

The Degree of Compliance of the Public Procurement Code in Tunisia of 2014 with OECD Principles to Strengthen the Integrity of Public Procurement

Le Degré de Conformité du Code de Marchés Publics en Tunisie du 2014 Aux Principes de L'ocde Pour Renforcer L'intégrité des Marchés Publics

Maïssa Jelassi

Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse, Université de Sousse, Tunisie,

Abstract: In this paper, we first assess the rules and laws governing public procurement in Tunisia, and then compare them with the OECD Principles for Enhancing Integrity in Public Procurement. Indeed, there is still a long way to go to establish a legislative framework equivalent to the OECD Principles for Enhancing Integrity in Public Procurement. These include identifying needs, making public purchasers "responsible and professional", putting in place appropriate procedures to protect whistleblowers and optimizing controls. Finally, we will also attempt to offer some suggestions that may be useful in strengthening this system, which is the backbone of the country's sustainable development.

Keywords: Public purchasers, public procurement, public goods, contracting.

Résumé: Dans ce papier, nous évaluons d'abord les règles et lois régissant les marchés publics en Tunisie, puis nous les comparons avec les Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité des marchés publics. En effet, il reste encore un long chemin à parcourir pour établir un cadre législatif équivalent aux principes de l'OCDE visant à renforcer l'intégrité des marchés publics. Il s'agit notamment d'identifier les besoins, de rendre les acheteurs publics « responsables et professionnels », de mettre en place des procédures adaptées pour protéger les lanceurs d'alerte et d'optimiser les contrôles. Enfin, nous tenterons également d'apporter quelques suggestions qui peuvent être utiles pour renforcer ce système qui constitue l'épine dorsale du développement durable du pays.

Mots-clés: Acheteurs publics, marché public, bien public, passation de contrat.

Introduction

Depuis deux siècles, la Tunisie se dote de textes juridiques qui évoluent continuellement et qui ont pour objet ses marchés publics. En effet, depuis le décret n° 2002-3158, le texte précurseur des marchés publics il y a eu lieu à une dizaine de modifications. Ces amendements, en particulier ceux qui ont eu lieu à la dernière modification, sont issues d'un contexte national et international critique qui prescrit des réformes orientés vers les préoccupations d'efficacité et d'intégrité, selon une vision de lutte contre la corruption, et avec une volonté de renforcer la concurrence, d'assouplir les procédures et de raccourcir les délais. Dans le présent travail, nous allons essayer d'apporter une évaluation émanant d'une lecture profonde du système de passation de marchés publics en Tunisie.

En effet, pour mener à bien notre évaluation, nous allons prendre comme référence dans notre démarche une large panoplie de documents juridiques tels que le Cahier des clauses administratives générales du 1990 et celle du 2011, des études faites par le gouvernement dont notamment l'auto-évaluation du système national de passation des marchés publics, et par, plusieurs organismes mondiaux telle que la Banque africaine de développement, la Banque Mondiale, l'Union Européenne et l'Agence Française de Développement. Ces études sont faites sur la base de la méthodologie OCDE-CAD¹. Sans pour autant négliger l'importante masse de travaux théoriques dans la matière. Ce qui va nous permettre d'avoir une lecture profonde du système de passation de marchés publics en Tunisie.

¹OCDE : Organisation de Coopération et de Développement Economique, CAD : Comité d'Aide au Développement.

En 2004, à l'issue d'une table ronde mise en place depuis 2002 de la part de l'OCDE-CAD et la Banque Mondiale, un document de référence, dédié aux pays en développement, traitant à la fois les bonnes pratiques de la passation des marchés publics, ainsi que les outils d'aides au développement des capacités de passation de ces derniers sans oublier d'enseigner sur les bonnes méthodes pour mener à bien une analyse comparative aussi bien qu'un suivi et une éventuelle évaluation. En 2005, l'activité conjointe OCDE – CAD sur la passation des marchés a été instituée avec pour mandat de donner corps à la Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide et de mener à bien les engagements de renforcement des systèmes nationaux de passation des marchés, de développement des capacités de soutien et d'utilisation des structures mises en place par les pays².

On se référant au rapport final sur l'évaluation du système national de passation des marchés publics en Tunisie (Juin 2012), les notes attribuées sont « décevantes » (au-dessous de la moyenne) pour la réglementation qu'il le précède. En revanche, le nouveau décret tend vers la consolidation du rôle des marchés publics dans la réalisation des objectifs de développement et la garantie de l'efficacité des achats publics et de la bonne gouvernance, en matière de lutte contre la corruption et de garantie de la transparence. En effet, on accorde plus d'importance dans ce nouveau décret à la simplification des procédures, l'organisation des structures concernées par les marchés publics et la préservation des intérêts des intervenants dans les marchés publics. Avec ses 194 articles, le nouveau décret se veut aussi exhaustif que possible.

En effet, le parcours se voie long pour aboutir à un cadre législatif comparable aux principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics. Ce, particulièrement au niveau d'identification des besoins, de rendre « responsables et professionnels » les acheteurs publics, d'instaurer des procédures adéquates pour la protection des donneurs d'alerte, et d'optimisation des contrôles. En d'autres termes, le pays s'est-elle doté des mesures de promotion de l'éthique et de lutte contre la corruption suite à la mise place du décret n° 2014-1039?

Pour répondre à cette question, nous allons essayer d'apporter une évaluation émanant d'une lecture profonde du système de passation de marchés publics en Tunisie. D'abord, nous allons illustrer les problèmes ainsi que les solutions suggérées par la littérature qui s'intéresse à la passation de marchés publics. Ensuite, nous allons illustrer quelques éléments de force et de faiblesse qui distinguent la nouvelle réforme et lois qui seront appliquées à partir de l'année 2014 et essayer d'apporter quelque élément d'amélioration inspiré des principes de l'OCDE. En fin, nous allons essayer aussi d'apporter quelques recommandations qui s'avère utiles pour renforcer ce système qui représente un pilier du développement durable du pays.

I- Revue de la littérature

Les partenariats public-privé (PPP) défendus par Armstrong et Sappington (2006) constituent une variété d'arrangements contractuels qui s'accompagne généralement d'un recours à la concurrence *sur* le marché. Cette dernière est définie comme la mise aux enchères du droit de servir une demande d'un service public. Ordinairement, la concurrence *pour* le marché, est considérée comme un instrument indispensable lors du choix des partenaires privés (Mougeot et Naegelen, 2005). Le principe de compétition « *for The Field* » est bien développé dans la littérature, il sert actuellement comme une argumentation en faveur du mode de passation des contrats dans le marché des infrastructures de transport. Les PPP peuvent se traduire par le principe de concurrence *pour* le marché comme substitut à la concurrence *sur* le marché. En effet, une technique séduisante pour atteindre l'*optimum social*, par le fait d'introduire une pression concurrentielle *ex ante* pour les services publics en situation de monopole naturel. Certains auteurs montrent que la *Franchise Bidding* est un remède pour les défaillances de réglementation traditionnelle des monopoles naturels. Cependant, de nombreuses défaillances ignorées par Demsetz (1968) et Posner (1972), peuvent dégrader, voire même abolir les bienfaits attendus d'une concurrence *ex-ante*, et rendre le *Franchise Bidding* inefficace, Goldberg (1976) et Williamson (1976). C'est ainsi que les années 1960 et 1970 ont été marquées par un débat portant sur l'organisation optimale des services publics en monopolenaturel.

Par ailleurs, le développement récent de la théorie des coûts de transaction a pour avantage de dévoiler les obstacles entravant l'application de la concurrence pour le marché des biens et services publics (Crocker et Masten, 1996 ; Bajari et al, 2014). Selon Williamson (1976), Crocker et Masten (1996), les coûts du *Franchise Bidding* sont plus onéreux avec des investissements spécifiques et dans un environnement incertain. Lorsque ces deux conditions sont réunies, les limites du *Franchise Bidding* apparaissent à trois phases différentes de la vie du contrat. Ainsi, les difficultés qu'affrontent les appels d'offres concurrentielles avec contrat à prix constant peuvent apparaître avant, après et/ou lors de l'exécution du contrat (**Tableau 1**).

²« Chapitre 1. Contexte et finalité du présent document », Revue de l'OCDE sur le développement 2008/4 (n° 9), p. 75-76.

Tableau 1 : Les sources de difficultés du Franchise Bidding avec contrat incomplet à prix fixe

Phase 1 : Attribution	Phase 2 : Exécution	Phase 3 : Réattribution
- Concession du contrat	- Exécution	- Renouvellement du
- Détermination de la durée et des barrières de la réalisation du contrat	- Adaptation	contrat en fonction des avantages du sortant

Source : Elaboré par les auteurs

Les trois phases se déroulent respectivement dans chaque projet par un appel d'offres public avec un contrat incomplet à prix unitaire fixe. Elles se reproduisent à chaque projet même en cas où le soumissionnaire remporte le marché deux fois de suite ou même plus.

1- Les problèmes liés à l'attribution du contrat et solutions proposées

La négociation du contrat est un processus de synchronisation entre l'offreur et l'acheteur. Cette synchronisation aura une influence directe sur la qualité de prestation du service (Bajari et al, 2001, 2004, 2014). Elle dépendra du type du marché, de l'attitude des offreurs et du type de gouvernance adopté par l'acheteur. De nombreuses difficultés peuvent se poser au moment de l'attribution du contrat. L'origine de ces difficultés tient à l'incomplétude des contrats en pratique. Les causes de cette incomplétude sont nombreuses et elles ont pour conséquence de dégrader l'efficacité des PPP.

Le degré de risque accompagnant l'adoption du mécanisme d'appel d'offres est relatif à trois principaux motifs : (i) Le degré de complexité des services à rendre. (ii) La présence d'une forte incertitude sur la convergence entre le résultat final et résultat recherché par l'acheteur. (iii) Le risque d'une entente entre les offreurs eux-mêmes, qui crée un favoritisme et/ou une capture (Cailliaud, 2001), ce qui démotive un offreur pour la participation à un appel d'offres. Ce dernier risque a été vérifié notamment dans les marchés de télécommunications.

Pour résoudre ce type de problème, certains auteurs proposent des solutions, comme l'adoption d'une combinaison de critères de sélection par une appréciation des variables qualitatives permettant de sélectionner le mieux-disant (McAfee et McMillan, 1987; Crocker et Masten, 1991; Crocker et Reynolds, 1993; Che, 1993; Saussier, 2000). Cette solution multicritère a l'avantage de valoriser le caractère innovateur et les solutions originales des offreurs et de minimiser l'entente entre eux (Cailliaud, 2001). L'amélioration de la procédure d'attribution au mieux-disant suppose l'existence d'une transparence de l'information sur les critères de sélection retenus et la définition explicite et à priori de tous les critères de sélection.

Le Big Bang franchising constitue une technique permettant de perfectionner la sélection des gagnants dans les appels d'offres. Cette technique se base sur un processus graduel de mise aux enchères, au lieu de mettre aux enchères tous les contrats simultanément, l'acheteur (l'autorité publique) adopte une approche incrémentale du processus d'attribution et émet les appels d'offres un par un. Cette technique a été adoptée aux enchères des concessions d'exploitation du réseau ferré britannique (Preston et al, 2000) et dans le marché d'exploitation du service de transport par Bus à Londres. Cette méthode peut conduire à des pertes d'économie d'échelle mais elle veille à ce que ces pertes soient compensées par les gains en matière de développement de la concurrence. Cela permet aux autorités publiques de développer leurs savoir-faire dans l'organisation des appels d'offres et de raffiner leurs critères de sélection.

Least- Present- Value of Revenue (LPVR) est remporté par l'offreur (le soumissionnaire) qui demande la valeur actualisée la plus faible des revenus (Engel et al, 2001). L'appel d'offres ne porte pas sur le prix du service plafonné par l'autorité publique, mais il peut couvrir le soumissionnaire gagnant contre les risques commerciaux. En effet, pour minimiser l'incertitude pour les soumissionnaires et éviter par la suite la malédiction du gagnant, le contrat s'arrête lorsque le soumissionnaire gagnant encaisse la totalité des revenus définis dans l'appel d'offres. Cette procédure est appliquée essentiellement pour des concessions des infrastructures autoroutières.

Une procédure se base sur le partage des risques pourrait minimiser les incertitudes et attirer les candidats. Dans cette procédure l'autorité publique peut spécifier ex ante la façon dont les risques seront partagés ex post. Cependant, elle est coûteuse et difficile à mettre en œuvre et d'en assurer la vérifiabilité (Hart, 2002). En effet, la qualité et le prix du bien ou du service fourni, ne dépendent pas uniquement du comportement des offreurs finaux mais ils dépendent aussi de celui de leurs fournisseurs en amont.

Afin d'éviter l'entente entre les candidats et d'éviter le favoritisme de la part des autorités publiques, il est important d'effectuer une campagne publicitaire des appels d'offres. Plus la publicité est large, plus on attire

des concurrents et plus l'entente entre les participants se fragilise. Pour lutter aussi contre les risques d'entente entre agents publics et entreprises candidates, il faut limiter le pouvoir décisif des autorités publiques en augmentant le nombre d'agents du comité de sélection des partenaires privés (Laffont et Martimort, 1999).

2- Obstacles et solutions lors de l'exécution du contrat

Pendant l'exécution du contrat, le soumissionnaire gagnant peut-être remplacé avant l'expiration du contrat lorsqu'il s'avère incompetent ou lorsqu'il ne respecte pas ses engagements. Cependant, le remplacement d'un soumissionnaire est un processus trop long et trop coûteux et en même temps, l'État doit garantir la réalisation du projet dans les délais prévus (Guasch, 2004). En effet, dans la plupart des cas, l'autorité publique préfère continuer l'exécution du contrat en trouvant des arrangements avec le même concédant (Prager, 1990).

Dans le cas d'un contrat avec une importante incertitude et qui nécessite une coordination contractuelle, la théorie des coûts de transaction prouve qu'il est indispensable d'avoir des mécanismes hiérarchiques capables de garantir la flexibilité des compromis, de superviser et de sanctionner d'éventuels comportements opportunistes (Crocker et Masten, 1996).

Ainsi, au sein d'un marché de bien ou service où la demande, les conditions de l'offre et/ou la technique n'est pas contrôlable à terme et incertaine, l'incomplétude des contrats pose un problème à surmonter. Elle génère deux principaux problèmes : l'incapacité de définir avec précision toutes les dimensions de la qualité du service à fournir et la difficulté de définir des procédures de contrôle et de sanction crédibles. L'incomplétude des contrats, en soi, est une difficulté à mettre en considération, vu qu'elle peut conduire à un comportement d'opportunisme de la part de soumissionnaires et/ou des pouvoirs publics.

Dans un marché de biens et de services publics payants, le « hold-up » légal est une technique utilisée par l'administration, soit sous la forme d'une décision ultérieure de baisse des prix pour les usagers, soit en interdisant à leurs partenaires privés de réduire leurs effectifs. En effet, l'incomplétude du contrat peut être déployée par les pouvoirs publics sous la forme d'une discrétion considérable issue par leur comportement opportuniste.

Afin de lutter contre l'opportunisme, de nombreuses solutions sont envisageables : comme l'intégration des clauses de performances qui sont sanctionnées par des pénalités, on trouve aussi des mécanismes de réglementation des prix tels que :

Le soumissionnaire est contraint de fournir aux autorités publiques d'un ensemble d'informations financières et techniques à des périodes précises. Cette procédure pourrait limiter l'asymétrie d'information de la part du réglementateur, on les trouve dans les contrats de services publics de distribution d'eau en France (Ménard et al, 2003).

Un contrôle périodique sous forme d'audits réguliers des comptes et des activités du soumissionnaire de la part du mandant, soit par lui-même, soit par une tiercepartie.

La transparence des responsabilités des parties pour ne pas toucher à la réputation de soumissionnaire en cas de conflits. Zupan (1989) et Prager (1990) ont montré les effets positifs de la réputation sur le comportement des soumissionnaires lors de l'exécution d'un contrat dans le cadre des concessions de télévision par câble. Ces auteurs ont montré notamment que les soumissionnaires préfèrent garder et améliorer leurs réputations au détriment des gains qu'ils peuvent engendrer à court terme.

La théorie des coûts de transaction envisage une autre solution en instaurant un office de règlementation ou d'expertise afin de mieux gérer les contrats (Goldberg, 1976). Cette autorité doit être tierce à la relation contractuelle et fiable pour d'assurer le respect des promesses publiques et l'autonomie des instances dirigeant les contrats (Levy et Spiller, 1994).

3- La détermination de la durée du contrat et les barrières à la réattribution

Le recours à la concurrence lors de la phase de renouvellement des contrats n'est plus une solution. En effet, le soumissionnaire en place acquiert de l'expérience en fonction du nombre de projets réalisés (Peacock et Rowley, 1972), même s'il est possible d'avoir plusieurs soumissionnaires compétents au début, l'égalité entre ces derniers aux périodes de renouvellement du contrat n'est pas évidente. Le soumissionnaire ayant remporté le premier appel d'offres bénéficie des conséquences de « transformation fondamentale », ce qui justifie un taux élevé de reconduction des sortants. Zupan (1989) enregistre un taux très élevé de reconduction des sortants (99,8%) dans le secteur de la télévision par câble aux États-Unis. En France, ce taux est de (90 %) dans le secteur de l'eau, il est presque de 88% dans le secteur des transports publics urbains (Yvrande-Billon, 2006).

La mise en place des investissements particuliers (en valeur et en nature) donne lieu à un rapport de dépendance réciproque entre le soumissionnaire et l'autorité publique. La disposition concurrentielle du départ est remplacée ensuite par une situation d'offre bilatérale. Cette nouvelle relation pourrait entraîner un danger d'expropriation bilatérale affectant les incitations à investir des opérateurs. En conséquence, la présence des risques d'opportunisme est marquante, ce qui justifie en partie l'existence de taux très élevés de reconduction

des sortants (Zupan, 1989).

La conclusion d'un contrat selon la durée de vie des actifs physiques engagés rend le soumissionnaire incertain du renouvellement du contrat. En effet, le soumissionnaire est démotivé pour investir à l'entretien des infrastructures et à la maintenance d'un service de qualité jusqu'à la fin du contrat. Par conséquent, la gestion efficace d'un service avec des actifs physiques qui vieillissent et sans renouvellement au moins en partie au cours du contrat, devient très difficile.

Certains chercheurs ont tenté d'avancer des solutions pour ces problèmes. Par exemple, Posner (1972) et Littlechild (2002) montrent que si on opte pour un contrat à clauses d'audit et d'inventaires des actifs au début et à la fin de la période dudit contrat, on peut dédommager le soumissionnaire dans le cas où il ne peut pas remporter ce marché pour une deuxième période. Aussi, lorsque le contrat prend fin avant la fin de la durée de vie des actifs, l'égalité entre soumissionnaires, pour une deuxième période, est possible si on pourrait évaluer ce capital et le céder à d'autres concessionnaires (Posner, 1972).

Littlechild (2002) suppose que les contrats peuvent contenir des clauses de transfert de la propriété intellectuelle et des logiciels informatiques. Dans ce cas, il est difficile de valoriser les investissements en capital humain du soumissionnaire en place. D'ailleurs, il n'existe pas encore des moyens scientifiques exacts pour mesurer la valeur de ce type d'investissements. En plus, le transfert de ce capital à d'autres firmes engendre des coûts supplémentaires, ce qui constitue encore un facteur supplémentaire de décalage entre les deux soumissionnaires.

II- La nouvelle réforme de réglementation des marchés publics

Concernant les marchés publics, les autorités Tunisiennes tendent vers une procédure principale selon laquelle s'organise la mise en concurrence en vue du choix d'une (ou plusieurs) offre(s), en se basant sur de critères objectifs préalablement établis dans une réglementation particulière mise à jour et modernisée régulièrement. En effet, en janvier 2013, une initiative de refonte du cadre réglementaire des marchés publics, s'est mise en place. Cette refonte a donné lieu à la publication du Décret n° 2014-1039 du 13 mars 2014. Ce nouveau décret a été adopté le 13 mars 2014. Son corps est conçu suite à une révision de l'intégralité des textes réglementaires régissant le secteur des marchés publics³. Pour mener à bien cette partie, nous allons détailler les forces et les faiblesses dégagés dans ce nouveau décret, pour la première partie. En deuxième partie, nous allons tenter de mettre au point les perspectives d'amélioration de ce décret en se référant aux principes de l'OCDE.

1- Les forces et les faiblesses du nouveau cadre légal

Régies par ce nouveau décret, les différents intervenants sur les marchés publics, ont purement remarqué une satisfaction mutuelle de nouvelles procédures. En effet, l'application de ce décret fait prouver une rationalisation de son cadre juridique et institutionnel (un décret unique, des contrôles allégés, une nouvelle gouvernance...), et commence à établir des bonnes mœurs par l'introduction de nouvelles mesures (renforcement de l'intégrité et de la transparence, Achat durable...). Il est important de mentionner que le nouveau décret intègre dans son texte les notions d'achat durable et responsable, par l'introduction des composantes obligatoires touchant l'environnement dans les cahiers des charges. Il incorpore aussi la dimension sociale de l'achat public, comme une nouvelle notion qui était absente dans les textes précédents.

Le nouveau décret de n° 2014-1039, souffre de deux principales faiblesses. La première étant l'absence de contrôle a priori au niveau de la procédure de passation des marchés publics. Cette décision peut provoquer des risques au moment de l'identification des besoins, ainsi qu'au moment de l'ouverture des offres. La deuxième réside dans un manque de précision et de cohérence. Sans pour autant oublier l'attente de la publication de la circulaire d'application qui aura pour mission principale et entre autre l'explication des nouveaux concepts.

On assiste aussi à la conservation de quelques dispositifs en matière de l'exécution des marchés, sans que ces derniers aient fait preuve d'efficacité lors de leur application. En plus, les procédures d'exécution des marchés, reconnues défailtantes, telles que les délais d'exécution et l'absence de suivi, n'ont pas fait l'objet de rectification. Enfin, le caractère du non vérifiabilité de l'obligation l'identification précise et efficace des besoins, reste en instance.

³Notamment du décret N°2002-3158 du 17 décembre 2002 publié dans le JORT N°103 du 20 décembre 2002 et complété par le décret N°2007-1329 du 4 juin 2007 modifiant et complétant le premier décret, et le décret N°2008-2471 du 5 juillet 2008 modifiant et complétant le décret N°2002-3158 du 17 décembre 2002.

2- Les perspectives d'amélioration de décret du 2014

Dans un but de renforcement de la transparence et l'assouplissement des procédures, la réforme du cadre réglementaire des marchés publics en Tunisie, était conçue. En revanche, cette réglementation est loin d'atteindre son but. En effet, il lui reste un certain nombre de défis et obstacles à surmonter en vue de garantir plus d'intégrité au niveau de tous les étapes de passation des marchés publics et de trouver un équilibre entre plus de transparence et plus d'efficacité. Cela peut être réalisé en procédant à un enrichissement cadre juridique pour couvrir toutes les composantes de la commande publique et inclure des procédures spécifiques aux aspects social et éthique, dans un premier temps. Alors que dans un deuxième temps, il faut trouver les moyens adéquats pour consolider le cadre institutionnel. Ce, en le dotant par les compétences nécessaires, et par la mise en place des mécanismes de contrôle fiables, afin de le rendre un garde-fou contre la corruption dans les marchés publics. Sous le titre de développement du cadre juridique et procédural, l'enrichissement du cadre juridique se joue en quatre volets à savoir, un cadre juridique pour les achats hors marché, des dispositions intégrant l'aspect social, des mesures de renforcement de l'intégrité et de la transparence et un cadre juridique permettant aux agents de faire rapport d'abus (whistle blowing). D'abord, L'achat public en dehors des marchés permet le développement des PME opérantes dans le secteur, et présente une part importante du budget de l'État. Il s'avère aussi utile de constituer un cadre juridique pour ce type d'achat public, et de créer un seul code de l'achat public, qui réunit les deux type d'achat. Ensuite, pour s'assurer que l'exécution du marché peut se dérouler dans les meilleures conditions. Il faut penser à concevoir une nouvelle vision sociale peut rendre plus facile le fait de mieux cerner les problèmes sociaux dans les entreprises contractantes. En effet, les cahiers des charges peuvent contenir des clauses qui pourraient admettre des conditions meilleures afin de conserver un bien être minimal au sein de l'entreprise contractante. Tel que, d'un niveau minimal de qualifications académique, d'expérience et de savoir-faire des soumissionnaires, l'encadrement du personnel de l'entreprise, etc. Puis, compte tenu du manque de connaissance fine du phénomène de la corruption et de ses pratiques, notamment dans les marchés publics, au niveau de la réglementation qu'au niveau des fonctionnaires. Il s'avère utile donc d'éditer un catalogue des risques pour marquer les postes et les activités liés à la passation des marchés publics et qui présentent un haut risque de corruption. Du côté du soumissionnaire, la sensibilisation présente un autre défi. Il est primordial que le secteur privé réalise des contrôles, des guides de bonnes pratiques et des systèmes de signalement confidentiels dans l'entreprise. Pour consolider ces efforts de la part du secteur privé, l'administration peut tenir une « liste blanche » des entreprises ayant mis en place des procédures internes de conformité aux exigences d'intégrité. Enfin, la création et la mise en fonction d'un mécanisme d'alerte pour détecter à un stade précoce les corruptions et des risques potentiels. En effet, cela permet l'identification des menaces potentiels et le choix des mesures correctives. Ainsi, il faut mettre en place et rendre accessible aux agents publics les moyens de faire rapport d'abus dans les marchés publics. En revanche, Il n'existe pas encore de cadre juridique de protection des dénonciateurs d'abus.

Sous le titre de la refonte du cadre organisationnel et institutionnel, nous allons essayer d'apporter quelques réponses aux questions relatives à la professionnalisation et développement des capacités des professionnels des marchés publics, à la prévention des conflits d'intérêts et à la révision de l'architecture des instances chargées de la gouvernance et du contrôle. D'abord, le nouveau décret a accentué la responsabilisation des acheteurs publics, ce qui doit être accompagné par un renfort continu de la professionnalisation de la fonction de l'acheteur public. En effet, des formations spécifiques aux achats pour assurer une mise à jour régulière du profil de compétences des acheteurs en fonction des dernières évolutions réglementaire et technologique, s'avère très bénéfique. Il est souhaitable aussi d'envisager un système de certification pour les achats pour le moyen terme. Il est primordial voir urgent de renforcer les capacités des contrôleurs des marchés publics, cela est possible à travers des sessions de formation adéquates. Cela peut être contrôlé par des évolutions en matière de réglementation, de gestion et de technologie, à fin d'une mise à niveau régulière du savoir et des compétences de tous les professionnels des marchés publics.

Ensuite, par une introduction des mesures de lutte contre la corruption, le législateur se place dans un cadre juridique qui réglemente les conflits d'intérêts des acteurs des marchés publics afin de renforcer l'intégrité de l'ensemble du système. En effet, pour ancrer les normes d'éthique spécifiques aux agents des marchés publics. Il est essentiel de développer des réglementations sur les conflits d'intérêts définissant clairement les intérêts privés ou les situations susceptibles de menacer l'indépendance du fonctionnaire. En plus il est souhaitable d'adopter certaines mesures au niveau organisationnel pour éviter les risques de conflits d'intérêts, notamment en assurant une séparation des tâches et compétences dans l'ensemble du cycle des marchés publics. Par ailleurs, les fonctionnaires impliqués directement et en relation directe avec les soumissionnaires, pourraient être sensibilisés aux questions d'éthique, avec l'adoption d'un code pour la profession les aidant à gérer certaines situations de conflits d'intérêts potentiels (réception de cadeaux, réceptions...) dans leurs rapports.

En allant plus loin, le nouveau décret a dû supprimer une obligation que nous voyons très importante au niveau de l'application du principe de la bonne gouvernance et la remplace par une simple incitation. En effet,

l'ancien décret, en matière de régimes préférentiels, stipulait que, dans le cas d'un appel d'offres ouvert aux soumissionnaires étrangers, les cahiers des charges devaient contenir une clause de sous-traitance nationale, et obligeaient les soumissionnaires étrangers à associer des bureaux d'études tunisiens et des entreprises tunisiennes spécialisés dans le secteur de l'industrie et du développement du contenu et des logiciels. Nous pensons vivement que cette action peut atteindre même au principe de la souveraineté de l'Etat, dans des cas extrêmes et surtout au niveau des marchés complexes. De même, le décret n° 2011-623 du 23 mai 2011 a introduit les dispositions relatives aux marchés à procédure simplifiée, par instauration d'une commission interne d'achat en vue de faciliter les procédures surtout pour les prestations dont les délais de réalisation s'étalent sur une période relativement longue. Cette disposition a été mise de côté au niveau du décret n° 2012-515 du 2 juin 2012. En revanche, le nouveau décret, revient sur cette disposition mais avec quelques modifications qui nous semblent inefficaces. En effet, il a augmenté les seuils des achats concernés par ces procédures, sans qu'une évaluation de leur pertinence n'ait eu lieu.

III- Recommandations

Dans cette partie, nous allons tenter d'apporter quelques recommandations qui nous paraissent utiles à adopter pour améliorer la procédure législative afin de rendre le système de normes législatives et réglementaires satisfaisant à toutes circonstances qui peuvent survenir tout au long de la procédure. Ensuite, nous allons mettre sous la lumière la planification des passations de marchés et les données relatives aux prix, la loi budgétaire et les procédures financières, les actions d'achats non engagées faute de crédits budgétaires. Par la suite, nous allons nous focaliser sur l'activité d'acquisition et pratiques du marché. En effet, nous allons donner des recommandations faisables, dans un premier temps, l'efficacité des activités et des pratiques de passation de marchés. Dans un deuxième temps, nous allons nous intéresser au caractère fonctionnel du marché des acquisitions. Dans un troisième temps, nous allons examiner l'existence de dispositions relatives à la gestion de marchés et au règlement des litiges.

1- Le cadre conceptuel de règles du jeu

Le pouvoir législatif en Tunisie ne domine pas totalement les marchés publics. En effet, il est utile de régir les marchés publics par une loi (tel est le cas des concessions). Néanmoins, essayer de surmonter les lacunes au niveau de la forme et le fond de ces textes, lois et décrets couvrant les passations des marchés publics. Rendre ces documents accessibles au grand public et faire impliquer les groupes socioprofessionnels et la société civile dans l'élaboration de ces textes. Mettre en relief et rendre présent les notions d'efficacité et de responsabilité dans les principes fondamentaux qui régissent les marchés publics. Mieux cadrer et éclaircir la législation concernant les prestations intellectuelles et privilégier le rapport qualité-prix. Avoir aussi des définitions plus claires des types de marchés tels que définition d'un marché complexe⁴. Afin de donner plus de chance aux soumissionnaires pour émettre des offres bien étudiées, il est souhaitable de concevoir dans le décret, voir dans la loi toutes les conditions correspondantes à la participation des entreprises étrangères aux appels d'offres. Dans un autre volet, il faut que la réglementation dispose d'une définition claire et nominative des fraudes et des pratiques déloyales, qui peuvent être commises par les intervenants sur le marché. Afin de mettre à la disposition des acheteurs publics, un système clair de pénalisation. Sans oublier d'apporter une définition claire sur les cas de conflits d'intérêts dans les textes régissant les marchés publics. Pour plus de traçabilité il est souhaitable d'instaurer un système de classement, d'archivage (surtout l'archivage numérique) et d'ouverture à la libre consultation des documents relatifs à la passation des marchés publics; et notamment les procès-verbaux qui retracent les travaux des différentes commissions. Ce qui facilitera une réglementation des mécanismes qui donnent l'opportunité d'obtenir l'information et avoir la faculté à des recours administratifs. En effet, ce qui va faciliter une tentative de reformulation de la réglementation des marchés publics dans l'intention de permettre un réexamen efficace des décisions.

La non nomination explicite de l'entité responsable de la mise à jour des textes juridiques, a induit entre autres à des textes et des clauses introduit par la circulaire mais non prévues par le décret⁵. Ce qui rend légitime la mise en place d'un organe, ainsi que sa réglementation, pour une mise à jour régulière et un ajustement des dossiers types d'appel d'offres et des cahiers généraux. Aussi, établir un mécanisme pour éditer ou/et mettre à jour les manuels de procédure pour la passation de marchés publics qui existent au niveau de certaines entreprises publiques et les mettre à la disposition des acheteurs publics, des soumissionnaires et de toute

⁴L'article 72 du décret 2002-3158 du 17 décembre 2002.

⁵L'article 43 sur la révision des prix, article 31 relatifs à l'obligation de présélection des bureaux d'études pour les études dont le montant estimatif dépasse 500 mille dinars.

personne intéressée. En effet, par ordre d'urgence, il faut revoir et actualiser les cahiers des clauses administratives générales existantes avec l'assistance des différents intervenants et ceux qui sont en interaction avec ces projets. Il est à noter que l'édition d'un cahier relatif aux installations industrielles et un autre à l'acquisition de matériel informatique s'avère nécessaire.

2- Cadre institutionnel et capacité de gestion

A l'instar des lacunes qui accompagnent le sujet des intérêts moratoires. Nous proposons d'opter à une révision de leur propre formule de calcul, veiller à l'adhérence au texte réglementaire et mettre en place un mécanisme de suivi pour mener à bien ce sujet. Dans le même état d'esprit, il faut qu'à la fin du projet et l'hors de la préparation du dossier de règlements définitifs (en cas d'existence des pénalités de retard, par l'application d'une obligation réglementaire (non respectée dans la plupart des cas), les commissions des marchés doivent vérifier le décompte des intérêts moratoires. Pour rendre cette action plus efficace et pour qu'elle soit exécutée vigoureusement par l'acheteur public, il est souhaitable de mettre en place d'un instrument de dissuasion pour ces derniers, afin de lutter contre la défaillance dans ce domaine. En effet, pour plus d'efficacité, il est recommandé de procéder à réviser les textes portant sur les délais de paiement pour essayer de réduire ces délais. En effet, l'étalement des délais dans le temps, a pour source principale le fait que l'acheteur public n'a pas une réglementation qui le pousse à vérifier la disponibilité financière (disponibilité préalable des crédits). En effet, nous recommandons d'ajouter dans le code des marchés publics des clauses qui insistent à la vérification de la disponibilité préalable des crédits, en phase préliminaire de l'appel d'offres (avant la publication de l'invitation à soumissionner). Cette action doit être généralisée pour tous les acheteurs publics et charger le contrôleur des dépenses ou le contrôleur d'Etat de s'assurer de la disponibilité des crédits avant de fixer la date d'ouverture des plis. Au niveau budgétaire, et pour toutes les acheteurs publics, nous recommandons de prévoir la possibilité qui postule que dès la réception provisoire d'un marché il faut procéder à l'insertion des informations sur la situation financière dans le système d'aide à la décision budgétaire, ce qui permet d'identifier les reliquats budgétaires. En plus, nous souhaitons étudier la possibilité de dématérialisation des dossiers de règlements définitifs par les pouvoirs publics. Pour pouvoir profiter vigoureusement de la technologie disponible, les pouvoirs publics peuvent envisager la mise en place d'une procédure permettant l'interconnexion des systèmes d'information pour les dépenses qui émanent sur le budget de l'Etat et le reste des dépenses. Dans l'optique de renforcer la transparence au niveau de ces marchés il est recommandé à l'acheteur public de procéder à la publication des rapports émanant de l'état d'achèvement de son projet. L'ONMP⁶ est élu comme l'organe normatif en matière de marchés publics. Nous proposons alors, de booster l'ONMP en moyens humains et matériels. Aussi, renforcer et favoriser son indépendance et autonomie. Cela, va induire nécessairement la mise en place d'un système de gestion de l'information performant, interactif et dynamique, pour l'amélioration de la qualité de la base de données, par le biais de la création d'une interface avec le système d'aide à la décision budgétaire pour la collecte de statistiques sur les marchés publics (situation financière, mode de passation, montants...). En effet, sans pour autant ignorer les biens faits si on prévoit l'obligation d'ouverture au secteur privé en matière de conseils et de formation. En revanche, on assiste à une insuffisance financière pour l'ONMP afin de lui permettre de remplir correctement ses responsabilités. Nous proposons comme remède de mettre sur table une proposition d'instituer une taxe ou une redevance ou un prélèvement sur les marchés publics au profit de ce dernier.

Il est indiscutable que le système informationnel administratif tunisien en générale et en particulier pour les marchés publics, est présent sur le site de chaque acheteur public, sauf qu'il est non actualisé, incomplet et surtout reconnaît un accès à ces informations très limité. Pour y remédier, nous proposons de procéder à la conception d'un mécanisme qui oblige les acheteurs publics à fournir les informations actualisées, complètes, accessibles aux intéressés et en temps réel. Tout compte fait, cela facilitera par la suite l'élaboration des normes d'assurance qualité et un système de suivi de passation des marchés.

3- Activités d'acquisition et pratiques du marché

Généralement, la concertation entre le gouvernement et la sphère privée reste limitée, compte tenu des mesures diverses sur le plan réglementaire sont mises en place par une initiative du secteur privé (UTICA, Associations sectorielles...). En revanche, la réglementation régissant les marchés publics, optent pour le partage des risques inhérents aux marchés publics tels que l'actualisation ou la révisions des prix, l'indemnisation des titulaires des marchés en cas de dommages, les intérêts moratoires, la réduction des délais de paiement, etc. Il est faisable pour aider les PME à surmonter ces empêchements de sensibiliser les banques

⁶L'articles 150 et 151 du décret 2002-3158 du 17 décembre 2002.

par l'acheteur public en organisant des séminaires de sensibilisation et d'information, pour motiver ces dernières à promouvoir le financement des entreprises qui participent aux marchés publics et alléger les procédures relatives à l'obtention et la libération des cautions, etc.

En matière de Litige dont peut avoir lieu entre les contractants du projet, nous sommes pour l'idée qui postule la consolidation de l'indépendance du comité consultatif de règlement amiable des litiges, booster sa compétence en s'ouvrant à la société civile, et lui accorder et mettre en place un secrétariat permanent. Néanmoins, le cas échéant nous optons à régler le recours aux instances d'arbitrage international. Cela sera plus favorable en cas d'une révision vigoureuse de l'article 7 du code de l'arbitrage.

4- L'intégrité et la transparence du système de passation de marchés publics

Le système est « armé » par une large panoplie d'organes et de mécanismes de contrôle et d'audit⁷. Néanmoins, le système de contrôle et d'audit souffre d'un manque d'indépendance et de moyens de travail, aussi bien d'importance du volet « marchés publics » dans les missions d'audit. Il éprouve aussi une absence d'exhaustivité et de périodicité, un excès de confidentialité et de Redondance. Nous proposons que le système adhère à la réglementation relative au droit d'accès à l'information et délier les auditeurs et les contrôleurs de l'obligation de réserve, ce, en éliminant le caractère de confidentialité des rapports de contrôle et décider de leur degré de diffusion (texte intégral ou résumé). De plus, il faut mettre l'indépendance de ces organes, par rapport aux acheteurs publics et des entités d'attribution des marchés ainsi que vis-à-vis des autorités politiques. En effet, Il s'avère nécessaire de mise en place d'une structure indépendante pour la gestion d'un système de centralisation des recommandations et des observations des organes de contrôle. Afin de rendre ces recommandations plus vigoureuses et fructueuses, elles doivent aboutir à un plan d'action avec des objectifs chiffrés. Pour consolider cette action, il est souhaitable que l'organe qui est en instance sera soit l'ONMP, soit le Comité de Suivi et d'Enquête des Marchés Publics (COSEM). Le problème de l'absence de fiabilité de l'information, du nom précision au niveau de nombre d'acheteurs publics qui applique le système de contrôle interne, entravent la réalisation d'audits de performance. Pour y remédier, nous proposons de grader la traçabilité des étapes des marchés publics accessibles à tous les intervenants. Enfin, Opter pour un système d'audit et de contrôle interne qui doit être actualisé périodiquement et dématérialiser. Le niveau de qualification et d'expertise des auditeurs diffère d'un organe à un autre, d'un secteur à un autre et d'une région à une autre. Ce qui peut nuire nécessairement à la réalisation d'un audit de qualité concourant au respect des normes. Nous recommandons, un recensement des compétences et mise en place d'une formation certifiée, recyclage et formation continue.

On assiste à une absence totale d'un organe d'appel a il est attribué le pouvoir de réviser les décisions prises par l'institution qui a pour mission l'examen des plaintes, ce qui induit inéluctablement à une suspension automatique des procédures. En effet, nous recommandons de garder la possibilité de suspension des procédures, mais en allongeant les délais des dépôts des plaintes. En plus il faut élargir les compétences en générale et celle au niveau technique en particulier du COSEM pour décider dans les litiges relatifs à l'exécution.

Appartenant au pays en développement la Tunisie, essayer de mettre au point des mesures de lutte contre la corruption et généraliser la culture de la transparence au niveau privé et au niveau publics en particulier. Nous allons énumérer une série recommandations à qui sera confiée la mission de la lutte contre la corruption. En effet, la lutte contre la corruption ne figure pas d'une façon claire et nette dans la réglementation des marchés publics. D'où la nécessité de l'intégrer par des dispositions relativement conçus pour à la lutte anti-corruption, fraude, conflits d'intérêt. Cela doit être précédé par une définition claire et générale de ces concepts. En suite procéder à la mise en places des sanctions jugées adéquate et équitables et surtout dissuasives. Cela ne vas pas sans insister sur le fait d'assurer le suivi de l'exécution des jugements, le cas échéant. En outre, la publication d'un Journal ou bulletin spécialisé contenant des appels à la concurrence, des décisions d'attribution, des listes noir des pratiques frauduleuses ou de corruption, des durées de l'interdiction, les conditions, les voies de recours... Il faut aussi mobiliser et renforcer le rôle de la société civile dans le suivi pour vérifier que les lois sur les pratiques anti-corruption sont mises en exécution dans le pays par l'application des sanctions imposées. Vue l'état actuel du pays (après la révolution) on assiste à des actions qui sont intentées mais il n'y a pas encore de résultat, les statistiques sont à venir. Dans la même optique, une hotline et un site internet dédiés à la dénonciation, pouvons inciter la société civile à être un acteur agile dans cette lutte. La mise en place d'une réglementation qui favorise et régisse l'auto saisine des organes d'audit et de contrôle sous le titre d'une stratégie

⁷Des structures externes de contrôle et d'audit (La cour des comptes ; Les corps des contrôles généraux (CGF, CGSP, CGD) ; Les commissaires aux comptes ; Le COSEM...). Des structures internes de contrôle et d'audit (Les commissions des marchés ; Le contrôle de gestion ; Le comptable public ; Le contrôle des dépenses publiques ; Le contrôle d'Etat ; Le conseil d'administration ; Les structures d'audit ; Les inspections internes).

de prévention contre la corruption. Ces actions doivent être suivies d'un plan d'action chiffré et détaillé, sans pour autant mettre en place plusieurs niveaux d'accès à l'information. Enfin, il est rationnel aussi de définir les cas de conflits d'intérêt entre contrôleurs et gestionnaires, à qui un serment doit être fait ou un document (déclaration sur l'honneur) à signer par les acteurs occupant des postes de décision dans le domaine de la gestion des marchés publics.

Conclusion

Parmi ses fins, la passation des marchés est une activité publique vise un développement durable pour le pays. Elle traduit les décisions de l'État et les transforme en projets tangibles qui sont issues des choix politiques aussi bien au niveau local qu'au niveau national. En effet, c'est un domaine où les citoyens se permettent et peuvent évaluer les résultats concrets de l'action publique, puisque cette activité qui est un monopole de l'Etat affecte leur confiance dans les pouvoirs publics. Toutefois, le diagnostic du système des marchés publics tunisien, est censé établir les principes de l'égalité et l'équivalence des chances, la transparence et la concurrence, révèle que ce système était franchi par ces vices.

Actuellement, pour être emporté par la vague des revendications révolutionnaires et encourager la bonne gouvernance des dépenses publiques, le système des marchés publics a besoin que les règles d'intégrité et de transparence soient présentes et en plain ressort sur tous les niveaux et soient une culture populaire et un rituel dans l'esprit et se traduit bien claire à travers le comportement des fonctionnaires et des citoyens au quotidien.

Tout compte fait, la loyauté dans la commande publique en Tunisie repose sur trois piliers, à savoir : le degré de professionnalisme des acheteurs, la réalité du libre accès à l'information, et l'optimisation de la gestion et des contrôles. Elle n'a donc pas besoin de grands bouleversements juridiques que de bouleversements comportementaux au niveau des responsables. En effet, elle nécessite davantage de contrôles démocratiques, et qui soit exercés par des contre-pouvoirs fonctionnant réellement tel que les ONG, un terrain d'entente engageant tous les acteurs, et des voies de recours spécifiques, rapides et efficaces.

Il est à noter que les pouvoirs publics se sont investis dans cette optique, qui se définit comme un défi national, sur le moyen et le long terme. Toutefois, la Tunisie est doté à la fois, des outils conceptuels et d'une vision claire des orientations à prendre. En effet, si la détermination politique se maintient, toutes les conditions sont réunies pour accomplir des progrès notables dans l'intégrité dans la commande publique.

Bibliographies

- [1]. Littlechild, S., (2002). « Competitive bidding for a long-term electricity distribution contract », *Review of Network Economics*, 1(1), pp. 1-38.
- [2]. Rouboutsos, A., Saussier, S., (2014). « Public-private partnerships and investments in innovation: the influence of the contractual arrangement », *Construction Management and Economics, Taylor & Francis Journals*, 32(4), pp. 349-361.
- [3]. Samuelson, P.A., (1954). « The Pure Theory of Public Expenditure », *The Review of Economics and Statistics*, 36 (4), pp. 387-389.
- [4]. Saussier, S., (1999). « Transaction Cost Economics and Contract Duration : An Empirical Analysis of EDF Coal Contracts », *Louvain Economic Review*, 65 (1), pp. 3-21.
- [5]. Saussier, S., (2000). « Transaction Costs and Contractual Completeness », *Journal of Economic Behavior and Organization*, 42(2), pp. 189-206.
- [6]. Yvrande-Billon, A., (2006). « The Attribution Process Of Delegation Contracts In The French Urban Public Transport Sector: Why Competitive Tendering Is A Myth », *Annals of Public and Cooperative Economics, Wiley Blackwell*, 77(4), pp. 453-478, December.
- [7]. Yvrande-Billon, A., (2008). « Concurrence et délégation de services publics », *Revue Française d'économie*, 22 (3), pp. 97-131.
- [8]. Zupan, M.A., (1989). « The Efficacy on Franchise Bidding Schemes in The Case of Cable Television : Some systematic Evidence » , *Journal of Law and Economics*, 32, October, pp. 401-456.
- [9]. Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics –France.
- [10]. Décret 2014-1039 du 13 mars 2014 portant réglementation des marchés publics en Tunisie.
- [11]. Décret n°2012-515 du 02 juin 2012 portant modification du décret 2002-3158 du 17 décembre 2002 portant réglementation des marchés.
- [12]. Décret n°2011-623 du 23 mai 2011 portant dispositions spécifiques pour la réglementation des marchés publics en Tunisie.
- [13]. Décret 2002-3158 du 17 décembre 2002 portant réglementation des marchés publics tel que modifié et complété par le Décret n°2003-1638 du 4 août 2003, le Décret n°2004-2551 du 2 novembre 2004, le Décret n°2006-2167 du 10 août 2006, Décret n°2007-1329 du 4 juin 2007, le Décret n°2008-561 du 4

mars 2008, le Décret n°2008-2471 du 5 juillet 2008, le Décret n°2008-3505 du 21 novembre 2008 et le Décret n°2009-3018 du 19 octobre 2009.

- [14]. OCDE (2007), Bribery in public procurement methods, actors and counter-measures.
- [15]. OCDE (2007), Corruption dans les marchés publics : Méthodes, acteurs et contre-mesures, Paris.
- [16]. OCDE (2007), L'intégrité dans les marchés publics : Les bonnes pratiques de A à Z.
- [17]. OCDE (2011), Principes de l'OCDE pour renforcer l'intégrité dans les marchés publics.
- [18]. OCDE (2012), Rapport au Conseil sur la mise en œuvre de la Recommandation de l'OCDE sur l'intégrité dans les marchés publics.
- [19]. Jean-Pierre BUEB, La lutte contre la fraude et la corruption dans les marchés publics, Forum mondial de l'OCDE sur la gouvernance : Partager les enseignements de la promotion de la bonne gouvernance et de l'intégrité dans les marchés publics, 2006.