

**DECISION N° 033/11/ARMP/CRD DU 16 MARS 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE DE LA LOTERIE NATIONALE
SOLLICITANT L'AUTORISATION DE PASSER PAR ENTENTE DIRECTE DES
MARCHES DE FOURNITURES ET DE SERVICES LISTES EN ANNEXE POUR
URGENCE NONOBTANT L'AVIS DEFAVORABLE.**

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

Vu l'article 30 du 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, modifié ;

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

Vu la lettre n°1113 du 10 mars 2011 de la LONASE ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Oumar SARR, 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 Messieurs Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, Oumar SARR, Conseiller juridique, 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 n° 1113 du 10 mars 2011, enregistrée le 14 mars 2011 sous le numéro 170/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la Loterie nationale a saisi le CRD d'une demande d'autorisation de passer par entente directe pour urgence et pour la période allant de mars à mai 2011 les marchés de fourniture et de service ci-après listés :

DESIGNATION	MONTANTS ESTIMES EN FRANCS CFA
Fournitures de bureaux et consommables informatiques	14 027 646
Bobines thermiques	110 000 000
Bulletins ALR et PLR	120 000 000
programmes de jeu PMU	4 840 322
carburant	50 188 264
gardiennage	29 740 935
nettoiemment	7027 646
Assurance	20 863 082

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'aux termes de l'article 81.4 du Code des marchés publics, lorsque l'autorité contractante, qui a sollicité l'autorisation de la DCMP de passer des marchés par entente directe, n'accepte pas les recommandations formulées par celle-ci, elle ne peut poursuivre la procédure de passation qu'en saisissant le Comité de Règlement des Différends dans un délai de trois (3) jours à compter de la réception de ces recommandations ;

Considérant que par lettre n° 000050MEF/DCMP/7 du 08 mars 2011, la DCMP a communiqué à la LONASE l'avis contesté ;

Considérant que par lettre en date du 10 mars 2011, la LONASE a saisi le Comité de Règlement des Différends pour être autorisée à passer les marchés susvisés par entente directe ;

Considérant que la saisine du CRD est intervenue dans le délai de recours, il convient de la déclarer recevable ;

LES FAITS

Le Directeur de la LONASE a fait résilier plusieurs marchés passés par son prédécesseur.

Consécutivement à ces mesures et pour éviter une rupture certaine dans l'approvisionnement de la LONASE en fournitures essentiels à la continuité du service public des jeux, la LONASE a saisi la DCMP d'une demande de passer par entente directe des marchés relatifs, d'une part, à des fournitures de consommables, des bobines thermiques, des bulletins, du carburant, des programmes de jeu PMU, d'autre part, des services portant sur le gardiennage, le nettoyage et l'assurance.

La DCMP y ayant opposé un refus, l'autorité contractante a saisi le CRD.

MOYENS PRESENTES A L'APPUI DU RECOURS

La LONASE a justifié sa requête par la nécessité de d'assurer la continuité du service public pour pallier au manque d'approvisionnement provoqué par la dénonciation des contrats passés irrégulièrement en considération des dispositions du Code des marchés publics. La LONASE a exposé que les marchés dénoncés étaient tous des marchés passés par entente directe en violation de la réglementation en vigueur ; que, par ailleurs, les marchés concernés ont été surfacturés.

MOTIF DONNE PAR LA DCMP

La DCMP a justifié sa décision de refus d'autoriser la LONASE de passer les marchés envisagés par entente directe aux motifs que les éléments invoqués à l'appui de la requête ne sont pas rattachables à l'un quelconque des cas prévus pour passer le marché par entente directe.

SUR L'OBJET DE LA SAISINE

Il ressort des éléments ci-dessus exposés que l'objet de la requête porte sur l'urgence invoquée par la LONASE pour justifier le recours à la procédure d'entente directe pour les marchés listés.

EXAMEN DE LA REQUETE

Considérant qu'aux termes de l'article 26 nouveau du Code des obligations de l'administration, il ne peut être dérogé à l'appel d'offres ouvert, mode de passation des marchés auquel les autorités contractantes doivent recourir par principe, que dans les conditions stipulées par le Code des marchés publics ;

Considérant que l'article 76 du Code des marchés publics modifié par le décret n°2011-04 du 06 janvier 2011 définit les cas pour lesquels il peut être fait recours à la procédure de passer un marché par entente directe ;

Considérant que ces cas se limitent :

- aux prestations complémentaires qui, au moment de la conclusion du contrat initial, n'étaient pas prévisibles et sont rendues nécessaires pour sa parfaite exécution ;
- aux prestations relevant de la détention d'un droit d'exclusivité ;
- aux marchés relevant de l'urgence impérieuse ;

Considérant que, comme l'a relevé la DCMP, les motifs d'urgence et de continuité du service public invoqués par la LONASE ne sont pas rattachables à l'un quelconque des cas ci-dessus visés ; qu'en effet, outre que l'urgence invoquée résulte des faits de l'autorité contractante, son caractère impérieux n'est pas établi ;

Qu'au regard de ces éléments, il y a lieu de dire que la procédure de passation par entente directe comme toute dérogation étant d'application restrictive, elle ne peut être utilisée que pour les cas limitativement visés par l'article 76 précité ;

Considérant que, cependant, pour assurer le service public des jeux, la LONASE a besoin en continu de bobines thermiques, de bulletins ALR et PLR et de programme de jeux ; qu'une rupture dans l'approvisionnement de ces éléments peut nuire à la continuité du service public ;

Considérant, par ailleurs, que les achats prévus par la LONASE comportent, en raison de leurs seuils, des prestations qui peuvent être satisfaites par Demande de Renseignement des Prix ;

Qu'en effet, l'article 77 du Code des marchés publics dispose que, « *l'autorité contractante peut ne pas recourir à une des procédures d'appel d'offres prévues par le chapitre 4 du titre III du Code des marchés publics pour les fournitures ou services dont la valeur estimée est inférieure aux seuils fixés à l'article 53 du Code des marchés publics ; que la procédure de demande de renseignement des prix est alors utilisée* » ;

Considérant que les achats prévus par la LONASE se décompose en achat de fournitures et en achat de services ;

Qu'à cet égard, l'article 53 du Code dispose en son paragraphe 2 que les seuils de passation sont : « *pour ce qui concerne les marchés des sociétés nationales, des sociétés anonymes à participation publique majoritaire et des agences ou autres organismes ayant la personnalité morale, mentionnés à l'article 2.1c) :*

- a) *50 000 000 F CFA pour les marchés de travaux ;*
- b) *30 000 000 F CFA pour les marchés de services et fournitures courants ;*
- c) *30 000 000 F CFA pour les marchés de prestations intellectuelles ;*

Qu'en application de ces dispositions, les marchés suivants peuvent être passés par DRP sans formalité particulière :

- a) *Le gardiennage estimé à 29 740 935 F CFA ;*
- b) *Le nettoyage estimé à 7 027 646 F CFA ;*
- c) *La police d'assurance estimée à 20 863 082 F CFA ;*
- d) *Les fournitures de bureaux et consommables informatiques dont la valeur est estimée à 14 027 646 F CFA ;*
- e) *Les programmes de jeu PMU dont la valeur est estimée à 4 840 935 F CFA » ;*

Considérant qu' aux termes de l'article 3.4.1 nouveau du Code des marchés, en ce qui concerne l'achat de carburants dénommés essence ordinaire, super carburant et gasoil, destinés aux véhicules de l'administration, et dont l'acquisition est soumise à l'application du prix en vigueur figurant au barème de la structure des produits pétroliers publiés périodiquement par la Commission nationale des Hydrocarbures, il est dérogé aux dispositions du Code des marchés pour leur passation ; que le règlement de ces achats peut avoir lieu sur mémoires ou factures ;

Que s'agissant des prestations relevant du nettoyage et du gardiennage, que la valeur estimée de ces marchés étant inférieure aux seuils prévus à l'article 53 précité, il convient de les faire passer par demande de renseignement des prix ;

Qu'enfin, les marchés de fournitures constituées de bobines thermiques et de bulletins ALR et PLR ainsi que de programme de jeux, de valeur estimée à un coût global dépassant les seuils de passation, il convient de relever qu'ils doivent être passés par appel d'offres ouvert ;

Mais considérant que comme l'a évoqué l'autorité contractante, elle se trouve sous la contrainte d'arrêter le fonctionnement du service public s'il y a rupture dans l'achat de ces fournitures ;

Considérant que cette situation est née de la volonté du responsable des marchés de la LONASE de mettre fin aux achats effectués en violation de la réglementation ; que dans ce contexte la reconstitution des stocks de fournitures, vu leur importance, ne peut se faire que par appel d'offres ouvert, lequel nécessite un délai minimum de préparation des offres ; que si ce délai est observé sans aucun approvisionnement, le service public des jeux ne pourra pas être assuré ;

Considérant ces éléments, et surtout la nécessité d'assurer la continuité du service public et la volonté de l'autorité contractante de se conformer à la réglementation, il paraît convenable d'accorder à l'autorité contractante la possibilité de s'approvisionner pour une période déterminée par DRP, dans les limites de seuils fixés par l'article 53 précité, le temps pour elle de s'organiser et de procéder à un appel public à concurrence pour chacun des marchés listés en vue de la satisfaction de ses besoins pour l'année ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Dit qu'il ne peut être dérogé à l'appel d'offres ouvert, mode de passation des marchés auquel les autorités contractantes doivent recourir par principe, que dans les conditions stipulées par le Code des marchés publics ;
- 2) Dit que la procédure de passer par entente directe est, comme toute dérogation, d'interprétation restrictive et ne peut être utilisée pour les achats prévus par l'autorité contractante qui ne justifie pas réunir les conditions d'application de l'article 76 du Code des marchés publics ;
- 3) Constate que parmi les marchés envisagés, certains relèvent des dispositions de l'article 3.4.1 et d'autres de l'article 77 du Code des marchés publics ; que ces marchés peuvent être passés selon les procédures indiquées à ces articles ;
- 4) Constate que pour les prestations liées à la fourniture de bobines thermiques, de bulletins et de programme de jeux, la valeur estimée de ces marchés dépasse largement le seuil prévu par la réglementation ;

- 5) Dit que les marchés relatifs à ces prestations relèvent de la procédure d'appel d'offres ouvert ;
- 6) Dit que, cependant, en vue d'assurer la continuité du service public des jeux par un approvisionnement limité, l'autorité contractante peut être autorisée à passer par DRP dans les limites de seuils fixées par l'article 53 du Code des marchés publics, une partie du marché envisagé ; en conséquence,
- 7) Autorise l'autorité contractante à passer par DRP, dans les limites des seuils fixés par l'article 53 du Code des marchés publics, le marché relatif à la fourniture de bobines thermiques, bulletins ALR et bulletins PLR ainsi que les programmes de jeu ;
- 8) Fixe la durée de cette autorisation à trois mois ;
- 9) Dit que l'autorité contractante rendra compte à la DCMP des achats effectués sur la base de la présente décision ;
- 10) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la LONASE et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA