

**DECISION N°009/11/ARMP/CRD DU 19 JANVIER 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA SAISINE DU MINISTRE DE LA JUSTICE
CONTRE LE REFUS PAR LE MINISTRE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES
D'APPROUVER LE MARCHÉ RELATIF A L'EQUIPEMENT DU PALAIS DE
JUSTICE 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 co de des marchés publics modifié ;

Vu le décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant o rganisation et fonctionnement de l'autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) modifié, notamment en ses articles 20 et 21 ;

Vu la décision n° 005/ARMP/CRMP du 19 mai 2008 port ant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre n°000038/MJ/SG/CPM du 27 décembre 2010 , du responsable de la passation des marchés du Ministère de la Justice ;

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

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

De MM. Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, Oumar SARR, Conseiller juridique, observateurs ;

Après avoir délibéré conformément à la loi ;

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

Par lettre en date du 27 décembre 2010, enregistrée le 03 janvier 2011 sous le numéro 001/11 au secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le responsable de la passation des marchés du Ministère de la Justice a saisi le CRD pour contester le refus d'approuver le marché relatif à l'équipement du Palais de Justice Lat Dior.

SUR LA COMPETENCE DU CRD

Considérant que la saisine du CRD vise à statuer sur la décision que l'autorité contractante a qualifié de refus d'approbation du marché litigieux par l'autorité d'approbation ;

Considérant qu'aux termes de l'article 82 du Code des Marchés publics, la décision de refus d'approbation par l'autorité compétente est susceptible de recours devant le CRD ;

Qu'en conséquence, il convient de déclarer le CRD compétent pour statuer sur le présent recours ;

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS

Considérant que l'approbation a pour but de valider l'attribution du marché signé par la personne responsable ; qu'en effet, sans cette approbation, lorsque celle-ci est requise, l'attribution n'implique aucune obligation pour les parties, notamment la publication de l'avis d'attribution définitive par l'autorité contractante ; qu'à cet égard, l'approbation peut relever du régime des attributions ;

Considérant que, sur ce point, il résulte de la combinaison des articles 81.4, 82, 86 et 139.3 du Code des Marchés publics que les recours devant le CRD dirigés contre la décision d'attribution d'un marché doivent être introduits dans les trois (3) jours suivant la publication ou la réception de la décision querellée ;

Considérant que les délais, selon l'article 4 du Code des Marchés publics, sont exprimés, sauf précision contraire, en jours francs, à savoir en nombre de jours entiers sans inclure dans le délai le jour de son point de départ et le dernier jour ;

Considérant que la décision, déferée au CRD le 03 janvier 2011, a été transmise le 20 décembre 2010 par la DCMP à l'autorité contractante qui l'a enregistrée le même jour sous le numéro 7626 du courrier commun ;

Qu'à cet égard et, prenant en compte la qualification donnée à l'acte par l'autorité contractante, celle-ci serait déclarée irrecevable dans son recours ;

Mais, considérant qu'un examen attentif de la décision déferée au CRD par lettre n°1312/MEF/MDB/CAB du 20 décembre 2010 permet de constater que celle-ci a plutôt suggéré à l'autorité contractante, au regard de la décision de l'autorité contractante de passer outre à l'avis de la DCMP, de saisir préalablement l'ARMP conformément aux dispositions de l'article 139.4 du Code des Marchés publics ;

Qu'une décision de refus, qui ne peut être fondée que sur l'absence de document attestant l'existence de crédits suffisants, aurait eu pour base l'article 82 du Code des Marchés publics ;

Que sous cet aspect, se référant à l'article 139.4 précité, il paraît justifié de recevoir la saisine et d'examiner les faits et moyens exposés à son appui ;

LES FAITS

Il ressort des pièces jointes au recours que par lettre n°004426/MEF/DCMP/sg du 21 septembre 2010, que suite à sa saisine conformément à l'article 138 du Code des Marchés publics pour avis sur le rapport d'analyse comparative des offres ou propositions et sur le procès verbal d'attribution, la DCMP a émis un avis défavorable à la proposition d'attribution du marché d'équipement du Palais de justice Lat Dior aux motifs que :

1. Le marché concerné n'est pas inscrit dans le plan de passation des marchés de l'autorité contractante ;
2. Les modifications requises, relatives à la « non pertinence des critères de service après vente et de réalisation de marchés analogues », pour la validation du DAO n'ont pas été satisfaites et l'appel d'offre a été lancé en l'état ; ces mêmes critères ont servi à éliminer certains soumissionnaires ;
3. Un membre de la Cellule de passation a siégé comme membre de la Commission des marchés alors qu'aux termes de l'article premier de l'arrêté n°011586 du 28 décembre 2007, pris en application de l'article 35 du Code des marchés publics, celle-ci veille à la qualité des dossiers de passation et au bon fonctionnement de la commission des marchés.

En conclusion, la DCMP a émis un avis défavorable à la poursuite de l'attribution et a renvoyé l'autorité contractante « **à saisir l'Autorité de Régulation des marchés publics comme l'y autorise les dispositions de l'article 139.2 du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics** »

Suite à cet avis, l'autorité contractante a saisi Premier Ministre de la décision de passer outre aux avis émis par la DCMP conformément aux dispositions de l'article 130.2 du Code des marchés publics.

En réponse, par lettre n°1070/PM/DC/CT/JUR du 27 octobre 2010, le Premier Ministre a déclaré en prendre acte sous réserve que l'Organe chargé de la Régulation a été informé conformément aux dispositions de l'article 139.2 du Code des marchés publics et que le rapport dûment motivé établi à l'appui de ladite décision lui soit transmis.

Saisi pour approbation du marché établi consécutivement à la décision de passer outre aux avis de la DCMP, le Ministre de l'Economie et des Finances a relevé, que dans le cas d'espèce, la saisine de l'ARMP est une condition préalable à la poursuite de la procédure ; qu'il ne résulte pas du dossier que cette formalité a été accomplie et que, par conséquent, elle a suggéré à l'autorité contractante de saisir l'ARMP à cet effet.

C'est contre cette décision que l'autorité contractante a saisi le CRD du présent recours et présenté les moyens qui suivent.

MOYENS FOURNIS A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de son recours, l'autorité contractante expose :

- Sur le défaut d'inscription du marché dans son plan de passation des marchés, que cette formalité a été accomplie en 2009 ; que sa relance en 2010 a fait suite à la décision du CRD annulant la procédure antérieure ;
- Sur la décision de passer outre aux avis de la DCMP, celle-ci lui a été suggéré in fine par la DCMP elle-même qui a indiqué dans son avis de recourir à la procédure prévue par l'article 139.2 du Code des marchés publics contrairement au paragraphe 3 visé par le Ministre de l'Economie et des Finances. L'autorité contractante a soutenu que l'autorité d'approbation pour justifier son refus d'approbation a réitérer les observations déjà soulevées par la DCMP lesquelles observations ont fait l'objet de réponse dans le rapport produit à l'appui de la décision de passer outre aux avis de la DCMP ; que les motifs ainsi donné par le MEF ne sont ni opérants ni pertinents, les manquements invoqués ne violant aucun des principes liés à l'égal accès des candidats à la commande publique.

MOTIFS DONNES A L'APPUI DE LA DECISION CONTESTEE

Au soutien de sa lettre n°01312/MEF/MDB/CAB du 20 décembre 2010 précitée, suggérant à l'autorité contractante de saisir l'ARMP pour permettre la poursuite de la procédure, le MEF a relevé, entre autres, que lors de la dernière revue du dossier par la DCMP, celle-ci avait recommandé la saisine, conformément à l'alinéa 3 de l'article 139 du Code des Marchés publics, de l'ARMP pour la poursuite de la procédure.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des motifs et moyens présentés par les parties que le litige porte l'approbation du marché par l'autorité compétente alors que la formalité préalable de requérir la poursuite de la procédure à l'ARMP n'a pas été accomplie.

EXAMEN DE L'OBJET DU LITIGE

Considérant qu'aux termes de l'article 81.2 du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics, « ***dans les conditions prévues à l'article 138 du présent décret, l'autorité contractante, même si elle ne met pas en cause la proposition de la commission des marchés, transmet la proposition d'attribution à la Direction centrale des marchés publics pour avis*** » ;

Que, selon l'article 139.3 dudit décret, « ***si l'autorité contractante n'accepte pas les avis et recommandations formulés par la Direction centrale des marchés publics :***

- ***concernant la possibilité d'utiliser une procédure autre que l'appel d'offres ouvert ; ou,***
- ***relatifs 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 chargé de la Régulation des marchés publics » ;

Considérant que l'article 139.2, invoqué par l'autorité contractante pour justifier sa décision de passer outre aux recommandations de la Direction centrale des marchés publics, ne concerne pas la proposition d'attribution du marché, mais plutôt le projet de dossier d'appel à la concurrence, soumis à l'avis de la DCMP conformément à l'article 138 a) du Code des marchés publics, avant le lancement de la procédure de passation ;

Que dans le cas d'espèce, il est constant, comme en atteste la lettre n°00433/MJ/CPM du 29 septembre 2010 du Ministre d'Etat, Ministre de la Justice, adressée au Premier Ministre, que les recommandations de la DCMP ont été émises par lettre n°004426/MEF/DCMP relativement au rapport d'analyse comparative des offres et au procès verbal d'attribution provisoire du marché relatif à l'équipement du Palais de Justice Lat Dior ;

Qu'à cet égard, les dispositions de l'article 139.3 sont claires et ne souffrent d'aucune ambiguïté pour donner lieu à interprétation, l'autorité contractante ne peut poursuivre la procédure de passation qu'en saisissant le CRD ;

Que, dans ce contexte, l'approbation étant subséquente à cette saisine ne peut être obtenue sans l'accomplissement de la formalité prévue à l'article 139.3 du Code des marchés publics ;

Or, aux termes de l'article 81.4 dudit code, la saisine à cet effet du CRD doit intervenir dans les trois (3) jours suivant la réception des recommandations formulées par la DCMP ;

Qu'à ce propos, il convient de relever que la DCMP a transmis par lettre n°004426/MEF/DCMP/ **SG** du 21 septembre 2010 ses recommandations relatives à la proposition d'attribution du marché à l'autorité contractante, qui a décidé de passer outre à ces recommandations, sans saisir le CRD comme l'y obligent les dispositions de l'article 139.3 du Code des Marchés publics ;

Qu'en conséquence, et en application des dispositions de l'article 81.4 du Code des marchés publics, elle est forclosée à solliciter la poursuite de la procédure de passation ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Se déclare compétent pour statuer sur le recours du Ministère de la Justice ;
- 2) Déclare recevable la saisine de ladite autorité contractante ;
- 3) Constate :
 - que l'autorité contractante a décidé de passer outre aux recommandations de la DCMP relative à la proposition d'attribution provisoire du marché

litigieux et n'a pas saisi le CRD comme l'y oblige les dispositions de l'article 139.3 du Code des marchés publics ; que selon ledit article,

- que la procédure de passation du marché ne peut pas se poursuivre sans que la formalité de saisine du CRD soit accomplie ;
 - que cette saisine n'a pas été faite dans le délai de trois (3) jours conformément aux dispositions de l'article 81.4 du Code des Marchés publics dès la réception des recommandations formulées par la DCMP sur la proposition d'attribution du marché d'équipement du Palais de Justice Lat Dior ; en conséquence,
- 4) Dit que les projets de contrat relatifs à ce marché subséquentement établis par l'autorité contractante ne peuvent pas être soumis, dans le cadre d'une poursuite irrégulière de la procédure de passation des marchés concernés, à l'approbation prévue à l'article 82 du Code Marchés publics ;
- 5) Dit que sa relance s'impose pour ces raisons et notamment celles tenant au maintien du critère dont la suppression avait été recommandée par la DCMP lors de la revue du dossier d'appel d'offres ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au Ministre d'Etat, Ministre de la Justice, au Ministre d'Etat, Ministre de l'Economie et des Finances, ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA