



Copie certifiée
conforme à l'original
le 01 FEV 2010

**DECISION N°009/10/ARMP/CRD DU 11 JANVIER 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SAISINE EN INTERPRETATION DU DISPOSITIF
DE LA DECISION N°098/ARMP/CRD DU 18 NOVEMBRE 2009 FORMULE PAR LE
CABINET ASSISTANCE FISCALE JURIDIQUE ET CONTENTIEUSE AGISSANT AU
NOM ET POUR LE COMPTE DE BUROTIC DIFFUSION CANDIDAT AU MARCHÉ DE
FOURNITURE ET D'EQUIPEMENT DU NOUVEAU PALAIS DE JUSTICE SIS PLACE
LAT DIOR.**

**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 ;

Vu le décret N° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP);

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

Vu la lettre en date du 18 décembre 2009 du Cabinet Assistance Fiscale et Juridique et Contentieuse agissant au nom et pour le compte de BUROTIC DIFFUSION ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Oumar SARR, présentant les moyens et les conclusions des parties ;

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, et de MM. Abd'El Kader NDIAYE, Birahime SECK et Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De Messieurs Youssouf SAKHO, Directeur Général de l'ARMP, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, Omar SARR Conseiller juridique et René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics, 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 en date du 18 décembre 2009, enregistrée le 21 décembre 2009, sous le numéro 817/09 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD), le Cabinet Assistance Fiscale et Juridique et Contentieuse, agissant au nom et pour le compte de BUROTIC DIFFUSION, a saisi le CRD en interprétation du dispositif de la décision n°098/ARMP/CRD du 18 novembre 2009 relative à l'attribution provisoire du marché de fourniture et d'équipement du nouveau Palais de Justice, sis place Lat Dior.

SUR LA RECEVABILITE DE LA REQUÊTE

Considérant que la requête a été introduite par le Cabinet de Conseil AFJC au nom et pour le compte de BUROTIC DIFFUSION, candidat à l'appel d'offres objet de la décision sujette à interprétation ;

Considérant que, sur demande du CRD, le Cabinet AFJC a fourni l'acte en date du 20 novembre 2009 par lequel il a reçu mandat et sur le fondement duquel il a saisi le CRD en interprétation ;

Considérant qu'il résulte dudit document, établi le 20 novembre 2009, que BUROTIC DIFFUSION a donné mandat à l'AFJC à l'effet de le représenter, de l'assister, agir en ses lieu et place, rédiger mémoires en demande ou en défense, transiger au besoin, dans la cause, les suites et les conséquences du dossier portant Marché public référencé : AAO n° 02 MJ/DAGE/Nouveau Palais, objet de la décision n°098/ARMP/CRD/18-11-2009 ;

Qu'en conséquence, le Cabinet AFJC a justifié de sa qualité pour agir au nom et pour le compte du candidat au marché sus visé.

LES FAITS

Au titre des gestions 2009 et 2010, le Ministère de la Justice a obtenu sur le BCI des fonds dont une partie a été affectée au paiement du marché de fourniture et d'équipement du nouveau Palais de Justice, sis place Lat Dior.

Après avoir obtenu l'avis favorable de la DCMP au lancement de la procédure par appel d'offres restreint, une invitation a été envoyée aux entreprises OBBO, BUROTIC DIFFUSION et TSE AFRIQUE figurant sur la liste restreinte établie par l'autorité contractante.

A l'ouverture des plis, les trois candidats invités ont présenté des offres : OBBO et BUROTIC DIFFUSION sur les lots 1 et 2, TSE AFRIQUE sur l'ensemble des trois lots qui constituaient le marché.

Après évaluation des offres, ont été déclarés attributaires provisoires :

- TSE AFRIQUE pour les lots 1 et 2 relatifs à la fourniture et à l'équipement des salles d'audience et des bureaux ;
- BUROTIC DIFFUSION pour le lot 3 portant sur le matériel de restauration.

Saisie sur le fondement de l'article 138 du Code des Marchés publics pour avis sur le rapport d'analyse des offres et sur le procès verbal d'attribution provisoire, la DCMP a émis un avis défavorable sur le choix des attributaires provisoires au motif principal que ceux-ci n'ont pas satisfait aux exigences d'expérience requises dans le DAO.



Copie certifiée
conforme à l'original
le 01 FFV 2010

L'autorité contractante a contesté cet avis devant le CRD qui, par décision n°098/ARMP/CRD du 18 novembre 2009, a constaté que ni TSE AFRIQUE ni BUROTIC DIFFUSION n'ont apporté la preuve, conformément aux exigences du DAO, qu'ils ont exécuté des prestations de même nature que celles relatives aux lots qui leur ont été attribués ; que par ailleurs, comme l'a invoqué l'autorité contractante, la preuve n'est pas établie que TSE AFRIQUE a justifié des capacités professionnelles et techniques du fabricant et qu'il peut en disposer pour l'exécution du marché.

Le 16 décembre 2009, la décision n°098/ARMP/CRD sus visée a été notifiée à BUROTIC DIFFUSION.

Le 18 décembre 2009, celui-ci ; par le biais du Cabinet Assistance Fiscale, Juridique et Contentieuse (AFJC) ; a saisi le CRD aux fins d'interprétation du dispositif de la décision susvisée.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DE LA REQUETE

A l'appui de sa requête, le saisissant expose avoir, pour la sauvegarde de ses droits et intérêts et à titre conservatoire, formalisé un double recours auprès de l'autorité contractante et fait ampliation desdits recours à la DCMP et à l'ARMP.

Il soutient que l'ARMP a statué sur avis, mais que l'énoncé du dispositif de la décision pourrait prêter à confusion ou à une mauvaise interprétation en ce qu'il a « **ordonné la relance de la procédure** » au vu des motifs qui en constituent le support nécessaire ;

Que la relance de la procédure n'est pas une décision d'annulation exécutoire à l'image de celle rendue sur le contentieux sur le fondement des articles 86 à 89 du Code des Marchés publics ; que l'article 139 du code invite seulement à régulariser ou à rectifier la procédure d'attribution du lot n°2 à la SARL BUROTIC DIFFUSION dont les compétences professionnelles en la matière étaient des plus avérées comparativement à l'Entreprise TSE, attributaire désigné pour ce lot mais écarté par la DCMP et l'ARMP ;

Que donc, eu égard aux limites de sa saisine, se référant notamment aux dispositions des articles 81 et 139 du Code des Marchés publics, l'organe de régulation ne pouvait à l'évidence statuer au mieux que sur « **recommandation ou préconisation** » de mesures pratiques de « régularisation ou de rectification » que justifie la nature du différend ;

L'OBJET DE LA SAISINE

Il résulte des moyens et conclusions du saisissant que la demande interpelle le CRD :

- d'une part, sur ses prérogatives lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 139 du Code des Marchés publics ;
- d'autre part, sur la portée du dispositif de sa décision.

SUR LES PREROGATIVES DU CRD LORSQU'IL EST SAISI SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 139 DU CODE DES MARCHES PUBLICS

Considérant que le requérant, se référant aux dispositions des articles 81 et 139 du Code des Marchés publics, soutient qu'eu égard aux limites de sa saisine, l'organe de



Copie certifiée
conforme à l'original
le 01 FEV 2010

régulation ne pouvait à l'évidence statuer au mieux que sur « **recommandation ou préconisation** » de mesures pratiques de « régularisation ou de rectification » que justifie la nature du différend ;

Que l'article 139 du code invite seulement à régulariser ou à rectifier la procédure d'attribution du lot n°2 à la SARL BUROTIC DIFFUSION dont les compétences professionnelles en la matière étaient des plus avérées comparativement à l'Entreprise TSE, attributaire désigné pour ce lot mais écarté par la DCMP et l'ARMP ;

Que la relance de la procédure ordonnée par le CRD n'est pas une décision d'annulation exécutoire à l'image de celle rendue sur le contentieux sur le fondement aux articles 86 à 89 du Code des Marchés publics ;

Considérant qu'il résulte des dispositions des articles 30 et 31 de la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 modifiant la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, l'ARMP, autorité administrative indépendante, est investie des pouvoirs de contrôle a posteriori et de régulation des marchés publics ;

Que dans le cadre de ces pouvoirs, l'ARMP dispose de prérogatives très diversifiées, allant de l'élaboration des normes de portée générale jusqu'à un pouvoir de contrôle et de sanction en passant par la prise de décisions de règlement de litiges ;

Qu'à cet effet, les décrets n°2007-545 et n°2007-546 du 25 avril 2007 portant respectivement Code des marchés publics, organisation et fonctionnement de l'ARMP, pris en application des articles 30 et 31 sus visés, précisent :

- d'une part, un système de recours non juridictionnel (article 86 du décret n°2007-545 et 21 du décret n°2007-546) au profit des candidats aux marchés publics ;
- d'autre part, le règlement des litiges entre les organes de l'administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation ou d'exécution des marchés publics et délégations de service public, notamment les litiges intervenus sur le fondement des articles 81 et 139 du décret n°2007-545 ;

Qu'aux termes des articles 81 et 139.3, invoqués par le requérant, si l'autorité contractante n'accepte pas les avis et recommandations qui, le cas échéant, auront été formulés par la DCMP concernant la possibilité d'utiliser une procédure autre que l'appel d'offres ouvert ou relatives à la proposition d'attribution du marché, elle ne peut poursuivre la procédure de passation qu'en saisissant le Comité de Règlement des Différends près l'Organe de Régulation des Marchés publics ;

Considérant que l'article 22 du décret n°2007-546 sus visé attribue le règlement des litiges entre les organes de l'administration à la Commission Litiges du CRD ;

Considérant que pour assurer le contrôle de l'application de la réglementation sur les marchés publics :

- d'une part, l'article 24 nouveau du Code des Obligations de l'Administration, qui définit les principes fondamentaux applicables aux achats publics, dispose en son

dernier alinéa : « **le non respect des formalités de publicité prescrites et la violation du principe d'égalité de traitement des candidats aux commandes publiques par les acheteurs publics entraîne la nullité de la procédure de passation ou du marché, à la requête de toute personne intéressée au déroulement de la procédure** » ;

- d'autre part, le Code des Marchés publics prévoit en plusieurs de ses dispositions, notamment les articles 6, 9, 11, 27 etc., pour un meilleur déroulement de la procédure, l'accomplissement de certaines formalités sous peine de nullité de la procédure de passation ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que, quel que soit le fondement de la saisine, recours au sens de l'article 86 ou saisine sur la base des articles 81 et 139 du Code des Marchés publics, cela ne fait obstacle à ce que le CRD assure son contrôle sur l'ensemble de la procédure de passation au regard de l'impératif de planification, de publicité et de concurrence ;

Que « **la finalité de libre concurrence autorise le CRD, quelles que soient les conclusions du requérant, à utiliser les moyens les plus efficaces propres à prévenir les atteintes à la concurrence** » ;

Qu'ainsi, le CRD peut choisir d'écarter les décisions des autorités contractantes, les avis ou recommandations de la DCMP au profit d'une mesure plus radicale s'il apparaît qu'une des formalités requises à peine de nullité par le Code des Marchés publics ou qu'un des principes fondamentaux à l'achat public, énoncés à l'article 24 nouveau du COA précité, a été violé ;

Que le CRD est donc fondé à prononcer l'annulation de la décision ou de la procédure lorsqu'il découvre au cours de son examen la violation des formalités prescrites sous peine de nullité, quelles que soient les conclusions du requérant ;

SUR LA DEMANDE D'INTERPRETATION

Considérant que le requérant expose que l'énoncé du dispositif de la décision n°098/ARMP/CRD sus visée pourrait prêter à confusion ou à une mauvaise interprétation en ce « **qu'il ordonne la relance de la procédure** » au vu des motifs qui en constituent alors le support nécessaire ; que pareil dispositif est susceptible dans son libellé et dans ses effets de porter atteinte aux droits du requérant ;

SUR LA COMPETENCE DU CRD A INTERPRETER SES DECISIONS

Considérant que compte tenu de la nature administrative de l'ARMP, du caractère administratif des décisions rendues par ses organes, le CRD est bien compétent pour interpréter ses propres décisions qui n'ont pas une portée générale ;

SUR L'INTERPRETATION SOLLICITEE



Copie certifiée
conforme à l'original
le 01 FEV 2010

Considérant que le dispositif doit s'interpréter en fonction des motifs qui la soutiennent ; que saisi pour statuer sur l'avis défavorable de la DCMP sur la qualification des entreprises choisies sur une liste restreinte établie par l'autorité contractante, le CRD a relevé que deux des trois entreprises n'avaient pas la capacité requise pour exécuter les lots qui leur ont été attribués ; qu'en conséquence, il a ordonné la relance de la procédure ;

Qu'à cet égard, le CRD invite le requérant à examiner les dispositions des alinéas 1 et 2 de l'article 74 du Code des marchés publics qui imposent à « **l'autorité contractante de mettre en concurrence un nombre de candidats permettant d'assurer une concurrence réelle et qui ne peut être inférieur à trois** » ;

Que donc la relance de la procédure signifie sa reprise après les éventuelles modifications que l'autorité contractante estime devoir apporter aux documents de la consultation pour assurer le succès de celle-ci ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Dit qu'au regard tant des motifs que du dispositif de la décision soumise à interprétation, le CRD en ordonnant la relance de la procédure a implicitement prononcé l'annulation de la procédure de passation concernée ;
- 2) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à AFJC, agissant au nom et pour le compte de la SARL BUROTIC DIFFUSION, au Ministère de la Justice ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP