

**DECISION N° 156/11/ARMP/CRD DU 10 AOUT 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE D'AUTORISATION DE LA COMMUNE
DE FOUNDIOUGNE AYANT POUR OBJET LA REDUCTION DES PRESTATIONS
DU MARCHE DE TRAVAUX DE DRAINAGE DES EAUX PLUVIALES DANS LA
LIMITE DU BUDGET PREVISIONNEL ET SUBSEQUEMMENT, LA NEGOCIATION
AVEC L'ENTREPRISE AYANT SOUMIS L'OFFRE CONFORME EVALUEE LA
MOINS DISANTE**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES ;**

Vu le Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 ;

Vu le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics modifié, notamment en ses articles 86, 87 et 88 ;

Vu le décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) notamment en ses articles 20 et 21 ;

Vu la décision n° 0005/ARMP/CRMP du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre mémoire du Maire de la Commune de FOUNDIOUGNE en date du 25 juillet 2011;

Après avoir entendu le rapport de M. Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties ;

En présence de Monsieur, Abdoulaye SYLLA, Président, de MM Abd'El Kader N'DIAYE, Ndiacé DIOP, et Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De MM. Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP assurant le secrétariat du CRD, Oumar SARR, Conseiller juridique et René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité du recours, les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre mémoire du 25 juillet 2011, reçue le 26 juillet au Service courrier, puis enregistrée le 27 juillet 2011 sous le numéro 762/11, au Secrétariat du CRD, le Maire de la Commune de Foundiougne a introduit, suite à l'avis défavorable de la DCMP, une demande d'autorisation de réduction des prestations du marché objet du litige et, subséquemment, la négociation dans les limites du budget, avec le soumissionnaire ayant soumis l'offre conforme évaluée la moins disante.

A l'appui de sa demande, le requérant a produit les copies des pièces suivantes :

- Procès-verbal d'ouverture des plis,
- lettre n°113/C.FGNE/SM du 11 juillet 2011,
- lettre de la DCMP n° 00596//MEF/DCMP/srmp-PK du Service Régional des Marchés publics du Pôle de Kaolack,
- lettre n° 00116/C.FGNE/SM du 18 juillet 2011 de la Commune de Foundiougne,
- lettre N°00620/MEF/DCMP/SRMP/PK du 21 juillet 2011 du Service Régional des Marchés publics du Pôle de Kaolack.

SUR LA RECEVABILITE:

Considérant qu'aux termes des articles combinés 138 et 139 du Code des Marchés publics modifié, l'autorité contractante peut saisir le CRD en cas d'avis défavorable de la DCMP rendu sur une proposition d'attribution d'un marché ;

Considérant que la Commune de Foundiougne a introduit une requête portant demande d'autorisation de réduction des prestations du marché objet du litige et, subséquemment, de négociation dans les limites du budget, avec le soumissionnaire ayant soumis l'offre conforme évaluée la moins disante, après l'avis défavorable de la DCMP ;

Que ce recours n'étant soumis à aucun délai, il doit être déclaré recevable.

LES FAITS

Dans le cadre des activités de lutte contre les inondations, la Commune de Foundiougne a bénéficié d'un appui du Programme National de Développement Local (PNDL) d'un montant de 40 000 000 FCFA pour le financement du drainage des eaux pluviales.

A l'ouverture des plis, le 11 juillet 2011, la commission des marchés a constaté que l'offre la moins disante d'un montant de 50 241 950 F CFA dépasse d'au moins de dix millions le montant du budget alloué aux travaux.

Face à cette situation, la Commune de Foundiougne a saisi le Service Régional de la DCMP pour un avis sur la suite à donner.

En réponse, la DCMP a demandé à l'autorité contractante de déclarer l'appel d'offres sans suite et de procéder, au besoin, à sa relance.

Dans une deuxième correspondance en date du 8 juillet 2011, la Commune de Foundiougne a sollicité de la DCMP, l'autorisation de réduire les prestations à concurrence du montant du budget prévisionnel.

La DCMP a émis un avis défavorable à cette demande.

Alors, l'autorité contractante a saisi le CRD en contestation de cet avis.

LES MOYENS DEVELOPPES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

A l'appui de sa demande, la Commune de Foundiougne a déclaré qu'à chaque hivernage, en raison de l'absence d'un réseau d'assainissement performant, elle est confrontée à des difficultés d'évacuation des eaux pluviales.

En collaboration avec l'Agence Régionale de Développement de Fatick, elle a élaboré un devis estimatif des travaux chiffrés à 40 000 000 de francs CFA correspondant au budget disponible.

La Commune de Foundiougne a déclaré attiré l'attention de la DCMP sur le caractère urgent des travaux, compte tenu des conséquences de la récurrence des inondations en période hivernale.

C'est pourquoi, elle a proposé au Service Régional des Marchés publics du Pôle de Kaolack de mener des négociations avec le candidat ayant soumis l'offre conforme la moins disante afin de réduire les prestations sur la base des prix unitaires proposés, à hauteur du budget disponible.

Cette solution permettra, selon elle, d'écourter les délais et de réaliser les travaux afin d'éviter les inondations.

LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

En réponse à la première saisine demandant un avis sur la conduite à tenir au regard des montants élevés des offres à l'ouverture des plis, le Service Régional des Marchés publics du Pôle de Kaolack, dans sa lettre du 12 juillet 2011, a recommandé à l'autorité contractante de déclarer sans suite l'appel d'offres et de procéder à sa relance, au motif qu'aucune clause du dossier d'appel d'offres validé ne prévoit une diminution des quantités du marché au cours de la phase de passation.

Selon l'organe chargé du contrôle a priori, « tout acte de dépense qui engage les finances d'une personne morale de droit public est subordonnée à l'existence de crédits suffisants et au respect des règles organisant les dépenses publiques, et que tout contrat conclu en violation de ces obligations est nul et de nullité absolue. ».

Dans sa deuxième lettre du 21 juillet 2011, adressée en réponse à la proposition de la Commune de Foundiougne de réduire les prestations à concurrence du montant du budget disponible, le Service Régional des Marchés publics a déclaré qu'aucune négociation n'est prévue par la réglementation des marchés publics dans le cadre de la passation du marché litigieux.

Par ailleurs, l'urgence évoquée par le requérant ne peut être invoquée que si les conditions définies à l'article 76.2 du Code des marchés publics modifié sont remplies.

En conclusion, l'organe chargé du contrôle a priori a invité la Commune de Foundiougne à revoir le dossier d'appel d'offres en harmonisant notamment le devis estimatif avec le budget disponible et de relancer la procédure de passation dudit marché.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte de ce qui précède que la demande d'autorisation porte :

- d'une part, sur la réduction des travaux objet du marché litigieux ; et,

- d'autre part, sur la possibilité d'engager des négociations avec le candidat ayant proposé l'offre financière la moins disante afin que celui-ci adapte son offre financière aux nouvelles quantités pour être dans les limites du budget alloué.

L'EXAMEN DU LITIGE

Considérant que l'article 24 nouveau du Code des Obligations de l'Administration dispose qu'en vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, la conclusion d'achats passés à titre onéreux par les acheteurs publics exige une définition préalable de leurs besoins ;

Considérant qu'en application de ce principe, l'article 9 du Code des marchés publics modifié dispose qu'au cours de la phase de préparation des marchés, l'autorité contractante doit évaluer le montant estimé des fournitures, services ou travaux, objet du marché et s'assurer de l'existence de crédits budgétaires suffisants ainsi que du respect des règles d'engagement des dépenses de l'autorité contractante concernée. Avant signature de tout marché, les services compétents de l'autorité contractante doivent remettre au cocontractant le document portant engagement ou autorisation des dépenses relatives au marché ;

Considérant qu'il résulte de ces textes que le législateur a entendu accorder une importance particulière à l'obligation de définition préalable du besoin dans le but d'éviter, d'une part, que des besoins mal définis ne conduisent à la conclusion de marché ne répondant que de manière insatisfaisante à ses objectifs et, d'autre part, des modifications du cahier des charges en cours de consultation, avec des possibilités d'atteintes aux conditions de mise en concurrence et de prolongation de délais ; en outre, le risque est d'aboutir à l'adoption d'avenants ou à la passation de marchés complémentaires dans des conditions de régularité incertaines ;

Considérant que, dans le cas d'espèce, il a été constaté, après ouverture des plis, que toutes les offres reçues, notamment la moins disante, dépassent d'au moins de plus de dix millions de francs le montant du budget alloué ;

Considérant que l'autorité contractante a proposé, en raison, soit disant, de l'urgence liée à la réalisation des travaux concernés pour faire face aux inondations provoquées habituellement par les eaux pluviales, de réduire les travaux objet du marché et d'entamer une négociation avec le candidat ayant soumis l'offre la moins élevée pour rester dans les limites du budget alloué ;

Considérant, d'abord sur l'urgence impérieuse évoquée par l'autorité contractante, qu'elle s'apprécie, conformément aux dispositions de l'article 76 nouveau du Code des marchés publics, objectivement comme résultant d'évènements imprévisibles qui ne sont en aucun cas imputables à l'autorité contractante et qui sont à l'origine d'une situation incompatible avec les délais de mise en œuvre des procédures de publicité et de mise en concurrence ; qu'elle motive la conclusion d'un marché sans publicité préalable et sans mise en concurrence ;

Considérant qu'en ce qui concerne la procédure de passation choisie et mise en œuvre, l'autorité contractante a, elle-même, choisi de mettre en concurrence les candidats par une publicité préalable ; qu'en se plaçant sur le terrain de l'appel d'offres, l'autorité contractante a choisi d'attribuer le marché au candidat ayant présenté l'offre conforme évaluée la moins disante sans négociation sur la base de

critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ; qu'en ce cas, l'offre ne peut aucunement faire l'objet de négociation, que tout au plus, l'acheteur public peut-il demander au soumissionnaire qu'il apporte des précisions et des éclaircissements concernant son offre ;

Considérant que la seule perspective d'évolution de l'offre remise par le candidat est constituée par la faculté, pour l'autorité contractante, en accord avec l'attributaire du marché, et lui seul, de mettre au point le marché ; qu'en effet, il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre, notamment en ce qui concerne ses dispositions financières, ni le classement des offres ;

Considérant que, dans ce contexte, la proposition de modifier la consistance des travaux et de négocier avec le candidat ayant proposé l'offre la moins disante supérieure au crédit budgétaire alloué serait contraire, d'une part, aux dispositions de l'article 69 du Code des marchés publics qui prévoit qu' « il ne peut y avoir de négociation avec les candidats et aucune modification des offres ou des prix ou des conditions de concurrence ne peut être demandée, offerte ou autorisée » ;

Qu'en considération de ces éléments, l'avis émis par la DCMP est justifié et, en conséquence, la recommandation de faire déclarer, conformément à l'article 64 du Code des marchés publics, l'appel d'offres infructueux et de procéder, éventuellement, à sa relance est fondée ;

Que, cependant, l'autorité contractante peut continuer la procédure d'attribution en cas d'octroi d'un complément budgétaire couvrant l'écart constaté entre l'offre la moins disante et le crédit budgétaire alloué ;

DECIDE :

- 1) Déclare la requête de la Commune de Foundiougne recevable ;
- 2) Constate qu'à l'ouverture des plis du marché litigieux, le montant de l'offre la moins disante est supérieur, de plus de dix millions de francs, au montant du budget alloué,
- 3) Dit que la situation d'urgence impérieuse évoquée par l'autorité contractante qui entraîne la conclusion d'un marché par entente directe n'est pas compatible avec la procédure d'appel public à la concurrence lancée par l'autorité contractante ;
- 4) Dit qu'aucune modification de la consistance de la masse des travaux ne peut être envisagée par l'autorité contractante, après ouverture des plis, qu'après l'approbation du marché ;
- 5) Dit que la proposition de modifier la consistance des travaux et de négocier avec le candidat ayant proposé l'offre la moins disante est contraire aux dispositions de l'article 26 alinéa 2 nouveau du Code des Obligations de l'Administration et à l'article 69 du Code des marchés publics qui interdisent toute négociation avec les candidats ainsi que toute modification des offres ou des prix ou des conditions de concurrence qui porterait atteinte au principe

d'égalité de traitement énoncé à l'article 24 du Code des Obligations de l'Administration modifié ;

- 6) Confirme l'avis défavorable de l'organe chargé du contrôle a priori ;
- 7) Dit qu'en référence aux dispositions de l'article 64 du Code des marchés publics, l'autorité contractante doit, à défaut d'une rallonge budgétaire, relancer l'appel d'offres en ajustant le devis estimatif au montant du budget ;
- 8) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la Commune de Foundiougne et à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA