

**DECISION N°211/11/ARMP/CRD DU 20 OCTOBRE 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE DU MINISTERE DE L'INTERIEUR,
SOLLICITANT L'AUTORISATION DE REDUIRE LES QUANTITES SUITE A LA
PONCTION OPEREE SUR LES CREDITS DE SON DEPARTEMENT NOTAMMENT
LE CREDIT DESTINE A L'EQUIPEMENT DES CASERNES SAPEURS POMPIERS
OBJET DE LA PROCEDURE DE PASSATION DE L'AO N°MINT/G NSP/2011/005.**

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

Vu la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006, notamment en ses articles 30 et 31 ;

Vu le décret n°2011-1048 du 27 juillet 2011 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, modifié ;

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

Vu la lettre n°0094/MINT/DCEAE du 13 octobre 2011 du Directeur des Constructions, Equipements et Autres Edifices (DCEAE) du Ministère de l'Intérieur (MINT) ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Ely Manel FALL, Cadre juridique à la Direction de la Réglementation et des Affaires juridiques, présentant les faits et conclusions des parties ;

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

De MM Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP assurant le secrétariat du CRD, Monsieur Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, René Pascal DIOUF et Ababacar DIOUF, Chargés 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 :

Par lettre du 13 octobre 2011, enregistrée le 17 octobre 2011, sous le numéro 1081/11, au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Ministère de l'Intérieur a saisi le CRD pour être autorisé à réduire les quantités de la commande, objet du lot 1 de l'appel d'offres ouvert N°MINT/GN SP/2011/005.

SUR LA RECEVABILITE DE LA SAISINE

Considérant qu'aux termes de l'article 2 du décret n°2007-547 du 25 avril 2007 portant création de la DCMP, celle-ci est compétente pour accorder les autorisations et dérogations nécessaires lorsqu'elles sont prévues par la réglementation en vigueur ;

Considérant que l'article 140 du Code des marchés publics dispose : « *la DCMP assure le contrôle a priori des procédures de passation des marchés. A ce titre, la DCMP :*

- a) *émet un avis sur les dossiers d'appel à la concurrence avant le lancement de la procédure de passation concernant :*
 - *les marchés fractionnés quel que soit leur montant ;*
 - *les marchés que l'autorité contractante souhaite passer par appel d'offres restreint ou par entente directe ;*
 - *les marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils fixés par arrêté du Ministre de l'Economie et des Finances,*
 - *les conventions de délégation de service public et les contrats de partenariat ;*
 - *les avenants aux marchés ci-dessus ou qui ont pour effet de porter le montant du marché au montant du seuil d'examen du dossier ;*

- b) *émet un avis sur le rapport d'analyse comparative des offres ou propositions et sur le procès verbal d'attribution provisoire du marché établis par la commission des marchés, relatifs aux marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils fixés par arrêté du Ministre de l'Economie et des Finances ;*

- c) *effectue un examen juridique et technique avant leur approbation des projets de marchés pour lesquels elle a indiqué souhaiter faire un tel contrôle lors de l'examen du dossier d'appel à la concurrence ou qui répondent aux conditions de nature et de montants fixés par arrêté du Ministre de l'Economie et des Finances .*

La DCMP peut également donner un avis sur les dossiers que lui soumettent spontanément les autorités contractantes » ;

Considérant qu'il ressort de l'attestation d'existence de crédits fournie par l'autorité contractante que le montant estimé du marché concerné est de deux cent dix-sept millions neuf cent quatre vingt neuf mille cinq cent quatre francs (217 989 504) CFA ;

Considérant que les modifications envisagées, qui portent sur des quantités, ne nécessitent pas qu'elles soient passées par avenant car le marché n'est pas encore conclu ou n'est pas en cours d'exécution ;

Considérant qu'il en résulte que le marché, objet de la demande soumise au CRD, n'entre pas dans les prévisions de l'article 138 précité et que la demande vise à faire examiner les effets des prélèvements effectués d'autorité sur les crédits de l'autorité contractante, il convient que le CRD se déclare compétent ;

OBJET DE LA DEMANDE

L'objet porte sur la demande, à titre exceptionnel, de dépasser le seuil maximal de variation des quantités, fixé dans le dossier d'appel public à la concurrence, à la suite d'une modulation budgétaire opérée par les services compétents de l'Etat, afin d'assurer la couverture financière d'un projet de marché dont la procédure de conclusion est jugée régulière.

ELEMENTS FOURNIS A L'APPUI DE LA DEMANDE

Le Ministère de l'Intérieur, au titre de l'année budgétaire 2011, avait initié une procédure d'appel d'offres relative à la fourniture d'effets d'habillement au profit du Groupement national des Sapeurs Pompiers, dont l'avis spécifique d'appel d'offres a été publié dans le journal quotidien national « Le Soleil » sous le numéro 12242 du 18 mars 2011. La procédure concernait plusieurs lots (07) et le projet de marché dont il est question est relatif au lot 1.

L'avis d'attribution provisoire a été également publié dans le même journal quotidien, sous le n°12323 des 25 et 26 juin 2011. Les résultats de ladite attribution indiquent comme attributaire provisoire du marché la Société « Phénix Uniformes SARL » pour un montant de deux cent cinquante-six millions sept cent soixante-huit mille (256 768 000) francs CFA HT/HD.

Toutefois, un nouvel arbitrage de la partie investissement de la loi de finances 2011 a abouti à des prélèvements des crédits d'investissement, information donnée par lettre n°269/MEF/DCEF du 03 mars 2011 dont copie est versée au dossier. Ainsi, la ligne budgétaire sur laquelle doivent être imputées les prestations, objet du projet de marché, a connu une diminution de 50% ramenant son total initial de quatre cent trente-six millions (436 000 000) francs CFA à deux cent dix-huit millions (218 000 000) de disponible.

Devant cette situation exceptionnelle et imprévue, l'autorité contractante a d'abord utilisé le mécanisme de variation des quantités, dont les taux maximum sont fixés au niveau de la clause 39.1 des DPAO, en faisant varier ces dernières de -15% ; ce qui a eu comme effet de ramener le montant provisoire du marché à deux cent dix-huit millions deux cent cinquante-deux mille huit cents (218 252 800) frs CFA faisant toujours subsister un reliquat de deux cent cinquante-deux mille huit cent (252 800) francs pour assurer totalement la couverture financière du marché.

Aussi, le Ministère de l'Intérieur, maître d'ouvrage, se trouve-t-il dans l'impossibilité de faire approuver le marché parce que l'article 84 du décret n°2011-1048 du 27 juillet 2011 portant Code des marchés publics subordonne l'approbation d'un marché à la production d'une attestation d'existence de crédits suffisants. D'autant plus que la ligne budgétaire susvisée reste la seule sur laquelle l'activité peut être imputée.

EXAMEN DE LA DEMANDE

Considérant qu'aux termes de l'article 24 de la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'Administration, modifiée, la conclusion des contrats d'achat passés à titre onéreux par les acheteurs publics supposent l'existence de crédits suffisants selon le principe stipulé à l'article 17 de ladite loi ;

Que selon l'article 17 susvisé, la conclusion d'un contrat susceptible d'engager les finances de la personne administrative contractante est soumise à l'existence de crédits budgétaires couvrant la totalité de la dépense à engager et au respect des règles d'engagement des dépenses publiques ;

Qu'en application de ces dispositions, l'article 9 du décret n°2011-1048 du 27 juillet 2011 portant Code des marchés publics, dispose : *« au cours de la phase de préparation des marchés, l'autorité contractante doit :*

- a) *évaluer le montant estimé des fournitures, des services ou travaux, objet du marché et s'assurer de l'existence de crédits budgétaires suffisants ainsi du respect des règles d'engagement des dépenses de l'autorité contractante concernée ;*
- b) *obtenir, le cas échéant, les autorisations préalables auxquelles la conclusion du marché est soumise, sous peine de nullité conformément au Code des obligations de l'Administration ».*

Considérant qu'au regard de ces dispositions le marché ne peut être conclu qu'à la condition que des crédits correspondants existent et soient susceptibles de couvrir la totalité de la dépense engagée ;

Considérant que, dans le cas d'espèce, après avoir lancé la procédure de passation du marché relatif à la fourniture d'effets d'habillement au profit du groupement national des Sapeurs-Pompiers, l'autorité contractante a été informé par le Ministère de l'Economie et des Finances des prélèvements effectués sur ses crédits, les rendant insuffisants pour l'achat des quantités commandés ;

Que pour ne pas perdre le marché, l'autorité contractante a décidé de réduire les quantités des fournitures, relatives au lot 1 de l'appel d'offres susvisé, pour rester dans les limites du crédit restant et être conforme aux prescriptions de la loi qui interdit l'engagement de dépenses d'achat de fournitures, services et travaux lorsque des crédits susceptibles de couvrir la totalité des dépenses liées au marché envisagé n'existent pas ou, dans tous les cas, restent insuffisants ;

Considérant que le règlement de la consultation a prévu à la clause 8.1 des Instructions aux Candidats (IC) que l'autorité contractante a la faculté, à tout moment, avant la date limite de remise des offres, de modifier le dossier d'appel d'offres en publiant un additif ;

Considérant qu'en vertu de cette stipulation, l'autorité contractante, dès la réception de la notification des prélèvements effectués sur ses crédits, avait toute latitude pour modifier les quantités et informer les candidats par avis publié dans les mêmes conditions que l'avis d'appel d'offres des modifications apportées au DAO ;

Considérant que, cependant, l'autorité contractante a continué la procédure de passation en procédant notamment à l'ouverture des plis, l'évaluation des offres et à l'attribution provisoire du marché ;

Que dès lors, la question est de savoir si l'autorité contractante doit, pour apporter des modifications aux quantités commandées, requérir ou non une autorisation ou un avis de l'organe de contrôle a priori ;

Considérant qu'il faut remarquer que la procédure de passation qui a débouché sur le projet de marché en question, se révèle conforme, au regard des pièces constitutives du dossier de demande d'avis de l'autorité contractante, aux exigences réglementaires de forme et de fond. Les pièces transmises sont :

- ✓ le projet de marché ;
- ✓ l'attestation d'existence de crédits ;
- ✓ un extrait de la situation d'exécution du budget 2011 à la date 17 octobre 2011 ;
- ✓ le procès-verbal d'ouverture des plis ;
- ✓ le procès-verbal d'attribution provisoire ;
- ✓ l'avis de la DCMP sur le rapport comparatif des offres et le procès-verbal d'attribution provisoire ;
- ✓ copie du support de publicité de l'avis d'attribution provisoire ;
- ✓ copie de la lettre d'information du Ministre d'Etat, Ministre de l'Economie et des Finances au Ministre d'Etat, Ministre de l'Intérieur sur la situation budgétaire de son département.

Considérant qu'en outre, les nouvelles quantités, pour assurer une couverture financière complète du projet de marché en vue de son approbation, sont le résultat d'une application d'une variation de -15,1% sur les quantités initialement prévues ; il ressort que le dépassement du seuil limite de variation en baisse des quantités, fixé dans le dossier d'appel public à la concurrence, est relativement marginal (0,1%) ;

Considérant que la modulation budgétaire procédant d'un nouvel arbitrage de la partie investissement de la loi de finance 2011, décidée par les autorités compétentes, témoigne du caractère imprévisible de la décision et de son non imputabilité à l'autorité contractante ;

Que, par ailleurs, l'autorité contractante dit ne pas avoir de solutions budgétaires pour résorber le gap de deux cent cinquante-deux mille huit cent (252 800) francs CFA du fait de la nature unique de la ligne sur laquelle les prestations peuvent être imputées ;

Considérant qu'enfin, il est à signaler également que le Ministère de l'Intérieur a été informé par le département de l'Economie et des Finances, par lettre n°993/MEF/DCEF/DCM du 08 août 2011 dont copie est également joint au dossier, que les crédits inscrits sur cette ligne budgétaire en question, à défaut d'être consommés avant la clôture des opérations d'engagement de la gestion 2011,

risquent de tomber en fonds libres en raison du plafond limite de 5% des reports de crédits, ;

Mais, considérant que le lot concerné par la réduction envisagée a été attribué après évaluation, l'autorité contractante doit au préalable s'assurer que l'attributaire provisoire du marché est dans les dispositions de modifier les quantités initiales prévues dans les mêmes proportions que celles envisagées ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la saisine du Ministère de l'Intérieur ;
- 2) Constate qu'après lancement de la procédure de passation du marché concerné, des prélèvements non imputables à l'autorité contractante ont été opérés sur les crédits initiaux les rendant ainsi insuffisants par rapport aux quantités de fournitures commandées ;
- 3) Constate que l'autorité contractante a décidé de réduire les quantités du lot 1 pour rester dans les limites du crédit restant ;
- 4) Dit qu'à la réception de la notification des prélèvements opérés sur les crédits affectés à l'achat des fournitures, l'autorité contractante avait toute la latitude de modifier le DAO avant la date limite de réception des offres et donner avis aux candidats de cette modification ;
- 5) Constate que l'autorité contractante a poursuivi la procédure de passation en procédant à l'ouverture des plis et à l'attribution provisoire du marché ;
- 6) Constate toutefois que la procédure de passation s'est déroulée dans le respect des principes fondamentaux applicables à la commande publique ; en conséquence,
- 7) Dit que la diminution envisagée est marginale car elle ne dépasse que de 0,1 % le seuil limite de variation en baisse des quantités fixées dans le DAO ;
- 8) Autorise l'autorité contractante à réduire les quantités dans les proportions envisagées ;
- 9) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la Direction des Constructions, Equipements et Autres Edifices du Ministère de l'Intérieur et à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA