

**DECISION N°030/10/ARMP/CRD DU 17 MARS 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA SAISINE DU PRESIDENT DU CRD SUITE A LA
DENONCIATION DE LA SOCIETE AIRE DISTRIBUTION SERVICE (ADS) DE
L'IRREGULARITE DE LA PROCEDURE DE PASSATION DES MARCHES DU
CENTRE HOSPITALIER REGIONAL DE TAMBACOUNDA AU TITRE DE LA
GESTION 2010**

**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 ;

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

Vu la lettre en date du 19 janvier 2010 de l'Entreprise AIRE DISTRIBUTION SERVICE (ADS) ;

Après avoir entendu le rapport de M. Oumar SARR, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties,

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, de MM Abd'El Kader N'DIAYE et Birahime SECK, 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 19 janvier 2010, enregistrée le même jour, au Secrétariat du CRD sous le numéro 029/10, l'Entreprise ADS a dénoncé auprès du CRD l'irrégularité de la procédure de passation des marchés du Centre hospitalier régional de Tambacounda au titre de la gestion 2010..

Par décision n° 008/10/ARMP/CRD du 25 janvier 2010, le CRD a ordonné la suspension de la procédure de passation du marché jusqu'au prononcé de la décision de la Commission Litiges.

Sur requête du CRD, les pièces envoyées par l'autorité contractante ont été versées dans la procédure le 15 février 2010.

Les avis spécifiques de publication des marchés litigieux manquant au dossier communiqué, le CRD par seconde requête a réclamé à l'autorité contractante leur production. Après plusieurs relances, l'autorité contractante a fini par envoyer par fax, le

19 mars 2010, au titre des éléments demandés une copie de l'avis général de passation de marchés.

SUR LA RECEVABILITE DE LA SAISINE DU PRESIDENT

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 20 du décret n°2007-545 le CRD reçoit les dénonciations des irrégularités constatées par les parties intéressées ou par celles connues de toute autre personne avant, pendant et après la passation ou l'exécution des marchés publics et délégations de service public ;

Que ces si faits caractérisent des violations de la réglementation relative à la passation des marchés publics, le Président du Comité saisit, soit la Commission Litiges, soit le Comité en Formation disciplinaire ;

Que se fondant sur cette disposition, le Président a saisi le CRD de la présente dénonciation ;

Qu'il convient de déclarer recevable le Président en sa saisine.

SUR LES FAITS

Le Centre hospitalier régional de Tambacounda a fait publier un avis général de passation de marchés dans le journal le quotidien « Le Soleil » des 26 et 27 décembre 2009.

Dans ledit avis, il est énoncé que le Centre hospitalier régional prévoit de passer des marchés relatifs :

- En fournitures :
 - Lot 1 : médicaments, produits et autres ;
 - Lot 2 : quincaillerie ;
 - Lot 3 : imprimés ;
 - Lot 4 : produits alimentaires
- Services :
 - Lot V : nettoyage.

De même, il est énoncé dans le même avis :

- d'une part, que les avis spécifiques de passation de marché seront publiés à cet effet, à partir de décembre 2009, dans le journal « Le Soleil » ;
- d'autre part, que les soumissionnaires potentiels : fournisseurs de biens, prestataires de services, qualifiés et satisfaisant aux critères d'éligibilité, sont priés de manifester leur intérêt au Centre hospitalier régional de Tambacounda en envoyant, au plus tard, le 22 janvier 2010 à 10H00, au siège du Centre, leur dossier de candidature comportant leurs références pour les fournitures et prestations de services de nature, taille et/ou complexité similaires ;

Qu'à la suite de cet avis, l'autorité contractante a invité les candidats à retirer les cahiers des charges relatifs aux différents lots ;

Qu'à la date du 22 janvier 2010, l'autorité contractante a reçu et ouvert des offres relatives aux différents lots mentionnés dans l'avis général de passation ; que les offres ont fait l'objet d'évaluation et d'attribution, à l'exception du lot 4 dont la relance a été recommandée par la commission des marchés ;

Aire Distribution Service a dénoncé cette procédure.

MOTIFS ARTICULES A L'APPUI DE LA DENONCIATION

A l'appui de sa dénonciation, Aire Distribution Service, qui a produit copie de l'avis général de passation de marchés, a exposé que contrairement à ce qui est annoncé dans ledit avis, l'autorité contractante a invité les candidats à retirer les dossiers relatifs aux lots énoncés et à déposer leurs offres au plus tard le 22 janvier 2010 à 10 heures.

ADS a par ailleurs soutenu que le lot relatif aux imprimés a le même objet que le marché de commande dont il était titulaire et que l'autorité contractante n'a pas exécuté jusqu'à son terme.

Le 25 janvier 2010, Aire Distribution Service a de nouveau saisi le CRD pour dénoncer le manque de transparence du président de la commission qui a déclaré publiquement, lorsqu'il s'est agi de recevoir un pli après l'heure limite de dépôt des offres au motif qu'il se trouvait au secrétariat de l'autorité et, qu'à défaut de pouvoir justifier sa réception antérieurement à l'ouverture, le représentant du gouverneur s'y étant opposé, qu'il connaissait le contenu et le marché pour lequel le pli concerné a été présenté.

LES MOTIFS INVOQUES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

Par lettre en date du 01^{er} février 2010, l'autorité contractante, qui a versé aux débats divers documents notamment les procès verbaux d'ouverture des plis et d'attribution provisoire et les rapports d'évaluation, a soutenu que l'appel d'offre qui a été dépouillé le 22 janvier 2010, comptant pour la gestion de l'année en cours, entre dans le cadre normal du fonctionnement du Centre.

Par ailleurs, elle soutient que le marché d'imprimés dont se prévaut la société Aire Distribution Service, et qui concerne la gestion de l'année 2009, est arrivé à terme le 31 décembre 2009 ; qu'il n'y a pas eu rupture unilatérale, comme ADS le prétend.

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, motifs et moyens présentés par les parties que le litige porte sur la régularité de la procédure de passation des marchés relatifs aux différents lots énoncés dans l'avis général de passation de marchés, en particulier le lot 3 relatif à la fourniture d'imprimés, objet du marché dont ADS se dit titulaire et que l'autorité contractante a décidé de ne pas renouveler.

AU FOND

Sur la procédure de passation des marchés relatifs à la gestion 2010 :

Considérant qu'il ressort de l'avis général de passation de marchés, que le Centre hospitalier régional de Tambacounda a fait publier dans le journal le quotidien « Le Soleil » en date des 26 et 27 décembre 2009, au titre de la gestion 2010 ;

Qu'il est constant comme résultant des termes de sa lettre du 01^{er} février 2010, que le 22 janvier 2010 à 10H00, l'autorité contractante a reçu, ouvert et évalué des offres relatives aux différents lots annoncés dans l'avis général de passation de marchés ; qu'à l'exception du lot n° 1 relatif aux produits alimentaires, elle a également procédé à leur attribution ;

Considérant qu'il ne résulte ni des éléments du dossier fourni par l'autorité contractante, ni des termes de ses observations écrites en date du 01^{er} février 2010, que celle-ci ait procédé conformément aux dispositions de l'article 56 du Code des Marchés publics, aux formalités de publicité préalable à l'appel public à concurrence ;

Qu'invitée à produire les avis spécifiques aux marchés litigieux, l'autorité contractante a produit en lieu et place l'avis général de passation publié les 26 et 27 décembre 2009.

Considérant que, visiblement, l'autorité contractante a confondu l'avis général de passation avec l'avis spécifique d'appel public à la concurrence qui précède le lancement de chaque marché passé par appel d'offres ;

Considérant que l'avis général de passation de marchés ne saurait se substituer aux avis spécifiques relatifs aux marchés soumis à appel d'offres public ;

Que l'inobservation de la formalité de publicité spécifique à chacun des marchés énoncés dans l'avis général de passation a une influence certaine sur l'accès des candidats aux marchés et sur le délai légal requis, prévu par l'article 63 du Code des Marchés publics, nécessaire à la préparation des offres par les candidats ;

Qu'au regard de ces considérations et par application des dispositions de l'article 24 du Code des obligations de l'Administration, selon lesquelles « **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 demande de toute personne intéressée au déroulement normal de la procédure** », il convient de prononcer l'annulation de la procédure de passation des marchés concernés ;

Sur la non reconduction du marché d'imprimé dont était titulaire ADS

Considérant que par lettre en date du 10 novembre 2010, le Directeur du Centre hospitalier régional de Tambacounda a notifié à Monsieur Massamba NDIAYE, gérant de ADS, titulaire du marché n°05, approuvé le 01^{er} avril 2009, et portant sur la fourniture d'imprimés, le terme dudit marché pour le 31 décembre 2009 comme il est disposé à la clause 3 du contrat ;

Que le Centre hospitalier régional a manifesté son intention suivant avis général de passation de commander des imprimés pour la gestion 2010 ; que le 22 janvier 2010, le Centre a procédé à l'ouverture des plis portant sur des offres relatives aux imprimés ;

Considérant que ADS qui a dénoncé cette procédure pour non respect par l'autorité contractante de ses obligations contractuelles résultant du marché à commande dont il est titulaire ; que ce marché n'est pas entièrement exécuté ;

Considérant qu'il résulte du contrat relatif au marché litigieux, approuvé le 01^{er} avril 2009, notamment à la clause 3, que celui-ci a été conclu pour la durée de la gestion 2009 ; que cependant, à la clause 2, il est stipulé que le montant du marché est fixé comme suit :

- Minimum : 18 817 680 F CFA ;
- Maximum : 23 522 000 F CFA ;

Considérant qu'aux termes de l'article 25 du Code des Marchés publics, lorsque l'autorité contractante ne peut déterminer à l'avance le volume et le rythme des commandes de fournitures ou de services courants nécessaires à ses besoins, elle peut avoir recours à un marché à commande qui fixe le minimum et le maximum des fournitures ou prestations, arrêtées en valeur ou en quantité, susceptibles d'être commandées au cours d'une période déterminée n'excédant pas celle d'utilisation des crédits de paiement, les quantités des prestations ou des fournitures à exécuter étant précisées, pour chaque commande, par l'autorité contractante en fonction des besoins à satisfaire ;

Considérant que dans le cas d'espèce, il n'est pas contesté que la commande a porté sur des fournitures courantes, les quantités de fournitures à exécuter étant précisées à chaque commande ; que par ailleurs, il résulte des stipulations de la clause 2 que le marché comporte un minimum et un maximum arrêté respectivement à 18 817 680 et 23 522 000 maxima ;

Considérant que le marché a fait l'objet d'exécution partielle ; que la notification faite par l'autorité contractante vise simplement à signifier au titulaire du marché, le terme de celui-ci ;

Considérant que la durée du marché est adossée à la durée de la gestion 2009 ; qu'en matière de marchés à commande, l'autorité contractante a la liberté de ne pas renouveler le marché ;

Qu'en considération de ces éléments et de la décision de l'autorité contractante de ne pas renouveler le marché, il convient de dire que les parties demeurent tenues réciproquement de leurs obligations de livrer et de payer, dans la limite du minimum de fournitures prévu par le contrat, arrêtées en valeur ou en quantité, déduction faite des quantités déjà livrées ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Reçoit le Président en sa saisine ;
- 2) Dit que l'autorité contractante est libre de ne pas renouveler le marché relatif à la fourniture des imprimés ; que cependant, le marché étant un marché à commande, les parties sont tenues par leurs engagements dans la limite du

minimum de fournitures prévu par le contrat, arrêtées en valeur ou en quantité, après déduction des quantités déjà livrées ;

- 3) Concernant les marchés passés pour le compte de la gestion 2010, constate que l'autorité contractante n'a pas procédé aux formalités de publicité préalable, requises par l'article 56.2 du Code des Marchés publics, spécifique à chaque marché passé par appel d'offres ;
- 4) Dit que le non respect de cette formalité a certainement restreint la liberté d'accès des candidats aux marchés concernés et n'a pas permis au CRD d'apprécier le respect du délai légal minimum accordé par l'article 63 du Code des Marchés aux parties pour préparer leurs offres ;
- 5) Dit qu'aux termes de l'article 24 du COA, le non respect des formalités de publicité et la violation de liberté d'accès des candidats entraîne la nullité absolue de la procédure de passation ou du marché ; en conséquence,
- 6) Prononce la nullité de la procédure relative aux marchés litigieux attribués au titre de la gestion 2010 ;
- 7) Ordonne à l'autorité contractante la relance de la procédure ; que pour ce faire, elle peut se rapprocher des services de la DCMP qui lui apporteront l'assistance nécessaire ;
- 8) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société ADS, au Centre régional hospitalier régional de Tambacounda ainsi qu'à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP