag@cbinet.net * Site Web: www.oag.bj



Analyse de la transparence dans la gestion des marchés publics.

**La loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code
des marchés publics du Burundi : une loi tournée**

Bujumbura, décembre 2012

Remerciements.

Aux termes de la présente analyse, l'Observatoire de l'Action Gouvernementale tient à remercier Monsieur Michel MASABO pour son apport très précieux dans l'élaboration de la présente analyse portant sur la transparence dans la gestion des marchés publics au Burundi. Cette analyse contribue à l'amélioration de la gestion des finances publiques et à la réduction des pratiques de corruption par l'introduction de plus de transparence dans la gestion des marchés publics.

Ses remerciements vont également à l'endroit des membres du comité de lecture du rapport dont les noms suivent :

Madame Pascasie KANA, Membre de l'Observatoire de l'Action Gouvernementale ;

Monsieur Gaspard GACIYUBWENGE, Lecteur critique indépendant;

Monsieur Gabin MUREKAMBANZE, Lecteur critique indépendant ;

Monsieur Melchior NDAYIMIRIJE, Secrétaire Exécutif de l'Observatoire de l'Action Gouvernementale.

Ses remerciements vont enfin à l'endroit du Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD) pour son appui financier.

| N° | Table des matières | Page |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| | Remerciements..... | 3 |
| | Table des matières..... | 5 |
| | Liste des sigles et abréviations..... | 9 |
| | Sommaire exécutif..... | 11 |
| 0. | Introduction | 17 |
| 0.1. | Contexte et justification..... | 17 |
| 0.2. | Objectifs..... | 19 |
| 0.3. | Résultats attendus..... | 20 |
| 0.4. | Méthodologie..... | 21 |
| 0.5. | Plan de l'étude..... | 21 |
| | Chapitre 1 : Rappel de la notion de transparence et marchés concernés | 23 |
| 1.1. | La notion de transparence dans la gestion des marchés publics..... | 23 |
| 1.2. | Les marchés publics concernés..... | 24 |
| 1.2.1. | Les marchés publics proprement dits..... | 24 |
| 1.2.2. | La délégation de service public..... | 27 |
| | Chapitre 2. La promotion de la transparence à travers la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics du Burundi..... | 28 |
| 2.1. | Les principales lacunes du Décret-loi n°1/015 du 19 mai 1990 portant dispositions organiques des marchés publics | 28 |
| 2.1.1. | L'absence de planification | 28 |
| 2.1.2. | L'absence d'affirmation du principe de transparence..... | 28 |
| 2.1.3. | Une publicité insuffisante..... | 28 |

| | | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 2.1.4. | Des marchés passés en dehors de la réglementation des marchés publics | 29 |
| 2.1.5. | Une forte centralisation du système..... | 29 |
| 2.1.6. | L'absence de mécanismes de contrôle et de régulation des marchés publics..... | 30 |
| 2.1.7. | L'élimination de la concurrence..... | 31 |
| 2.1.8. | De larges pouvoirs discrétionnaires..... | 31 |
| 2.1.9. | L'élimination de toute forme de concurrence et de publicité | 32 |
| 2.1.10. | Une législation préférentielle..... | 32 |
| 2.2. | Les innovations de la loi n°1/01 du 4 février 2008, portant Code des marchés publics du Burundi en matière de transparence..... | 33 |
| 2.2.1. | L'affirmation des principes de base de passation des marchés publics..... | 33 |
| 2.2.2. | Les pratiques innovantes de la loi n°1/01 du 4 février 2008, portant Code des marchés publics du Burundi..... | 34 |
| 2.2.3. | Les failles de la loi n°1/01 du 4 février 2008, portant Code des marchés publics du Burundi en matière de transparence..... | 48 |
| Chapitre 3 : La transparence à l'épreuve des faits dans la gestion des marchés publics..... | | 50 |
| 3.1. | Les entorses au principe de transparence dans la gestion des marchés publics | 50 |
| 3.1.1. | Les pratiques irrégulières dans le chef des autorités publiques..... | 50 |
| 3.1.2. | Les pratiques irrégulières à l'initiative des soumissionnaires..... | 56 |
| 3.2. | Les conséquences des entorses au principe de transparence dans la gestion des marchés publics..... | 58 |
| 3.2.1. | Sur la gestion des deniers publics..... | 58 |
| 3.2.2. | Sur le système des marchés publics | 58 |

| | | |
|--------|-------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 3.2.3. | Sur la qualité des fournitures, travaux ou services, objet des marchés publics..... | 58 |
| 3.3. | Propositions pour une gestion transparente des marchés publics..... | 59 |
| 3.3.1. | Une forte sensibilisation sur les cas de mauvaise gestion des marchés publics..... | 59 |
| 3.3.2. | Une prévention efficace des irrégularités..... | 59 |
| 3.3.3. | Une répression draconienne des irrégularités..... | 59 |
| 3.3.4. | Un renforcement de la transparence et de la culture de responsabilité..... | 59 |
| 3.3.5. | Une réforme du Code des marchés publics..... | 60 |
| 3.3.6. | Un assainissement du système des recours..... | 60 |
| | Conclusion et recommandations..... | 61 |
| | Bibliographie..... | 64 |

Sigles et abréviations

| Sigle | Signification |
|--------------|----------------------------------------------------------------------------------|
| ABP | : Agence Burundaise de Presse |
| ARMP | : Autorité de Régulation des Marchés Publics |
| BCS | : Burundi Car Service |
| B.O.B. | : Bulletin Officiel du Burundi |
| CGMP | : Cellule de Gestion des Marchés Publics |
| CMP | : Code des Marchés Publics |
| CPM | : Commission de Passation des Marchés |
| DGMP | : Direction Générale des Marchés Publics |
| DNCMP | : Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics |
| O.A.G. | : Observatoire de l'Action Gouvernementale |
| OLUCOME | : Observatoire de Lutte contre la Corruption et les Malversations Economiques |
| PRMP | : Personne Responsable des Marchés Publics |
| R.P.A. | : Radio Publique Africaine |

Sommaire exécutif

Contexte

Peu après la signature de l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi, le Gouvernement de la République du Burundi a ouvert un vaste chantier de réformes. Les principaux axes de cet élan réformiste étaient notamment la modernisation des textes légaux et réglementaires en vue d'une gestion rigoureuse des finances publiques, la mise en place et le renforcement des structures de contrôle spécialisées dans la lutte contre la corruption.

La promulgation de la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics au Burundi s'inscrit dans ce cadre. Le nouveau Code pose les principes directeurs de la passation des marchés publics à savoir : l'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des soumissionnaires, la transparence des procédures. On peut noter comme autres innovations la déconcentration des organes de passation, la décentralisation des organes de contrôle et de régulation, l'intervention de personnes indépendantes dans la procédure de passation des marchés, la collaboration entre l'administration, la société civile et le secteur privé dans le règlement des différends survenus à l'occasion de la passation et de l'exécution des marchés publics.

Le Code des marchés publics a apporté beaucoup d'innovations en matière de transparence dans la passation des marchés publics : planification des marchés, obligation de publicité, participation de la société civile et du secteur privé dans le règlement des conflits, etc.

Plus de quatre ans après la promulgation du Code des marchés publics, on observe beaucoup d'irrégularités dans le processus de passation et d'exécution des marchés publics. Le problème n'est pas tellement le Code mais plutôt son application dans la transparence et selon des règles d'éthique. Il a paru nécessaire d'analyser les pratiques quotidiennes pour

vérifier si la transparence des procédures telle qu'elle est prévue a toujours été respectée.

L'objectif global de l'étude commanditée par l'OAG est la contribution à l'amélioration de la gestion des finances publiques et à la réduction des pratiques de corruption par l'introduction de plus de transparence dans la gestion des marchés publics.

Pour réaliser l'étude, le consultant a d'abord analysé la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics du Burundi et ses textes d'application. Le consultant a ensuite recouru à des entretiens avec les responsables des services publics, des entreprises privées et des organisations de la société civile ainsi que des usagers des services publics.

Contenu de l'étude

La notion de transparence et marchés concernés

Posé à l'article 2, alinéa 1 du Code des marchés publics, le principe de transparence signifie que toutes les personnes physiques ou morales à même de soumissionner sont informées sur les points concernant le marché projeté. Les marchés concernés sont les marchés de travaux, de fournitures, de prestations ainsi que les délégations de service public.

La promotion de la transparence à travers la loi n°1/01 du 04 février 2005 portant Code des marchés publics du Burundi.

Le Code des marchés publics affirme les principes directeurs de passation des marchés publics : la liberté d'accès à l'information et à la commande publique, la non-discrimination des candidats, la transparence des procédures. Les pratiques innovantes du Code sont :

- la planification des marchés publics ;
- l'obligation de publicité ;

- le recrutement d'observateurs indépendants pour participer à la procédure de passation des marchés publics ;
- l'association de la société civile et du secteur privé à la procédure de règlement des différends ;
- l'utilisation de nouvelles technologies de l'information ;
- l'échange d'informations relatives aux marchés publics ;
- la création d'un Journal des marchés publics ;
- la lutte contre les conflits d'intérêts ;
- l'introduction de sanctions à l'encontre des autorités publiques et des soumissionnaires ;
- l'amélioration du système de recours ;
- la contribution des organes de passation, de contrôle et de régulation des marchés publics.

La transparence à l'épreuve des faits dans la gestion des marchés publics

On observe beaucoup de pratiques irrégulières dans le chef des autorités publiques. On peut citer à titre d'exemples :

- l'arbitraire dans le choix du mode de passation ;
- l'omission délibérée des règles de planification ;
- les spécifications techniques orientées ;
- la non-diffusion ou la limitation de l'information ;
- l'abus de l'entente directe ;
- le non respect de la confidentialité des offres avant leur dépouillement ;
- l'attribution des marchés à des soumissionnaires fictifs, etc.

Les pratiques irrégulières dans le chef des soumissionnaires sont aussi fréquentes. Citons à titre d'exemple :

- l'influence dans la préparation des dossiers d'appel d'offres ;
- les ententes entre soumissionnaires ;
- la fourniture de fausses informations ;

- les menaces ;
- le clientélisme ;
- la corruption.

Ces pratiques ont des conséquences néfastes non seulement sur la gestion des deniers publics, mais aussi sur l'intégrité du système de gestion des marchés publics et sur la qualité des prestations et fournitures à mettre à la disposition des usagers des services publics.

Recommandations

A la fin de cette étude dont le thème central était la transparence dans la gestion des marchés publics, des recommandations ont été formulées.

Au Gouvernement :

- de lever l'impunité financière et faire reculer la passivité de la justice devant certains scandales de corruption avérées ou alléguées dans les marchés publics ;
- de renforcer les pouvoirs de la Cour des comptes en matière de contrôle de bonne gestion des marchés publics qui, aujourd'hui ne fait qu'un contrôle formel qui se limite à donner rapport uniquement ;
- de doter les organes de contrôle et de régulation des marchés publics de moyens financiers suffisants qui leur permettent d'aller au bout de leur mission.

Au Parlement:

- de réviser le Code des marchés publics dans le sens de permettre aux organisations de la société civile, aux médias et aux citoyens de suivre de près la passation des marchés publics ;
- de mettre en place des mécanismes de contrôle pour s'assurer du bon usage des deniers publics dans les marchés publics ;

- de contribuer à prévenir tous les risques pesant sur l'intégrité dans les marchés publics ;
- de veiller, par des commissions d'enquête, à ce que la gestion des contrats respecte les normes d'intégrité élevée.

Aux organes de contrôle et de régulation :

- de rendre opérationnel le Journal des marchés publics qui ferait connaître notamment les abus dans la passation des marchés ;
- d'adopter des mécanismes spécifiques pour surveiller les marchés publics ainsi que déceler les fautes commises et les sanctionner ;
- de traiter les réclamations des fournisseurs potentiels de manière équitable et dans les délais prévus.

Aux autorités contractantes :

- de veiller à ce que la gestion des marchés publics soit caractérisée par un degré de transparence adéquat à toutes les étapes du cycle de passation des marchés publics pour assurer un traitement juste et équitable des fournisseurs potentiels ;
- de s'efforcer d'assurer une transparence maximale dans les appels d'offres et prendre des mesures de précaution pour renforcer l'intégrité, en particulier en cas de dérogation aux règles d'appel à la concurrence.

Aux fournisseurs de l'Etat :

- de s'engager à ne plus verser des pots-de-vin en souscrivant à une charte d'éthique et de déontologie ;
- d'éviter tout recours aux pratiques anticoncurrentielles.

0. Introduction

0.1. Contexte et justification

L'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi, signé le 28 août 2000, a reconnu des principes et préconisé des mesures en ce qui concerne l'Administration publique et la gestion économique. Il s'agit notamment de mettre en place « une administration transparente, soucieuse d'une gestion saine de la chose publique »¹ et « une législation et des structures de lutte contre les crimes économiques et la corruption (législation fiscale, législation douanière, législation sur les marchés publics, etc.)² ».

Peu après la signature de cet accord, le Gouvernement de la République du Burundi a ouvert un vaste chantier de réformes. Les principaux axes de cet élan réformiste étaient notamment la modernisation des textes légaux et réglementaires en vue d'une gestion rigoureuse des finances publiques, la mise en place et le renforcement des structures de contrôle spécialisées dans la lutte contre la corruption.

La promulgation de la loi n°1/002 du 31 mars 2004 portant création, organisation et fonctionnement de la Cour des comptes, la loi n°1/12 du 18 avril 2006 portant mesures de prévention et de répression de la corruption et des infractions connexes, la loi n°1/27 du 3 août 2006 portant création de la Brigade anti-corruption, la loi n°1/36 du 13 décembre 2006 portant création de la Cour anti-corruption, la loi n°1/11 du 14 juillet 2009 portant création de l'Office Burundais des Recettes et l'édiction du Décret n°100/277 du 27 septembre 2006 portant création, attribution, organisation et fonctionnement de l'Inspection Générale de l'Etat s'inscrivent dans ce cadre.

La réforme de la législation sur les marchés publics est certainement l'élément central de lutte contre la corruption. Le nouveau Code des

¹ Accord d'Arusha, Protocole I, Chapitre II, article 7, 6.

² Accord d'Arusha, Protocole I, Chapitre II, article 7, 21.

marchés publics fixe les règles régissant la passation des marchés publics et délégations de service public, ainsi que l'exécution et le contrôle des marchés publics³. Les marchés concernés sont les marchés de travaux, de fournitures, de prestations de services ainsi que les délégations de services.

Le Code pose les principes fondamentaux sur lesquels doit reposer la passation des marchés publics. L'accès à la commande publique doit être possible pour toutes les personnes physiques et morales ayant les capacités techniques et financières requises. Les candidats doivent être sélectionnés en fonction des garanties qu'ils présentent et les offres choisies en fonction de leurs pertinences.

L'égalité de traitement doit être totalement assurée⁴. Cela signifie que l'administration ne peut créer de discriminations juridiques ni de discriminations de fait susceptibles soit d'avantager certains concurrents, soit de les handicaper.

L'obligation de transparence consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture des marchés à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures de passation⁵.

Les autres innovations du Code des marchés publics sont notamment la déconcentration des organes de passation, la décentralisation des organes de contrôle et de régulation, l'intervention de personnes indépendantes, la concertation entre l'Administration, le secteur privé et la société civile. Avec la promulgation du nouveau Code des marchés publics, on réduira les mauvaises pratiques dans le processus de passation des marchés publics.

³ Article 1, Code des marchés publics.

⁴ Idem.

⁵ Idem.

En dépit de ces exigences du nouveau code, plus de quatre ans après sa promulgation, on observe beaucoup d'irrégularités dans le processus de passation et d'exécution des marchés publics. La phase de passation du marché donne lieu à des pratiques visant l'attribution illégitime du marché : spécifications orientées, création d'ambiance d'urgence, le gré à gré, etc. Au stade de l'exécution, il existe également de nombreuses pratiques douteuses dont le Code avait l'objectif d'éradiquer : surfacturation, facturation de prestations fictives, falsification des quantités, non paiement ou paiement tardif des factures, etc.

Le Code des marchés publics a précisé les principes de base ainsi que les procédures en matière de passation des marchés publics. La procédure de passation des marchés est-elle efficace ? Quelle est l'étendue des écarts entre la loi et la réalité quotidienne. Autant de questions auxquelles la présente étude tentera d'apporter des réponses. Il a donc paru nécessaire d'analyser les pratiques actuelles pour vérifier si les objectifs visés notamment celui de la transparence ont été atteints.

0.2. Objectifs

Objectif global

L'objectif global visé par l'O.A.G. est la contribution à l'amélioration de la gestion des finances publiques et à la réduction des pratiques de corruption par l'introduction de plus de transparence dans la gestion des marchés publics.

Objectifs spécifiques

Il s'agit de :

- analyser profondément le cadre légal des marchés publics ;
- analyser le fonctionnement de l'administration des marchés publics ;

- montrer comment réduire les mauvaises pratiques et exploiter les opportunités ;
- mettre en évidence les risques du système de gestion des marchés publics ;
- analyser les écarts entre le prescrit de la loi et la réalité quotidienne dans la passation des marchés ;
- relever les attentes des citoyens et des opérateurs économiques à l'endroit des gestionnaires des marchés publics ;
- faire des propositions de solutions concrètes en vue d'une meilleure gestion des marchés publics.

0.3. Résultats attendus

A la fin de l'étude, le commanditaire de l'étude disposera de :

- une analyse approfondie du cadre légal régissant les marchés publics ;
- un mécanisme de réduction des faiblesses et des risques et d'exploitation des opportunités du système de gestion des marchés publics ;
- un catalogue des écarts entre la loi et la réalité quotidienne dans la passation des marchés publics ;
- une analyse du fonctionnement de l'administration des marchés publics ;
- une indication des attentes des citoyens à l'endroit des gestionnaires des marchés publics et une formulation des propositions concrètes en vue d'une meilleure gestion desdits marchés.

0.4. Méthodologie

Pour apprécier les avancées ou les faiblesses du Code des marchés publics, l'analyse se place dans une perspective historique : elle traite d'abord le décret-loi n°1/015 du 15/5/1990, portant dispositions organiques des marchés publics ainsi que le Décret n°100/120 du 18 août 1990 portant cahier général des charges. Ensuite, elle parle de la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics du Burundi et ses textes d'application. L'enquête a été l'autre volet des recherches sur l'étude de la transparence dans la gestion des marchés publics. Des entretiens ont été organisés à l'aide d'un guide. Des informateurs ont été identifiés en fonction de leur position privilégiée dans le secteur des marchés publics.

0.5. Plan de l'étude

Outre l'introduction générale, le présent rapport est rédigé en trois chapitres:

- Le premier chapitre est consacré au rappel de la notion de transparence et les marchés concernés. Les soumissionnaires ont le droit d'accéder à l'information relative au marché projeté. La publicité la plus large sera faite pour permettre une concurrence saine entre candidats. Les marchés concernés sont les marchés de travaux, de fournitures, de prestations ainsi que les délégations de services publics.
- Le deuxième chapitre porte sur la promotion de la transparence à travers la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics du Burundi. Le nouveau Code pose les principes directeurs de passation des marchés publics : accès à la commande publique, liberté d'information, égalité des candidats, etc. Il consacre aussi des pratiques de nature à renforcer la transparence : planification des marchés, obligation de publicité, association de la société civile et du secteur privé aux procédures de passation des marchés, etc. Par ailleurs, des organes de passation, de contrôle et de régulation des marchés publics

ont été créés, toujours dans le souci d'améliorer la gestion du système des marchés publics. Cependant, il subsiste toujours des failles dans le système.

- Le troisième chapitre traite de la transparence à l'épreuve des faits dans la gestion des marchés publics. De manière générale, la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics est bonne. Elle s'inspire des pratiques internationales. Mais elle est tournée subrepticement par des pratiques irrégulières : absence de publicité ou publicité insuffisante, système de dérogations, ententes diverses, etc.

Le rapport se termine par une conclusion générale et des recommandations.

Chapitre 1. Rappel de la notion de transparence et des marchés concernés.

Il convient de signaler que la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics s'applique aux marchés de travaux publics et délégation de service public⁶.

Après avoir défini la notion de transparence, l'analyse fait ressortir les différentes catégories de marchés publics concernés.

1.1. La notion de transparence dans la gestion des marchés publics

Le principe de transparence est posé à l'article 1, alinéa 1 du Code des marchés publics. C'est l'un des principes qui dominent la procédure de passation des marchés publics au même titre que la liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats. Ce principe vise l'intégrité du système et la lutte contre la corruption. Le principe de transparence signifie que toutes les personnes physiques ou morales à même de soumissionner sont informées sur les points concernant le marché projeté dans leur entièreté. La publicité la plus large possible sera faite afin de permettre une concurrence étendue.

Ainsi donc, l'obligation de transparence consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures de passation.

La transparence est également imposée en aval, une fois le marché attribué. Il s'agit d'abord d'informer les candidats évincés, ce qui leur permet d'exercer les recours qu'ils estiment nécessaires. Les soumissionnaires doivent être informés sur les décisions prises et les motifs de décisions les affectant leur seront communiqués. Par rapport aux principes sur lesquels

⁶ Art. 1 de la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics.

repose la passation des marchés publics en particulier le principe de transparence, quels sont les apports du Code des marchés publics burundais ?

1.2. Les marchés publics concernés

1.2.1. Les marchés publics proprement dits

1.2.1.1. La notion de marché public

Le législateur définit le marché public comme étant un marché écrit, conclu à titre onéreux, passé conformément aux dispositions du Code des marchés publics, par lequel un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire des services s'engage envers l'une des personnes morales publiques ou privées, c'est-à-dire les personnes privées agissant pour le compte d'une personne morale de droit public ou celle bénéficiant d'un concours financier ou de la garantie de l'Etat ou de toute autre personne morale de droit public, soit à réaliser des travaux, soit à fournir des biens ou des services moyennant un prix⁷.

Cette définition fait apparaître clairement l'objet d'un marché public et les parties contractantes. Le cocontractant s'engage à fournir une prestation (travaux, fournitures, services, prestations intellectuelles). Quant à l'autorité contractante, elle s'engage à payer le prix, la rémunération du cocontractant.

Le marché public est un contrat qui engendre des obligations à la tête des parties. L'une des parties est la personne publique intéressée. Il s'agit en général de l'Etat, des collectivités territoriales décentralisées, des établissements publics, des administrations personnalisées, des sociétés publiques, des autres organismes, agences ou offices, créés par l'Etat ou

⁷ Annexe I à la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics, B.O.B. n°2 bis/2008, p.327.

les collectivités territoriales décentralisées pour satisfaire des besoins d'intérêt général.

Les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat d'une collectivité territoriale décentralisée, d'une personne morale de droit public, d'un établissement public, d'une société de droit public et de toute société à participation financière publique majoritaire ou d'une association formée par une ou plusieurs de ces personnes morales de droit public sont assimilées à des autorités contractantes. Il en est de même des personnes de droit privé ou des sociétés mixtes qui passent des marchés bénéficiant du concours financier ou de la garantie de l'Etat ou d'une des personnes morales de droit citée ci-dessus.

Les entités qui bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public doivent, pour les marchés qu'elles passent avec les tiers dans le cadre de cette activité, respecter les dispositions du Code des marchés publics⁸. C'est le cas des délégations de service publics prévus à l'article 77 du Code des marchés publics. L'autre partie doit être un entrepreneur chargé d'exécuter des travaux, un fournisseur chargé de livrer des biens, un prestataire de services ou de prestations intellectuelles.

1.2.1.2. Typologie des marchés publics

Le législateur burundais distingue plusieurs types de marchés publics : les marchés publics de travaux, les marchés de fournitures, les marchés de services et les marchés de prestations intellectuelles auxquels il faut ajouter les délégations de service public.

- Les marchés de travaux publics

Ils constituent la principale catégorie de marchés publics que les différentes personnes publiques concluent. Ce sont des marchés ayant pour objet la

⁸ Article 3, Code des marchés publics.

réalisation au bénéfice d'une autorité contractante de tous travaux de bâtiment, de génie civil, génie rural ou de la réfection d'ouvrages de toute nature⁹.

- **Les marchés de fournitures**

Un marché de fournitures est un marché qui a pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente avec ou sans option d'achat de bien de toute nature, y compris de matières premières, des produits, équipements immobiliers, terrains et objets sous forme solide, liquide ou gazeuse ainsi que les services accessoires à la fourniture de ces biens au bénéfice d'une autorité contractante¹⁰.

- **Les marchés de services**

Un marché de services est un marché qui a pour objet la prestation de services au bénéfice d'une autorité contractante¹¹. Bien entendu, la prestation, qui est indéterminée, sera exécutée moyennant une rémunération pécuniaire.

- **Les marchés de prestations intellectuelles**

Il s'agit de marchés qui ont pour objet de prestations à caractère principalement intellectuel, dont l'élément prédominant n'est pas physiquement quantifiable¹². Ce sont par exemple les études, les services d'assistance informatique.

⁹ Annexe I à la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics

¹⁰ Annexe I à la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem.

1.2.2. La délégation de service public

1.2.2.1. Définition

La délégation de service public est un contrat par lequel une des personnes morales de droit public ou de droit privé 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. Au sens de la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics du Burundi, les délégations de service public comprennent les régies intéressées, les affermagés ainsi que les concessions de service public, qu'elles incluent ou non l'exécution d'un ouvrage¹³.

1.2.2.2. Rapport entre la délégation de service public et le marché public

La délégation de service présente les mêmes caractéristiques que le marché public, à l'exception du fait que la contrepartie consiste presque souvent dans l'exploitation du service.

Après ces précisions terminologiques, il convient d'analyser la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics du Burundi afin d'en dégager les innovations destinées à renforcer la transparence dans la gestion des marchés publics.

¹³ Annexe I à la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics.

Chapitre 2. La promotion de la transparence à travers la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics du Burundi

Pour saisir la portée des innovations apportées par le Code des marchés publics du Burundi, il convient de revenir sur les lacunes qui caractérisaient la passation des marchés publics avant la promulgation de ce Code.

2.1. Les principales lacunes du Décret-loi n°1/015 du 19 mai 1990 portant dispositions organiques des marchés publics

2.1.1. L'absence de planification

Dans le Décret-loi n°1/015 du 19/5/90, portant dispositions organiques des marchés publics, il n'y avait pas de trace de planification. L'absence de planification était de nature à favoriser le recours à des procédures d'urgence.

2.1.2. L'absence d'affirmation du principe de transparence

A l'article 4 du décret-loi n°1/015 du 19/5/1990, portant dispositions organiques des marchés publics, le législateur préconisait une « concurrence générale » sans préciser comment cette concurrence sera assurée. Pour que la concurrence puisse jouer normalement et efficacement, il est indispensable notamment d'assurer une publicité suffisante, de manière à favoriser la compétition entre le plus grand nombre possible de candidats. Or, la publicité n'était pas toujours suffisante avant la promulgation de l'actuel Code des marchés publics.

2.1.3. Une publicité insuffisante

L'article 25 du Cahier Général des charges prévoyait la publication de l'avis d'appel d'offres, que l'ouverture des plis était publique (art. 57, Cahier des charges), mais les résultats de la séance d'ouverture n'étaient pas publiés. Le procès-verbal était communiqué au soumissionnaire qui le demandait.

Les résultats de l'analyse de l'offre ne faisaient l'objet d'aucune publicité. Il en est de même de la décision d'attribution.

2.1.4. Des marchés passés en dehors de la réglementation des marchés publics

L'article 2 du décret-loi n°1/015 du 15/5/1990, portant dispositions organiques des marchés publics disposait que « les marchés de gestion courante passés par les établissements publics à caractère commercial et industriel ne sont pas soumis à la réglementation des marchés publics ».

La conséquence de cette situation est que les personnes responsables de ces marchés pouvaient les attribuer au fournisseur, prestataire ou entrepreneur de leur choix en toute liberté. Il convient d'ajouter cependant qu'il y avait un plafond prévu pour la passation des marchés de gestion courante autorisé à la Direction de l'établissement et qu'au-delà de ce plafond, l'attribution était la compétence du Conseil d'Administration. La décision du Conseil d'Administration elle-même ne pouvait être mise en application qu'après approbation par le ministre de tutelle.

Il faut noter à ce niveau que la publicité était toujours recommandée par les organes d'administration de ces établissements à caractère industriel et commercial pour susciter la concurrence et éviter le favoritisme. Il est cependant possible que la publicité ait été insuffisante pour favoriser un ou des candidats au marché en cherchant à en exclure d'autres.

2.1.5. Une forte centralisation du système

L'article 22 du décret-loi précité disposait que « l'administration des marchés publics est assurée par la Direction Générale des marchés publics. A ce titre, elle assure le secrétariat de la Commission des Marchés et de la Commission des litiges...». En principe, tous les marchés devaient passer à la Commission Centrale des marchés publics. Cependant il était toujours possible, pour les autorités contractantes, de soustraire de la réglementation

des marchés publics tous les marchés qu'elles passaient en les morcelant pour que leurs montants tombent en dessous du seuil réglementaire.

2.1.6. L'absence de mécanismes de contrôle et de régulation des marchés publics

Aux termes de l'article 93 du décret n°100/120 du 18 août 1990 portant Cahier Général des Charges, la Coordination et l'administration de tous les marchés passés au nom des personnes citées à l'article 11¹⁴ du décret-loi n°01/015 du 19 mai 1990 portant dispositions organiques des marchés publics, sont confiées à la Direction Générale de Marchés Publics (DGMP).

Il était institué deux commissions dont les membres étaient nommés par le ministre des Finances à savoir la Commission de Passation des Marchés Publics et la Commission des Litiges. La première dont la DGMP assurait le secrétariat, avait un rôle consultatif en matière de préparation, de passation et d'exécution des marchés publics tandis que la seconde connaissait les différends entre les soumissionnaires et l'administration si aucun règlement à l'amiable n'était intervenu dans un délai d'un mois après la saisie de la DGMP.

Cette structure de gestion des marchés pouvait générer des abus de la part de la DGMP. En effet, on doutait par exemple de la qualité de la décision rendue par la Commission des Litiges dont le Directeur Général des Marchés Publics ou son délégué faisait partie, sur recours du soumissionnaire en vertu de l'article 105¹⁵ du Cahier général des charges, si

¹⁴ Ces personnes étaient l'Etat, les Communes, les Administrations personnalisées, les Etablissements Publics, les Sociétés de droit public et les Sociétés Régionales de Développement.

¹⁵ Cet article disposait en effet que : « Tout différend survenant entre l'administration et un soumissionnaire ou un contribuable peut, à la demande de l'une des parties, être soumis dans un premier temps à l'arbitrage de la Direction Générale des Marchés Publics.

l'on savait que la DGMP avait déjà prononcé une sentence arbitrale au premier degré. Certes, l'Inspection Générale des Finances faisait des contrôles, mais ils étaient différents des contrôles de la Direction Nationale de Contrôle des marchés publics.

2.1.7. L'élimination de la concurrence

A l'article 7 du décret-loi n°1/015 du 19 mai 1990, le législateur pose le principe de la passation des marchés sur appel d'offres.

L'appel d'offres peut être ouvert, restreint ou avec concours¹⁶. Seul l'appel d'offres ouvert assure la concurrence. Dans l'appel d'offres restreint, seuls les candidats que l'Administration décide de consulter sont admis à remettre une offre. Quant à l'appel d'offres avec concours, il pouvait être ouvert ou restreint. Si l'appel d'offres était restreint, l'avis d'appel d'offres était adressé individuellement aux candidats que l'autorité habilitée avait décidé de consulter de manière discrétionnaire.

2.1.8. De larges pouvoirs discrétionnaires

Dans l'adjudication publique, l'Administration attribue le marché au soumissionnaire qui a présenté l'offre la plus basse. C'est comme si le critère prix était le plus important alors que l'ouvrage ou le produit contribuera à faire fonctionner le service public. Cependant, lors de l'attribution du marché, l'Administration gardait la possibilité de ne pas attribuer le marché au soumissionnaire qui avait présenté l'offre la plus basse si les prix étaient jugés irréalistes. Elle devait fixer un prix maximum et

Si aucun règlement à l'amiable n'est intervenu dans un délai d'un mois après la saisie de la Direction Générale des Marchés Publics, le différend devient litige et est porté devant la Commission des Litiges qui statue dans un délai de 4 mois à compter de la date de la saisine de la Direction Générale des Marchés Publics ».

¹⁶ Art. 9, al.1 du décret n°1/015

minimum au-delà et en deçà duquel aucune attribution ne pouvait être prononcée¹⁷.

2.1.9. L'élimination de toute forme de concurrence et de publicité

Dans les marchés de gré à gré, l'Administration engageait librement les discussions qui lui paraissaient utiles et proposait à l'autorité adjudicatrice l'attribution du marché à l'entrepreneur, au fournisseur ou au prestataire qu'elle a retenu. Si le gré à gré n'était pas incompatible avec toute forme de compétition, force est de constater que souvent on se cachait derrière l'intérêt général ou la sécurité nationale pour contracter dans le secret avec le cocontractant qu'on veut.

2.1.10. Une législation préférentielle

Le législateur pose un principe de non-discrimination à l'article 16 qui dispose que « la participation aux marchés publics est ouverte à égalité des conditions à toute personne physique ou morale qui justifie des conditions juridiques, techniques et financières requises. La comparaison des offres doit se faire sur base de l'égalité des conditions dans le but d'éviter toute entrave à la participation aux appels à la concurrence et à l'attribution des marchés.

Après avoir posé ce principe, le législateur donne une préférence aux entreprises nationales en la justifiant par le souci de favoriser la participation des entreprises nationales et la consommation des articles de fabrication locale ou manufacturés localement. Nul ne conteste la protection des entreprises nationales contre la concurrence étrangère, mais l'on peut légitimement se demander si dans cette gestion, elles présentaient des offres commerciales de qualité répondant aux besoins des collectivités. On peut répondre à cette question en disant que les entreprises bénéficiaires

¹⁷ Article 11, Décret-loi n°1/015 du 19 mai 1990 portant dispositions organiques des marchés publics.

d'une préférence devaient préalablement justifier des conditions juridiques, techniques et financières requises pour réaliser la prestation demandée.

La situation qui vient d'être décrite a rendu impératif la réforme des dispositions organiques des marchés publics pour garantir la transparence, la rationalité et l'efficacité.

2.2. Les innovations de la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics du Burundi en matière de transparence

En vue de garantir la transparence dans la passation, la législation en vigueur sur les marchés publics contient des innovations intéressantes qu'il importe de mettre en relief avant d'en montrer les limites.

2.2.1. L'affirmation des principes de base de la passation des marchés publics

L'article 1, al.1 du Code des marchés publics dispose que les règles dudit Code reposent sur les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Le législateur a précisé que ces principes s'imposent aux autorités contractantes dans le cadre des procédures de passation des marchés publics et de délégation de service public et ce, quel qu'en soit le montant, contrairement au Décret-Loi n°1/015 du 19/5/1990 qui laissait certains marchés se passer en dehors de ses dispositions.

- La liberté d'accès à l'information liée à la commande publique¹⁸

Ce principe est venu corriger les lacunes de l'ancien système afin de permettre à tous les soumissionnaires potentiels d'accéder à la commande publique. En vue de permettre son respect, le législateur pose l'obligation de planification et de publicité des marchés.

¹⁸ Article 1, alinéa 1, Code des marchés publics

- **La non-discrimination des candidats**¹⁹

Il ne suffit pas d'accéder à la commande publique, il faut aussi que tous ceux qui en ont l'accès soient traités sur le même pied d'égalité. Les acheteurs publics ont l'obligation de traiter les candidats au même pied d'égalité en les soumettant aux mêmes conditions sans critère d'exclusion ou de favoritisme. Par exemple, il ne doit être donné aucune indication sur l'identité du soumissionnaire.

- **La transparence des procédures**²⁰

La procédure doit être transparente. Les spécifications techniques, le règlement de la consultation et les critères doivent être disponibles pour tout fournisseur ou toute entreprise potentielle et être annoncés dans les cahiers des charges. L'ouverture des plis doit être publique et toutes les décisions consignées par écrit.

2.2.2. Les pratiques innovantes de la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics du Burundi

2.2.2.1. La planification des marchés publics

L'article 15 al.1 du Code des marchés publics dispose que « les autorités contractantes sont tenues d'élaborer des plans prévisionnels annuels de passation des marchés publics sur le fondement de leur programme d'activité ». La préparation de documents d'appel d'offres peut prendre plusieurs mois et une durée similaire est nécessaire pour la formulation des offres par les candidats, pour leur évaluation et pour le choix de l'attributaire. La planification des marchés doit commencer assez tôt pour garantir que les biens et services commandés soient disponibles à temps et éviter les décisions prises dans l'urgence.

¹⁹ Article 1, alinéa 1, Code des marchés publics

²⁰ Article 1, alinéa 2, Code des marchés publics.

2.2.2.2. L'obligation de publicité

Le Code des marchés publics contient nombre de dispositions de publicité et de transparence. Les règles de publicité constituent le pivot de tout procédure de passation des marchés dans la mesure où la concurrence n'existe que si les entreprises susceptibles d'être intéressées par une offre de contrat sont informés du Dossier d'Appel d'Offres et le sont de manière suffisante.

- La publicité des plans annuels

Les autorités contractantes font connaître au moyen d'un avis général d'appel d'offres, les caractéristiques essentielles des marchés de travaux, de fournitures et services, qu'elles entendent passer dans l'année et dont les montants égalent ou dépassent les seuils de passation des marchés publics²¹.

- La publicité des offres

Pour provoquer une concurrence entre les soumissionnaires, le marché est porté à la connaissance du public. L'article 47, al.1 du Code des marchés publics dispose que « les marchés publics par appel d'offres, ... doivent obligatoirement faire l'objet d'un avis d'appel à la concurrence porté à la connaissance du public par une insertion faite, dans les mêmes termes, dans le Journal des Marchés Publics ou toute publication nationale et/ou internationale ainsi que sous mode électronique...». La finalité de l'avis d'appel d'offres est de permettre aux éventuels soumissionnaires de connaître le marché projeté.

Dans l'appel d'offres restreint, la publicité se limite à la décision concernant des candidats admis à soumissionner. L'avis est adressé individuellement

²¹ Art. 16, Code des marchés publics.

aux candidats que l'autorité contractante décide de consulter. Dans l'appel d'offres avec concours, deux possibilités peuvent se présenter. Si l'appel d'offres avec concours est ouvert, toutes les personnes physiques ou morales remplissant les conditions juridiques, techniques et financières requises, remettront une offre. Si l'appel d'offres avec concours est restreint, l'avis d'appel d'offres sera adressé individuellement aux candidats que l'autorité compétente aura décidé de consulter.

- **La publicité de l'ouverture des offres**

L'une des garanties de transparence consiste à ouvrir les plis contenant les offres, à la date et à l'heure fixées, en la présence de tous les candidats ou de leurs représentants. L'ouverture des plis en public, avec l'annonce des noms des candidats et du montant de leurs offres, réduit le risque que les offres restées confidentielles ne soient révélées à d'autres, ignorées, modifiées ou manipulées²². Dans l'appel d'offres ouvert, l'ouverture des offres a lieu à l'heure et au jour, fixés, dans l'avis d'appel d'offres. Un procès-verbal d'ouverture des plis sera établi et publié²³.

- **La publicité de l'analyse des offres**

L'évaluation des offres est l'une des étapes de la commande publique la plus difficile à exécuter correctement. Les critères d'évaluation des offres doivent être clairement énoncés dans le dossier de consultation remis aux candidats. La notification des résultats de l'analyse des offres est un élément de transparence, dans la mesure où la Commission de passation des marchés informe non seulement les soumissionnaires qui ont été retenus mais aussi ceux qui ont été éliminés avec les motifs de leur rejet²⁴.

²² Transparency International, *Combattre la corruption. Enjeux et perspectives*, Paris, Karthala, 2000, p.143.

²³ Art. 60, al.3, Code des marchés publics.

²⁴ Art. 67, Code des marchés publics.

- **La publicité de l'attribution du marché**

L'attribution du marché est notifiée au soumissionnaire retenu. Parallèlement à la notification du marché au soumissionnaire retenu, l'autorité contractante informe les autres soumissionnaires du rejet de leurs offres sans oublier les motifs. Un avis d'attribution définitive est publié dans le Journal Officiel des Marchés Publics ou tout autre journal habilité²⁵.

- **La publicité du projet de convention de délégation**

La passation de la convention de délégation de service public doit être précédée d'une publicité de nature à permettre une information la plus claire possible sur le projet considéré²⁶.

2.2.2.3. La présence d'observateurs indépendants

La séance d'ouverture des offres se fait en présence d'un observateur indépendant²⁷. La présence de ce dernier est une garantie du respect de la procédure et de l'objectivité des renseignements consignés dans le procès-verbal d'ouverture des plis auquel il va joindre ses observations.

2.2.2.4. L'association du secteur privé et de la société civile à la régulation des marchés publics

En vue de permettre une régulation indépendante du système des marchés publics, l'ARMP a une composition tripartite et paritaire : l'administration, le secteur privé et la société civile.

²⁵ Art. 76, al.2, Code des marchés publics.

²⁶ Art.78, Code des marchés publics.

²⁷ Art. 60, al.1, Code des marchés publics.

2.2.2.5. L'utilisation de nouvelles technologies de l'information

Le développement de nouvelles technologies de l'information présente un intérêt évident pour faciliter l'accès à l'information et introduire plus de transparence dans le processus de passation des marchés publics. Ces nouveaux outils sont particulièrement utiles pour la dissémination des informations relatives à :

- la publication des avis d'appels d'offres ;
- la consultation des cahiers des charges ;
- la publication des résultats et rapports d'évaluation ;

2.2.2.6. L'échange d'informations relatives aux marchés publics

L'article 49 ; al.2 du Code des marchés publics pose le principe de l'échange d'informations par voie électronique en ce qui concerne la procédure de passation des marchés publics. Les documents d'appel d'offres ou de consultation peuvent être mis à la disposition des candidats par voie électronique... Les candidatures et les offres peuvent également être communiquées à l'Autorité contractante par voie électronique²⁸...

2.2.2.7. La création d'un Journal des Marchés Publics

La création d'un journal des marchés publics permet une meilleure circulation de l'information relative aux procédures des passations des marchés publics.

²⁸ Art.50, Code des marchés publics.

2.2.2.8. L'adoption de mesures d'accompagnement

- La lutte contre les conflits d'intérêts

Les personnes qui sont affiliées aux consultants ayant contribué à préparer tout ou partie des dossiers d'appel d'offres ou de consultation ne peuvent postuler à la commande publique²⁹. Il en est de même de la Personne Responsable des Marchés sur l'un des membres de la Cellule de Gestion des Marchés, de la Commission d'évaluation des offres, de la Direction de Contrôle des Marchés Publics compétente, ou de l'Autorité Chargé d'approuver le marché ou la délégation de service public lorsqu'ils possèdent des intérêts financiers ou personnels de quelque nature que ce soit dans la commande publique.³⁰

- L'introduction des sanctions contre la violation de la réglementation en matière de marchés publics

Ces sanctions frappent les entrepreneurs, les fournisseurs ou les prestataires de services qu'auront par exemple fourni des informations ou des déclarations fausses ou mensongères ou fait usage d'informations confidentielles dans le cadre de la procédure d'appel d'offres.³¹

Les sanctions frappent également les autorités publiques ou toute personne intervenant à quelque titre que ce soit qui auront passé des contrats avec des entrepreneurs ou des fournisseurs exclus de la commande publique³² ou qui auront violé les règles de contrôle³³.

²⁹ Art.55, C, Code des marchés publics.

³⁰ Art.55, f, Code des marchés publics.

³¹ Art. 144, al.1, Code des marchés publics.

³² Art. 145, Code des marchés publics

³³ Art. 147, Code des marchés publics

- **L'engagement de la responsabilité de l'Etat et des personnes intervenant dans la chaîne de passation des marchés publics**

L'article 149 du Code des marchés publics prévoit déjà l'engagement de la responsabilité de l'Etat et de toute autre personne physique ou morale intervenant dans la chaîne de passation des marchés publics, qui aura causé un préjudice.

2.2.2.9. Une meilleure organisation des recours

Le législatif a prévu différentes voies de règlement des différends survenus lors de la passation et de l'exécution des marchés publics :

- règlement amiable ;
- recours hiérarchique ;
- recours juridictionnel³⁴.

2.2.2.10. Une large contribution des organes de passation, de contrôle et de régulation dans la transparence des marchés publics

Toute la procédure de passation des marchés doit se dérouler dans la transparence. Le contrôle en est fait par les organes de contrôle et de régulation.

- **La transparence dans le chef des organes de passation**

Il s'agit principalement des Autorités contractantes et de la Commission de passation des marchés publics.

³⁴ Art. 140 et 141, Code des marchés publics.

a) La transparence entourant les plans prévisionnels

Les autorités contractantes sont tenues d'élaborer des plans prévisionnels annuels de passation des marchés publics. Les plans prévisionnels dûment approuvés par les autorités compétentes doivent être communiqués à la Direction de contrôle des marchés publics.

L'article 15 in fine du Code des marchés publics, dispose que les autorités contractantes assurent la publicité des plans prévisionnels annuels. Les autorités contractantes ont l'obligation de faire connaître au moyen d'un avis d'appel d'offres, les caractéristiques essentielles des marchés de travaux, fournitures et services qu'elles entendent passer dans l'année.

Il y a donc une obligation d'élaborer un plan annuel de communication de ce plan, de sa publicité qui s'impose aux autorités contractantes.

b) La transparence autour des modes de conclusion des marchés

Les autorités contractantes choisissent les modes de conclusion de leurs marchés conformément aux dispositions du Code des marchés publics. Dans l'éventail des choix, l'appel d'offres ouvert est à la règle. Cette procédure assure le plus de transparence car tout candidat qui n'est pas exclu peut soumettre une offre. Lorsque l'appel d'offres est précédé d'une pré-qualification, l'avis de pré-qualification est publié dans les mêmes conditions que l'avis d'appel d'offres³⁵. Le recours à l'appel d'offres en deux étapes doit être motivé³⁶.

³⁵ Article 24, Code des marchés publics.

³⁶ Article 25, Code des marchés publics.

Dans l'appel d'offres restreint, l'autorité contractante doit consulter tous les candidats potentiels³⁷.

Dans l'appel d'offres avec concours, l'autorité contractante fournit les données nécessaires notamment les besoins à satisfaire, les contraintes fonctionnelles et techniques ainsi que les exigences à respecter³⁸.

Le marché à bon de commande indique les limites maximales et minimales de la prestation globale à fournir³⁹.

Les marchés de prestations intellectuelles peuvent faire l'objet de négociations entre l'autorité contractante et le candidat dont la proposition est retenue. Ces négociations sont sanctionnées par un **procès-verbal** signé par les deux parties.

c) La transparence autour de l'ouverture des offres

La séance d'ouverture des plis est publique. L'ouverture de la séance de dépouillement se fait en présence des membres de la Commission de passation des marchés, des candidats ou de leurs représentants ainsi que d'un observateur indépendant désigné à cet effet⁴⁰.

La procédure de dépouillement est publique. La liste des soumissionnaires est dressée en leur présence. Les noms des candidats, les montants des offres et de leurs variantes, les montants des rabais éventuels, les délais de réalisation sont lus à haute voix. Les renseignements retirés des offres, les éventuels

³⁷ Article 27, Code des marchés publics.

³⁸ Article 29, al.1, Code des marchés publics.

³⁹ Article 31, alinéa 2, Code des marchés publics.

⁴⁰ Article 60, alinéa 1, Code des marchés publics.

incidents survenus lors de l'ouverture des plis, les éventuelles contestations ou observations des soumissionnaires sont consignés dans un procès-verbal signé par les personnes présentes et contresigné par les membres de la Commission de passation des marchés et l'observateur indépendant. Ce procès-verbal sera publié par la personne responsable des marchés publics et remis sans délai à tous les soumissionnaires qui en font la demande⁴¹.

d) La transparence autour de l'analyse des offres

Une sous-commission d'analyse procède à la vérification des pièces administratives, à l'évaluation des offres techniques et financières, les classes suivant des critères mentionnés dans le dossier d'appel d'offres. Il s'agit notamment du coût d'utilisation, du prix, de la rentabilité, de la qualité⁴², etc.

La sous-commission dépose son rapport dans un délai rendu public par le Président de la Commission de passation des marchés publics lors de la séance d'ouverture des plis⁴³. Le Président de la Commission de passation peut demander sur proposition de la sous-commission d'analyse, des éclaircissements aux soumissionnaires.

e) La transparence autour de la proposition d'attribution

À l'issue de sa séance d'analyse, la Commission de passation des marchés publics émet des propositions d'attribution en présence du ou de(s) observateur(s) indépendants⁴⁴. La Commission de passation des marchés publics dresse un procès-verbal d'attribution

⁴¹ Article 60, alinéa 3, Code des marchés publics.

⁴² Article 63, Code des marchés publics.

⁴³ Article 62, 2), Code des marchés publics.

⁴⁴ Article 62, 5), Code des marchés publics.

provisoire qui mentionne notamment les noms des soumissionnaires exclus et les motifs de leur rejet. Ce procès-verbal fait l'objet d'une publication⁴⁵. L'autorité contractante attribue le marché et notifie l'attribution au soumissionnaire retenu. L'autorité contractante communique à tout soumissionnaire écarté, les motifs du rejet de son offre, le montant du marché attribué et le nom de l'attributaire. Le soumissionnaire écarté peut demander copie du procès-verbal d'attribution et toute information pertinente⁴⁶.

- La transparence dans le chef des organes de contrôle et de régulation

Il s'agit principalement de la Direction Nationale de contrôle des marchés publics et de l'Agence de Régulation des Marchés Publics. Ces organes interviennent en amont et en aval du marché pour contrôler la transparence de la procédure.

a) Contrôle de la transparence des prévisions d'achats publics

Les plans prévisionnels annuels de passation des marchés publics sont communiqués à la Direction Nationale de Contrôle des marchés publics. La Direction Nationale de contrôle des marchés publics apprécie l'opportunité de faire passer des marchés non inscrits dans les plans prévisionnels⁴⁷.

La Direction nationale de contrôle des marchés publics s'assure que les offres sont conformes au dossier d'appel d'offres. Notamment, le recours à la procédure de l'appel d'offres en deux étapes doit être

⁴⁵ Article 67, alinéa 1, Code des marchés publics.

⁴⁶ Article 68, Code des marchés publics.

⁴⁷ Article 15, alinéa 2 et 3, Code des marchés publics.

motivé⁴⁸. La Direction Nationale de Contrôle des Marchés publics contrôle si la publicité de l'offre est suffisante.

b) Avis sur les modifications des dossiers d'appel d'offres

Les dossiers d'appel sont, après publication de l'avis d'appel d'offres, mis à la disposition de chaque candidat qui en fait la demande. Les modifications du dossier d'appel d'offres doivent préalablement être soumises pour avis à la Direction Nationale de Contrôle des Marchés publics. Un procès-verbal de toutes les modifications approuvées au dossier d'appel d'offres est dressé⁴⁹.

c) Approbation des justifications des capacités techniques complémentaires

Lorsque les Autorités contractantes exigent des soumissionnaires des justifications des capacités techniques différentes de celles définies dans le Règlement Particulier de l'Appel d'offres, ces justifications doivent être approuvées par la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics. Elles doivent être motivées par les caractéristiques du marché ou de la délégation⁵⁰.

d) Cas d'autorisations

Le recours à la procédure d'appel d'offres en deux étapes est soumis à l'autorisation préalable de la Direction Nationale de Contrôle des marchés publics⁵¹. Les marchés de gré à gré doivent être préalablement autorisés par la Direction de contrôle des marchés publics⁵².

⁴⁸ Article 25, alinéa 2, Code des marchés publics.

⁴⁹ Article 43, Code des marchés publics

⁵⁰ Article 53, Code des marchés publics

⁵¹ Article 25, Code des marchés publics.

⁵² Article 42, Code des marchés publics.

En cas d'infructuosité de l'appel d'offres, il peut être procédé à la consultation d'au moins trois entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires. Dans ce cas, l'autorisation de la Direction de Contrôle des marchés publics est requise⁵³.

e) Validation de certaines étapes de la conclusion des marchés publics

Le procès-verbal d'attribution du marché est validé par la Direction de contrôle des marchés publics⁵⁴. Lorsque l'Etat et les collectivités territoriales décentralisées concluent des conventions de délégation de service public, la procédure de sélection du délégataire doit être préalablement validée par la Direction de Contrôle des marchés publics⁵⁵.

f) Le recrutement d'observateurs indépendants

Le Code des marchés publics prévoit la présence des observateurs indépendants dans les séances d'ouverture des plis, d'évaluation des offres et d'approbation des propositions d'attribution des marchés. Il revient à l'A.R.M.P. de recruter ces observateurs dont la présence est un élément de garantie de la transparence⁵⁶.

g) L'organisation d'enquêtes

L'A.R.M.P. peut initier ou faire procéder à des enquêtes portant sur la transparence ... des procédures de passation des marchés publics⁵⁷.

⁵³ Article 61, alinéa 3, Code des marchés publics.

⁵⁴ Article 67, alinéa 2, Code des marchés publics.

⁵⁵ Article 77, Code des marchés publics.

⁵⁶ Article 3, 8), Décret n°100/119 du 07 juillet 2008 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.

⁵⁷ Article 3, 10, idem.

h) L'information sur le recours aux procédures exceptionnelles

Tout marché conclu selon la procédure de gré à gré est communiqué pour information à l'Autorité de Régulation des Marchés Publics⁵⁸.

i) La validation d'un marché de gré à gré au-delà du seuil de 10%

Lorsque la Direction Nationale des Marchés publics autorise la passation d'un marché gré à gré alors que le seuil de 10% du montant total des marchés passés en République du Burundi est dépassé, elle a l'obligation de saisir l'autorité de Régulation qui doit valider la procédure⁵⁹.

j) L'intervention dans le règlement des différends

Un Comité de règlement des différends a été prévu auprès de l'A.R.M.P. Le Comité de Règlement des Différends statue sur les litiges entre les organes de l'administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation des marchés publics et délégations de service public⁶⁰. La composition tripartite de cet organe qui associe l'administration publique, le secteur privé et la société civile est un gage de transparence dans l'analyse des litiges⁶¹. La commission de passation des marchés confie à une sous-commission d'analyse, l'évaluation et le classement des offres. Et en cas de besoin, la Personne Responsable des marchés peut adjoindre à la commission de passation des marchés la compétence de personnes spécialisées au niveau de la sous-commission pour l'évaluation des candidatures ou des offres remises. Ces personnes spécialisées n'ont qu'une voix consultative.

⁵⁸ Article 42, alinéa 2, Code des marchés publics

⁵⁹ Article 42, al.3, Code des marchés publics.

⁶⁰ Art. 25, Décret n° 100/119 du 07 juillet 2008 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.

⁶¹ Art. 16, Décret n° 100/119 du 07 juillet 2008 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics.

2.2.3. Les failles de la loi n°1/01 du 4 février 2008 portant Code des marchés publics du Burundi en matière de transparence

- L'absence de publicité d'appel d'offres : l'appel d'offres restreint.

Dans l'appel d'offres restreint, la procédure est caractérisée par l'absence totale de publicité touchant l'avis d'appel d'offres. Cet avis est adressé individuellement aux candidats que l'autorité contractante décide de consulter. Cette procédure qui permet un choix présente un danger si les autorités administratives ne respectent pas les règles de jeu. L'appel doit effectivement mettre en compétition les parties intéressées et ne pas servir à couvrir un choix déjà fait par l'administration contractante pour des raisons manifestement subjectives. La nécessité s'impose de définir les critères de sélection. Le même problème se présente dans l'appel d'offres avec concours dans la mesure où l'avis d'appel d'offres peut être adressé individuellement aux candidats que l'autorité habilitée aura décidé de consulter.

- La suppression de l'appel d'offres : le gré à gré

Le législateur définit le marché de gré à gré ou par « entente directe » comme celui qui est passé sans appel d'offres, après l'autorisation spéciale de la Direction de contrôle des marchés publics compétente, confirmant par là que les conditions légales sont réunies⁶². La procédure de gré à gré laisse une entière liberté à l'administration dans le choix de son collaborateur. L'administration agit comme si elle était un simple particulier. Ainsi le gré à gré est au cœur des mauvaises pratiques de corruption.

- L'absence de critères de sélection des candidats

Dans l'appel d'offres restreint, le législateur se contente de dire que « le nombre de candidats admis à soumissionner doit assurer une concurrence

⁶² Art.39, Code des marchés publics.

réelle ». C'est une formule vague, il faudrait préciser les motifs de choix de tel ou tel candidat.

- **La subsistance des pouvoirs discrétionnaires**

L'article 80, alinéa 4 du Code des marchés publics prévoit qu'en cas d'extrême urgence, constatée par la Direction de Contrôle des marchés publics, nécessitant une intervention immédiate visant à assurer la continuité du service public, l'autorité délégante peut avoir recours à la procédure de gré à gré. Cet argument de l'urgence a été avancé pour justifier toutes les entorses à la loi lors de la récente concession du Port de Bujumbura. Même s'il y a des lacunes, on peut affirmer que la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics a beaucoup innové en matière de transparence dans la gestion des marchés publics. La mise en œuvre de cette loi soulève davantage de difficultés.

Chapitre 3. La transparence à l'épreuve des faits dans la gestion des marchés publics.

De manière générale, la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics est bonne. Elle a apporté beaucoup d'innovations en matière de transparence dans la gestion des marchés publics comme la planification des marchés, l'accès aux documents d'appel d'offres, la fixation des critères objectifs de sélection, l'ouverture publique des offres, l'information des candidats des résultats de l'analyse, etc.

Cependant, il subsiste des écarts entre le droit et la pratique. A tous les stades de la procédure de passation et d'exécution des marchés publics, on observe des pratiques qui portent un coup au principe de la transparence. Ces pratiques sont le fait soit des autorités publiques, soit des candidats, soumissionnaires et titulaires des marchés.

3.1. Les entorses au principe de la transparence dans la gestion des marchés publics

3.1.1. Les pratiques irrégulières dans le chef des autorités publiques

- L'arbitraire dans le choix du mode de passation

Les autorités contractantes à qui on confie le pouvoir de choisir le mode de passation des marchés publics abusent de ce pouvoir en opérant des choix non guidés par l'intérêt du service public demandeur. Elles ignorent carrément les dispositions légales indiquant pour le choix de chaque mode de conclusion notamment les seuils à ne pas dépasser. C'est comme si les autorités contractantes avaient des participations dans le capital des candidats ou qu'elles avaient été intéressées par ces derniers. Pour y arriver, elles procèdent au morcellement des marchés, permettant ainsi le recours au gré à gré.

- **L'ignorance délibérée des règles de planification**

Cette ignorance revêt deux aspects : l'omission d'inscrire certains marchés dans les plans prévisionnels et l'absence de publicité de ces plans.

a) L'omission d'inscrire certains marchés dans les plans prévisionnels

Selon le rapport de contrôle de l'exécution du budget général de l'Etat, exercice 2009, il y a eu 17 marchés non enregistrés, mais contrôlés par la Direction Nationale de Contrôle des marchés publics. Il s'agissait des marchés de gré à gré que les autorités contractantes n'ont pas fait enregistrer après avoir eu l'autorisation de recourir à cette procédure. Derrière cette pratique peut se cacher la corruption et la gestion opaque des finances publiques.

b) L'absence de publicité des plans prévisionnels

En matière de passation des marchés publics, le premier élément de transparence est la planification. Celle-ci implique qu'au début de l'année budgétaire, la liste des marchés qui doivent être lancés soient connus. Cette liste devrait être communiquée à toutes les autorités compétentes en matière de passation des marchés publics et devrait justifier les montants des marchés, les priorités et les quantités.

Malheureusement, les autorités contractantes s'arrangent pour que les plans prévisionnels ne soient pas disponibles ou le soient partiellement.

- **Les spécifications techniques orientées**

A des fins de favoritisme ou de corruption, les autorités contractantes ou le maître de l'ouvrage procèdent à l'élaboration des dossiers d'appel d'offres avec des spécifications techniques tendancieuses qui tiennent compte des capacités ou des fournitures d'un soumissionnaire déterminé ; ce que les soumissionnaires appellent « appels d'offres élaborés taille sur mesure ».

On peut prendre l'exemple d'un avis d'appel d'offres qui demande au soumissionnaire de fournir des pneus Goodyear fabriqués en telle année. Sûrement que celui qui lance l'avis sait bien que de tels pneus sont disponibles auprès d'un seul soumissionnaire.

- **La non-diffusion ou la limitation de l'information**

La loi de finances révisée pour l'exercice 2009 disposait en son article 25 qu'« au cours de la gestion budgétaire 2009, toutes les plaques d'immatriculation des véhicules et motos seront renouvelées. Le prix de la plaque comprend une taxe de 40.000 FBU pour les véhicules et 25.000 FBU pour les motos ». La Cour des comptes n'a pas pu retrouver la procédure utilisée pour faire passer ce marché, encore moins ses attributaires⁶³.

- **L'abus de l'entente directe**

L'appel d'offres restreint avec des candidats choisis dans des conditions obscures ou le gré à gré sont préférés à l'appel d'offres ouvert ou à l'appel d'offres avec concours. Cette procédure permet à l'autorité contractante de mettre en concurrence des entrepreneurs ou des prestataires de son choix. Dans ces conditions, le marché est gagné à l'avance par le candidat avec lequel l'autorité contractante a un intérêt illicite. Les marchés d'huile de véhicules ont été morcelés pour être passés de gré à gré. Les bons de commande ont été émis à des dates très serrées variant de 2 à 7 jours et les sommes correspondantes variaient entre 3.700.000 FBU et 4.800.000 FBU⁶⁴.

⁶³ Cour des Comptes, rapport 2009, p.76.

⁶⁴ OLUCOME, Rapport d'activités 2011, p.26

- **Le non-respect de la confidentialité des offres avant leur dépouillement**

La transparence dans les procédures de passation des marchés publics est compromise par le comportement des autorités contractantes qui livrent aux soumissionnaires de leur choix l'information sur le budget alloué au marché en question. Sous d'autres cieux, c'est un « délit d'initié » sévèrement réprimé. Le délit d'initié est un délit dont se rendent coupables les personnes qui détiennent des informations confidentielles dans le domaine des affaires et qui les communiquent discrètement à certaines personnes.

- **L'attribution des marchés à des soumissionnaires fictifs**

Dans certains cas, les autorités contractantes attribuent des marchés à des soumissionnaires fictifs. Dans son rapport de l'exercice 2011, l'OLUCOME a signalé que la Société Burundi Car Service « BCS » a commencé à fournir des biens et services avant son existence légale. La société Burundi Car Services a été créée le 03/08/2010, mais elle a commencé à fournir des biens et services au Ministère de la Sécurité Publique depuis le mois de janvier 2010.⁶⁵ Le ministre des Travaux publics a entamé une procédure de concession du port de Bujumbura soit accordé à une société à constituer « Global Port Services Burundi, sm)⁶⁶.

Dans l'exposé des motifs du projet de décret autorisant la participation de l'Etat au capital de la société « Global Port Services Burundi », il apparaît que le processus de sélection a été lancé et que la société Global Port Services a été retenue. Dans l'article 2 du projet de décret on lit « Le capital de la société à créer est fixé à un milliard cinq cent millions (1.500.000.000) de francs burundais... ». Cette démarche cache à peine une mainmise sur une infrastructure publique pour l'exploiter à des fins financières

⁶⁵ OLUCOME, Rapport d'activités 2010.

⁶⁶ Exposé des motifs du projet de décret autorisant la participation de l'Etat au capital de la société Global Port Services Burundi).

personnelles. L'argument continuité des services publics n'est qu'une façade.

- La réception de quantités fictives

Le marché DNCMP/166/F/2011 relatif à la fourniture des plants fruitiers a été l'exemple de réception de quantités fictives. Le nombre de plants fruitiers destinés à toutes les provinces du pays était de 3.080.970. La province Kayanza devait en recevoir 2.477.230. Un contrôle de l'Inspection Générale de l'Etat a montré que les administrateurs communaux de la province Kayanza ont réceptionné des quantités qui n'ont pas été fournies comme le montre le tableau ci-après :

| n° | Commune | Quantité déclarée | Quantité sur terrain | Ecart |
|----|--------------|-------------------|----------------------|----------|
| 1 | Butaganzwa | 800.000 | 247.000 | 553.000 |
| 2 | Gahombo | 1.091.000 | 431.000 | 660.000 |
| 3 | Gatara | 1.470.000 | 1.042.000 | 428.500 |
| 4 | Kabarore | 868.000 | 934.000 | -66.000 |
| 5 | Kayanza | 1.110.231 | 1.018.500 | 91.731 |
| 6 | Matongo | 1.447.717 | 834.417 | 613.300 |
| 7 | Muhanga | 1.051.500 | 411.500 | 640.000 |
| 8 | Muruta | 1.348.000 | 1.476.000 | -128.000 |
| 9 | Rango | 694.369 | 129.922 | 564.447 |
| | Total | 9.881.317 | 6.524.339 | |

Il apparaît que la Commission de réception n'a pas fait son travail ou a été contournée⁶⁷.

⁶⁷ *Source* : Rapport définitif de contrôle de régularité et de conformité dans la passation du marché N°DNCMP/166/F/2011 relatif à la fourniture des plants fruitiers en 2011, p.22.

- **L'immixtion des organes de l'Etat dans la gestion des marchés publics**

Le dossier DNC MP/48/T/2011 de viabilisation de NYABUGETE I est un exemple de l'immixtion des organes de l'Etat dans un dossier qui aurait dû rester technique. On a vu les agents de la Brigade Spéciale Anti-corruption donner des ordres à la Sous-Commission d'analyse des offres. On a vu des soupçons de corruption peser sur le Conseil de Régulation de l'Agence de Régulation des Marchés Publics. Ainsi, le Président du Conseil de Régulation de l'A.R.M.P., le Vice-Président et le Directeur Général de l'ARMP ont été convoqués pour être interrogés⁶⁸.

- **L'inefficacité des contrôles**

Il y a des contrôles formels sans effets sur le système. C'est le cas des contrôles de la Cour des Comptes. Ce sont des contrôles à posteriori de très peu de portée pratique. Certains intervenants dans le secteur des marchés publics refusent d'appliquer les décisions de l'ARMP. Les moyens d'action comme les moyens financiers sont insuffisants. L'article 41 du décret de création de l'ARMP prévoit des ressources comme 1% du CA des marchés publics exécutés, 50% du produit de vente de DAO, les frais d'enregistrement des recours. Sous ce rapport, cet article est inopérant. L'ARMP vit de la dotation budgétaire annuelle : 89.517.448 FBU pour l'exercice 2009 par exemple.

- **La violation de la loi**

Le cas de la concession du port de Bujumbura en est un exemple. L'article 79 du Code des marchés publics rend obligatoire l'organisation d'une pré-qualification. Il n'y a aucune trace de pré-qualification ce qui fait que le marché a été pratiquement de gré à gré.

⁶⁸ Rapport de l'ARMP, exercice 2011, p.48.

- **La passation des contrats non prévus dans les plans prévisionnels**

Un contrat d'un montant de 621.138.037.156 FBU a été signé entre le Gouvernement du Burundi et une société américaine le 23/03/2010. Le montant de ce contrat ne se trouvait nulle part dans le budget.

3.1.2. Pratiques irrégulières à l'initiative des soumissionnaires

- **L'influence dans la préparation des dossiers d'appel d'offres**

Les soumissionnaires demandent aux autorités contractantes de manipuler la rédaction du dossier d'appel d'offres afin d'insérer l'un ou l'autre élément disponible chez eux, qui sera déterminant dans l'attribution du marché. Les soumissionnaires qui exercent cette influence souhaitent une situation qui leur est favorable sur certains éléments du dossier comme par exemple la caution, la nature des biens, des services, des fournitures désirés par la personne publique concerné, sur les quantités de prestations à fournir eu égard à leur capacité technique, sur le délai dans lequel l'autorité contractante aura les biens, services, fournitures souhaités.

- **Les ententes entre soumissionnaires**

Les soumissionnaires s'adonnent à des ententes surtout si le marché comporte des lots à attribuer séparément. Un des soumissionnaires consent à présenter une offre financière élevée ici alors que l'autre fait le contraire pour un autre marché. Pour chaque marché gagné, les soumissionnaires ligüés exécuteront le marché ensemble du moins dans le secret. Cela se passait avant la promulgation de la loi mais on observe les mêmes faits aujourd'hui. On a vu un soumissionnaire avoir comme concurrents ses propres enfants et certains membres de sa famille pour fournir 2.500 tonnes de haricots, 1800 fûts d'huile de palme et 72.000 kg de sel de cuisine à la Police Nationale⁶⁹.

⁶⁹ OLUCOME, Rapport d'activité 2010.

- **La fourniture de fausses informations**

Des soumissionnaires avancent des expériences dans des commandes similaires déjà exécutées, des références techniques et financières qui ne sont pas conformes à la réalité.

- **Menaces**

Certains soumissionnaires profèrent des menaces à peine voilées à l'endroit de la Commission de passation des marchés sur des recours éventuels auprès des autorités hiérarchiques de la personne publique intéressée qui ne vont manquer de casser la décision ou la proposition émanant de la Commission de passation.

- **Le clientélisme**

Dans un contexte de clientélisme politique et de privatisation informelle des moyens et des mécanismes de la commande publique, le militantisme politique est le tremplin de beaucoup de soumissionnaires. Les autorités contractantes sont souvent flexibles face aux puissants soumissionnaires soutenues par le parti au pouvoir.

- **La corruption**

Les accords illicites entre entrepreneurs, fournisseurs, prestataires de services et décideurs engendrent le versement des pots de vin. La forme est très variée. Cela va de l'argent en espèces aux cadeaux en nature : salons, voitures, appareils électroniques, etc. Une société a accordé un don d'environ 800.000 dollars américains à la fondation Ubuntu et a été désignée quelques temps après soumissionnaire gagnant pour exploiter le gisement minier de Musongati. Hasard !⁷⁰

⁷⁰ OLUCOME, Rapport 2011, p.28.

3.2. Les conséquences des entorses au principe de la transparence dans la gestion des marchés publics

3.2.1. Sur la gestion des deniers publics

Au-delà du respect du principe de la transparence dans la gestion des marchés publics, c'est au fond la bonne gestion des deniers publics qui est recherchée. La transparence permet de faire un contrôle adéquat sur les raisons et la finalité des dépenses publiques. Le non respect de ce principe donne lieu aux pratiques de corruption.

3.2.2. Sur le système des marchés publics

Dans un système des marchés publics sans transparence, c'est une gestion arbitraire des deniers publics qui s'impose. L'autorité contractante attribue le marché au soumissionnaire de son choix. La concurrence, l'égalité des chances entre les soumissionnaires, qui devraient être à la base de toute commande publique disparaissent.

3.2.3. Sur la qualité des fournitures, travaux ou services, objet des marchés publics

Le respect du principe de la transparence va de pair avec la qualité de service, d'étude, de fourniture ou de travaux. Les conséquences de l'absence de transparence dans la passation des marchés se répercutent sur leur exécution et sur la qualité des ouvrages qui en résultent. Les routes qui s'abîment après la réception⁷¹, les fissures qui apparaissent sur les murs des bâtiments réceptionnés montrent que la qualité des services laisse à désirer. On ne peut pas s'attendre à la durabilité d'un ouvrage réalisé dans l'irrégularité.

⁷¹ Route nationale n°13, tronçon Makebuko-Ruyigi.

3.3. Propositions pour une gestion transparente des marchés publics

Comme le Code des marchés publics est bien fait, pour réduire les cas d'irrégularités, il faut appuyer sur les actions de sensibilisation et mettre en place un système préventif et répressif efficace tout en cultivant l'éthique et les valeurs déontologiques.

3.3.1. Une forte sensibilisation sur les cas de mauvaise gestion des marchés publics

Pour introduire plus de transparence dans la gestion des marchés publics, quelques propositions sont formulées. Comme le fait déjà la société civile, il faut continuer le travail de sensibilisation en informant et en mobilisant l'opinion publique par tous les moyens sur le cas de mauvaise gestion des marchés publics.

3.3.2. Une prévention efficace des irrégularités

A travers la réforme du Code des marchés publics, il faut éliminer toutes les occasions de collusion entre les agents publics et les entrepreneurs ou fournisseurs.

3.3.3. Une répression draconienne des irrégularités

En complément de la sensibilisation et de la prévention, il faut sanctionner d'une manière draconienne les pratiques illégales.

3.3.4. Un renforcement de la transparence et la culture de responsabilité

C'est d'abord le fait des autorités publiques et les entreprises. Cela peut passer aussi par l'implication d'acteurs autres que les autorités publiques et les entrepreneurs ou prestataires comme la société civile et les médias. Il paraît opportun d'adopter une Charte d'éthique et de déontologie.

3.3.5. Une réforme du Code des marchés publics

Il faut un code des marchés publics qui reçoive une application effective. Le problème du Code des marchés publics revient au respect et à l'application stricte de ses dispositions. C'est plus un problème de comportement des différents acteurs directement concernés qui doit être redressé.

3.3.6. Un assainissement du système des recours

Les efforts pour introduire plus de transparence dans la gestion des marchés publics porteront aussi sur les délais pour vider les différends soumis soit à l'autorité hiérarchique, soit à la juridiction compétente.

Conclusion et recommandations

La passation des marchés nourrit une activité économique importante et représente une part non négligeable des dépenses publiques : 24,4% en 2009, 15,8% en 2010 et 27,8% en 2012⁷². Pour assurer la bonne gestion des deniers publics, la transparence doit être de rigueur. C'est d'ailleurs pour cette raison que le législateur de 2008 en a posée comme un principe incontournable dans toutes les procédures de gestion des marchés publics et délégation de service public.

Dans l'ensemble, la loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics du Burundi a apporté beaucoup d'innovations pour renforcer la transparence dans les marchés publics. Le problème réside dans l'application de ses dispositions par les autorités publiques et les soumissionnaires, des pratiques illicites et douteuses continuent à caractériser la gestion des marchés publics depuis la planification jusqu'au stade de la réception des fournitures, ouvrages, objets des marchés publics.

Il s'agit notamment de l'absence ou l'insuffisance de planification des marchés, des spécifications techniques tendancieuses, des critères de sélection non définis ou subjectifs, du recours abusif au gré à gré, de l'immixtion de la hiérarchie, manque des sanctions aux autorités en charge des marchés publics qui se rendent coupables de certaines défaillances.

Cette situation est préjudiciable à l'économie en ce sens qu'elle accroît les risques de gestion opaque des finances publiques. Elle favorise également les pratiques de corruption, annihilant du coup les efforts de lutte contre la corruption dont le Burundi a fait la trame de sa politique économique. De ce qui précède, il importe de formuler les recommandations suivantes :

⁷² Source : Budget 2009, 2010 et 2011.

Au Gouvernement :

- de lever l'impunité financière et faire reculer la passivité de la justice devant certains scandales de corruption avérées ou alléguées dans les marchés publics ;
- de renforcer les pouvoirs de la Cour des comptes en matière de contrôle de bonne gestion des marchés publics qui, aujourd'hui ne fait qu'un contrôle formel qui se limite à donner rapport uniquement ;
- de doter les organes de contrôle et de régulation des marchés publics de moyens financiers suffisants qui leur permettent d'aller au bout de leur mission.

Au Parlement:

- de réviser le Code des marchés publics dans le sens de permettre aux organisations de la société civile, aux médias et aux citoyens de suivre de près la passation des marchés publics ;
- de mettre en place des mécanismes de contrôle pour s'assurer du bon usage des deniers publics dans les marchés publics ;
- de contribuer à prévenir tous les risques pesant sur l'intégrité dans les marchés publics ;
- de veiller, par des commissions d'enquête, à ce que la gestion des contrats respecte les normes d'intégrité élevée.

Aux organes de contrôle et de régulation :

- de rendre opérationnel le Journal des marchés publics qui ferait connaître notamment les abus dans la passation des marchés ;
- d'adopter des mécanismes spécifiques pour surveiller les marchés publics ainsi que déceler les fautes commises et les sanctionner ;
- de traiter les réclamations des fournisseurs potentiels de manière équitable et dans les délais prévus.

Aux autorités contractantes :

- de veiller à ce que la gestion des marchés publics soit caractérisée par un degré de transparence adéquat à toutes les étapes du cycle de passation des marchés publics pour assurer un traitement juste et équitable des fournisseurs potentiels ;
- de s'efforcer d'assurer une transparence maximale dans les appels d'offres et prendre des mesures de précaution pour renforcer l'intégrité, en particulier en cas de dérogation aux règles d'appel à la concurrence.

Aux fournisseurs de l'Etat :

- de s'engager à ne plus verser des pots-de-vin en souscrivant à une charte d'éthique et de déontologie ;
- d'éviter tout recours aux pratiques anticoncurrentielles.

Bibliographie

Textes de lois

- Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi.
- Décret-loi n°1/015 du 19/5/1990, portant dispositions organiques des marchés publics, B.O.B. n°7/90, pp.203-207.
- Décret n°100/120 du 18 août 1990 portant Cahier Général des charges, non publié.
- Loi n°1/002 du 31 mars 2004 portant création, organisation et fonctionnement de la Cour des comptes.
- Loi n°1/12 du 18 avril 2006 portant mesures de prévention et de répression de la corruption et des infractions connexes.
- Loi n°1/27 du 3 août 2006 portant création de la Brigade anti-corruption.
- Loi n°1/36 du 13 décembre 2006 portant création de la Cour anti-corruption.
- Décret n°100/277 du 27 septembre 2006 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Inspection Générale de l'Etat.
- Loi n°1/01 du 04 février 2008 portant Code des marchés publics du Burundi, B.O.B. n°2 bis/2008, pp.285-334.
- Décret n°100/119 du 07 juillet 2008 portant création, mission, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, B.O.B. n°7/2008, pp.1240-1250.
- Décret n°100/120 du 08 juillet 2008 portant création, mission, organisation et fonctionnement de la Direction Nationale de Contrôle des Marchés Publics, B.O.B. n°7/2008, pp.1250-1256.
- Décret n°100/123 du 07 juillet 2008 portant création, mission, organisation et fonctionnement de la Cellule de gestion des marchés publics, B.O.B. n°7/2008, pp.1265-1268.
- Ordonnance Ministérielle n°540/1035/2008 du 26 octobre 2008 portant seuils de passation, de contrôle et de publication des marchés publics, B.O.B. n°11/2008, pp.1856-1857.

Ouvrages

- DJILLALI MAADJADJ (sous la direction de, Combattre la corruption en Afrique. Enjeux et perspectives, Paris, Karthala, 353 p.
- BLUNDO, G. et de SARDAN, J.-P., Etat et corruption en Afrique. Une anthropologie comparative des relations entre fonctionnaires et usagers (Bénin, Niger, Sénégal), Paris et Marseille, Karthala & APAD, 374 p.
- RICHTER, L., L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire, Paris, L.G.D.J., 2009, 393 p.
- SARASORRO, Y., La corruption des fonctionnaires en Afrique. Etude de droit pénal comparé, Paris, Economica, 1980, 230 p.

3. Rapports

Autorité de régulation des Marchés Publics

- Rapport annuel 2010
- Rapport annuel 2011

Cour des Comptes

- Rapport 2009
- Rapport 2010
- Rapport 2011

OLUCOME

- Rapport 2010
- Rapport 2011
- Rapport 2012