

**DECISION N°092/11/ARMP/CRD DU 1^{er} JUIN 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE DU MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
PRESCOLAIRE, DE L'ELEMENTAIRE, DU MOYEN SECONDAIRE SOLLICITANT
L'AUTORISATION DE POURSUIVRE LA PROCEDURE DE PASSATION DU MARCHE RELATIF A
L'ACQUISITION DE MOBILIERS SCOLAIRES NOTAMMENT DES TABLES-BANCS APRES AVIS
DEFAVORABLE DE LA DCMP A LA PROPOSITION D'ATTRIBUTION DU MARCHE.**

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, modifiée par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006, notamment en ses articles 30 et 31 ;

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, 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°0078/MEPEMS/SG/DEqs du 20 mai 2011 du DAGE du Ministère de l'Enseignement préscolaire, de l'Elémentaire, du Moyen Secondaire (MEPEMS) ;

Après avoir entendu le rapport de Oumar SARR, Conseiller juridique, rapporteur, présentant les faits, moyens et conclusions des parties ;

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

De MM Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, Monsieur Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques 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 :

Par lettre du 20 mai 2011, reçue le même jour, comme en atteste les mentions du service Courrier, et enregistrée le 24 mai 2011, sous le numéro 402/11, au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le MEPEMS a saisi le CRD d'une demande d'autorisation de poursuivre la procédure de passation du marché relatif à l'acquisition de mobiliers scolaires notamment des tables-bancs.

SUR LA RECEVABILITE DE LA SAISINE :

Considérant qu'aux termes de l'article 81.4 du Code des marchés publics, lorsque l'autorité contractante n'accepte pas les recommandations formulées par la DCMP relatives à la proposition d'attribution du marché, elle peut saisir le CRD dans un délai de trois (3) jours suivant la réception de ces recommandations ;

Considérant que la DCMP a signifié, par lettre n°00 2162/MEF/DCMP/41 du 18 mai 2011, son avis à l'autorité contractante qui a saisi le CRD par lettre en date du 20 mai 2011;

Considérant qu'il résulte de ces constatations que la saisine du CRD a été faite conformément aux prescriptions de l'article susvisé ; qu'il convient de la déclarer recevable.

LES FAITS :

Il ressort des éléments de la procédure que, dans le cadre de l'équipement des établissements scolaires en mobiliers, notamment des table-bancs, le Ministère de l'Enseignement Pré-scolaire, de l'Elémentaire, du Moyen Secondaire a bénéficié de la part de l'Agence Française de Développement (AFD) d'une aide budgétaire d'un montant de Trois milliards deux cent soixante quinze millions (3 275 000 000) FCFA.

En vue de l'acquisition de mobiliers, notamment des table-bancs, la Direction des Equipements scolaires a élaboré et soumis à la DCMP un dossier d'appel d'offres. Le 15 décembre 2010, la DCMP a émis un avis de non objection au lancement de la procédure de passation. L'avis d'appel d'offres du marché, réparti en plusieurs lots, a été publié dans « Le Soleil » des 25 et 26 décembre 2010.

A l'issue du déroulement de la procédure, saisie pour avis sur le rapport d'analyse des offres et le procès-verbal d'attribution provisoire, la DCMP a émis un avis défavorable à l'attribution des différents lots aux motifs que l'autorité contractante a, d'une part, modifié le DAO sans son avis, d'autre part, violé les prescriptions de l'article 15 du Code des marchés publics relatifs aux prix des marchés.

L'autorité contractante a saisi le CRD.

MOYENS PRESENTES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE :

A l'appui de sa demande, l'autorité contractante a exposé, après publication du dossier d'appel d'offres, que plusieurs candidats potentiels ont attiré son attention sur le fait que les marchés financés par l'AFD sont passés hors taxes et hors douane (HT/HD). Elle a alors recueilli l'avis du point focal AFD auprès du ministère, et a fait ampliation de la réponse écrite de ce dernier à tous les candidats qui ont retiré copie du DAO en les invitant à déposer leurs offres HT/HD. Ainsi, toutes les offres déclarées recevables ont été analysées HT/HD, sur cette base, les candidats ont été classés et les lots attribués en HT/HD.

Le rapport d'analyse et le procès-verbal d'attribution provisoire ont été transmis à la DCMP, qui a, par lettre n°001904/MEF/DCMP/41 du 03 mai 2011, observé que la clause 14.7 du DAO a été modifiée sans qu'elle en soit informée ; que la modification introduite a eu pour effet, lors de l'analyse des offres, de ne pas prendre en compte les droits, impôts et taxes applicables dans les montants des offres.

Suite à ces observations, l'autorité contractante a demandé aux candidats classés attributaires provisoires de réajuster les montants de leurs offres pour prendre en compte les droits et taxes prévus par la réglementation.

L'autorité contractante a soutenu que ce réajustement n'a pas modifié le classement des candidats effectué sur la base des prix HT/HD.

Elle a également déclaré avoir agi de bonne foi et, surtout, dans le but d'éviter la perte du financement, qui doit être consommé au plus tard le 31 décembre 2011 ; que cette perte, si elle se réalisait, au delà de la faute commise de sa part, sera préjudiciable aux établissements destinataires des mobiliers, objet du marché, et pourrait compromettre les conditions d'une bonne rentrée des classes prévue en octobre 2011.

Pour ces considérations, elle a sollicité la poursuite de la procédure de passation.

MOTIFS DONNES PAR LA DCMP A L'APPUI DE SA DECISION :

Dans son avis transmis à l'autorité contractante par lettre en date du 18 mai 2011, la DCMP a reproché à l'autorité contractante :

1. La modification du DAO sans qu'elle en soit informée alors qu'elle avait donné son avis sur le DAO avant le lancement de la procédure de passation ;
2. Le réajustement des prix en violation des principes de transparence et d'équité en ce que ce réajustement n'a concerné que les seuls candidats pressentis pour les attributions provisoires.

Elle a conclu que ces considérations sont de nature à motiver la reprise de l'évaluation des offres.

OBJET DU LITGE

Il ressort des faits, moyens et motifs présentés par les parties que le litige porte sur la violation ou non des principes de transparence et d'équité par l'autorité contractante qui a modifié, sans informer la DCMP, les modalités de présentation des prix, après le lancement de la procédure, et procédé à l'évaluation des offres réajustées des seuls candidats déclarés attributaires provisoires.

EXAMEN DU LITIGE

Considérant qu'aux termes de l'article 24, nouveau, du Code des Obligations de l'Administration, « en vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, la conclusion des contrats d'achats publics passés à titre onéreux par les acheteurs publics :

- exige une définition préalable de leurs besoins ;
- suppose l'existence de crédits suffisants selon le principe défini à l'article 17 du présent code ;
- doit respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures ;

Les principes susvisés s'appliquent aux achats effectués :

- par l'Etat, les collectivités locales et leurs établissements publics ;
- par les personnes qui agissent au nom et pour le compte des acheteurs publics ; et,
- par les organismes dont l'activité est financé majoritairement par des fonds publics déterminés conformément aux dispositions du Code des marchés publics visés à l'article 25 ci-après.

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 » ;

Considérant qu'il résulte de cette disposition que les acheteurs publics doivent se conformer à peine de nullité de la procédure de passation du marché aux formalités de publicité prescrites et assurer l'égalité de traitement des candidats ;

Considérant qu'il est reproché à l'autorité contractante un manquement au traitement équitable des candidats et à la transparence de la procédure pour avoir procédé :

- à l'évaluation des offres réajustées des seuls candidats déclarés attributaires provisoires ;
- à la modification des modalités de présentation des montants des offres sans avoir requis l'avis de la DCMP alors que celle-ci avait émis un avis favorable sur le DAO avant le lancement de la procédure de passation ;

Considérant que le principe d'égalité de traitement des candidats implique que tous les candidats disposent des mêmes informations concernant le marché à conclure et soient traités de façon identique durant toute la procédure de passation ; qu'il implique l'interdiction de toute pratique discriminatoire de nature à favoriser certains opérateurs, dans la définition des prestations attendues,

dans la façon dont l'autorité contractante fait connaître non seulement la nature de son besoin, mais aussi les conditions dans lesquelles il sera procédé à la sélection de l'attributaire du marché ;

Considérant qu'à cet égard, il n'est pas contesté que lorsque l'autorité contractante a décidé, après lancement du marché, de recevoir les montants des offres en HT/HD, elle a informé tous les candidats qui ont procédé au retrait du DAO ;

Que lors de l'évaluation, toutes les offres déclarées recevables ont été analysées HT/HD et les candidats classés sur cette base ; ce n'est qu'après saisine de la DCMP pour avis sur le rapport d'analyse et le procès-verbal d'attribution provisoire, suite aux premières observations de celle-ci, que l'autorité contractante a demandé aux candidats déclarés attributaires provisoires de réajuster le montant de leurs offres en y incluant les droits, impôts et taxes ;

Considérant que la transparence de la procédure de passation consiste à garantir, en faveur de tout candidat potentiel à l'attribution d'un marché public, un degré de publicité adéquate permettant une ouverture du marché à la concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution du marché ; qu'à cet effet, dès lors que l'acheteur public est amené à mettre en œuvre une procédure de passation d'un marché, il doit fournir aux entreprises susceptibles de répondre à son besoin des informations claires et cohérentes, de façon à ce que le processus de passation du marché soit bien compris et mis en œuvre de façon aussi équitable que possible ; il doit favoriser la transparence en direction des candidats potentiels et des autres parties prenantes, notamment les organismes de surveillance ou de contrôle, non seulement en ce qui concerne la conclusion du marché, mais également à toutes les étapes du cycle de passation du marché ;

S'agissant des candidats, ils doivent être informés avec équité, c'est-à-dire traités de la même manière ; qu'à cet égard, les candidats, partageant la même situation, ont été informés et évalués sur la base de leurs offres réajustées ;

Qu'en ce qui concerne l'organe de contrôle des marchés publics, à savoir la DCMP, l'autorité contractante a, à son égard, une obligation de rendre compte et, même, en certains cas de saisine préalable ; que le non respect de cette obligation peut entraîner selon les cas, soit l'annulation de la procédure lorsqu'il concerne des cas de saisine préalable, soit la prononciation de sanctions disciplinaires contre l'agent public fautif lorsqu'il s'agit de simples obligations d'information ;

Considérant qu'en l'espèce, après avis de non objection de la DCMP au dossier d'appel d'offres avant le lancement de la procédure de passation, l'autorité contractante a procédé à la modification de la clause 14.7 des données particulières (DP) en autorisant les candidats à présenter le montant de leurs offres HT/HD sans en informer la DCMP ; que si les droits des candidats ont été respectés, il n'a pas été rendu compte à la DCMP ;

Mais considérant que l'autorité contractante a pu être abusée par le fait que les marchés sur financement AFD sont habituellement exemptés de droits et taxes alors que, dans le cas d'espèce, comme l'a elle-même relevé la DCMP, dans sa lettre n°05009/MEF/DCMP/DCV/60 du 27 octobre 2010, le financement a été versé au BCI, ce qui, du coup, a pour effet de soumettre les marchés, qui en découlent, aux droits et taxes visés par l'article 15 du Code des marchés publics ; que le cafouillage constaté dans le comportement de l'autorité contractante, qui, au départ, a demandé des prix TTC, puis des prix HT/HD après transmission des observations de la DCMP sur le rapport d'analyse et le procès-verbal d'attribution provisoire, pour, enfin, demander aux candidats de réajuster leurs prix en y intégrant les taxes et droits, peut constituer de sa part beaucoup plus une méprise qu'une volonté de contourner la réglementation ;

Qu'en considération de ces éléments et de la nature du financement, qui est un appui budgétaire, donc à fort risque de perte s'il n'est pas consommé avant le 31 décembre 2011, il convient d'autoriser la poursuite de la procédure de passation du marché litigieux ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Constate que l'autorité contractante, qui avait demandé dans le DAO des prix TTC, a, après lancement de l'appel d'offres, invité les candidats qui ont retiré le DAO à proposer des prix HT/HD ;
- 2) Dit qu'en agissant ainsi, l'autorité contractante n'a pas manqué au traitement équitable des candidats dès lors qu'elle a informé l'ensemble des candidats.
- 3) Constate que les offres ont été évaluées sur cette base ; que les candidats déclarés attributaires provisoires, comme en attestent le rapport d'analyse et le procès-verbal d'attribution provisoire, après observations de la DCMP sur l'obligation d'évaluer TTC, ont été invités à réajuster le montant de leurs offres en TTC ;
- 4) Constate que par rapport à l'obligation de rendre compte à la DCMP, l'autorité contractante a failli en n'informant pas la DCMP de la modification de la clause 14.7 du DAO après lancement de la procédure de passation ;
- 5) Constate que ce manquement peut entraîner l'annulation de la procédure ou la prononciation de sanctions disciplinaires ;
- 6) Constate cependant que, pour le reste, la procédure a satisfait aux exigences de respect des principes fondamentaux applicables aux achats publics ;
- 7) Constate, par ailleurs, que la source du financement du marché provient d'un appui budgétaire, soumis à un fort risque de perte, s'il n'est pas consommé avant le 31 décembre 2011; en considération de ces éléments,
- 8) Autorise la poursuite de la procédure de passation du marché litigieux ;
- 9) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au MEPEMS et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA