

**DECISION N° 118/13/ARMP/CRD DU 15 MAI 2013
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE D'AUTORISATION DE L'ARTP POUR LA
SIGNATURE D'UN AVENANT AU CONTRAT DE GARDIENNAGE**

**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, 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 (ARMP), notamment en ses articles 20 et 21 ;

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

Vu la demande d'autorisation de l'ARTP par lettre du 10 mai 2013 ;

Monsieur Ousseynou CISSE entendu en son rapport ;

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, de MM. Mademba GUEYE, Babacar DIOP et Mamadou WANE, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De MM Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, Ely Manel FALL, Chef de la Division Réglementation à la Direction de la Réglementation et des Affaires juridiques, René Pascal DIOUF, Coordonnateur de la Cellule d'Enquête et d'Inspection et Mesdames Khadijetou LY DIA, chargée d'enquêtes et Takia Nafissatou FALL CARVALHO, Conseillère chargée de la Coordination et du Suivi, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente délibération ;

Par lettre datée du 10 mai 2013, l'Autorité de Régulation des Télécommunications et des Postes (ARTP) a saisi l'ARMP pour solliciter l'autorisation de signer un avenant au contrat de gardiennage avec l'Agence de Sécurité Elite Protection (ASEP) pour une durée de six (06) mois.

SUR LA RECEVABILITE DE LA SAISINE

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 22 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, la Commission des Litiges du Comité de Règlement des Différends statue sur les saisines relatives aux litiges

opposant les organes de l'Administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation ou d'exécution des marchés publics et délégations de service public dont le comité est saisi ;

Considérant que la demande d'autorisation de l'ARTP fait suite à l'avis négatif de la DCMP ;

Que dans de tels cas, la saisine du CRD n'est soumise à aucun délai ;

Qu'ainsi, il convient de la déclarer recevable.

LES FAITS

L'Autorité de Régulation des Télécommunication et des Postes (ARTP) a transmis à la DCMP par courrier daté du 05 avril 2013, pour avis, le projet d'avenant au marché relatif aux services de surveillance et de gardiennage des locaux de l'ARTP sis à Liberté 6 extension VDN, CNCF Yeumbeul et Khombole afin d'assurer la continuité du service au terme de la durée du marché initial et de son avenant de reconduction ;

Après examen du dossier, la DCMP a émis un avis négatif sur le projet d'avenant par lettre datée du 08 avril 2013 ;

Par la suite, l'ARTP a saisi l'ARMP par correspondance du 10 mai 2013 afin d'obtenir l'autorisation de signer l'avenant avec la société « Agence de Sécurité Elite Protection » pour une durée de six (06) mois ;

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DE LA DEMANDE

A l'appui de la demande, l'ARTP précise que le marché de clientèle initialement conclu avec la société de gardiennage a fait l'objet de reconduction par avenant ; ce qui a eu pour effet de porter sa durée à deux ans ;

Au terme du contrat initial, l'ARTP soutient avoir décidé de recourir à la Gendarmerie Nationale mais n'a pas reçu de réponse favorable ;

C'est ainsi que les prestations ont continué à être assurées par l'agence de gardiennage en attendant le lancement de l'appel d'offres inscrit dans le plan de passation des marchés de la gestion 2013 ;

Afin de pouvoir poursuivre l'exécution des prestations, l'ARTP a saisi l'ARMP pour solliciter l'autorisation de signer un avenant au marché conclu avec la société de gardiennage ASEP.

LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

En réponse à la saisine de l'ARTP, la DCMP a relevé principalement trois griefs pour justifier l'avis défavorable émis sur le projet d'avenant. D'abord, l'organe de contrôle estime que le marché initial a été qualifié de marché de clientèle alors qu'il n'a pas été soumis à la revue a priori comme le prévoit l'article 138 du Code des Marchés publics. Ensuite, l'autorité contractante a procédé au renouvellement sans soumettre le dossier à

la revue préalable de la DCMP. Enfin, le marché initial a été signé par le Directeur Général de l'ARTP de l'époque mais n'a pas fait l'objet d'approbation.

OBJET DE LA DEMANDE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus que la demande vise à obtenir l'autorisation de signer un avenant pour la continuation des prestations pendant une durée de six mois.

AU FOND

Sur l'absence de revue a priori du dossier d'appel d'offres et de l'avenant de reconduction

Considérant qu'aux termes des dispositions du Code des Marchés publics, les dossiers d'appel à la concurrence relatifs aux marchés de clientèle sont, avant le lancement de la procédure de passation, soumis à la revue a priori de la DCMP, quel que soit le montant ;

Que les avenants auxdits marchés sont également à soumettre à l'examen préalable de la DCMP ;

Considérant qu'après avoir conclu le 5 janvier 2011 avec l'agence de gardiennage ASEP un marché qualifié de clientèle, l'ARTP a signé un avenant n°1 au contrat le 14 avril 2011 pour prendre en compte l'effectif complémentaire d'agents à mobiliser pour la surveillance d'un nouvel immeuble puis, un avenant n°2 relatif à la modification de l'effectif des agents de sécurité et à la reconduction du contrat pour une durée d'un an ;

Considérant que l'Autorité contractante n'a pas réfuté les griefs de la DCMP sur l'absence de revue a priori ;

Qu'ainsi, il y a lieu de considérer que les prestations ont été exécutées sans que le dossier d'appel d'offres et les avenants y afférents n'aient été soumis à l'avis de la DCMP ;

Sur le défaut d'approbation

Considérant que le marché initial, conclu le 5 janvier 2011 pour un montant de 48 millions de francs CFA, est régi par les dispositions du décret 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics ;

Considérant qu'au regard du Code des Marchés publics, l'acte d'approbation, matérialisée par la signature de l'autorité compétente à ce titre, est la formalité administrative nécessaire pour donner effet au marché ;

Que certes l'article 29 du décret 2007-545 du 25 avril 2007 n'avait pas précisé de façon expresse l'obligation de séparer les fonctions d'autorité signataire et d'autorité d'approbation ;

Que néanmoins, les compétences en matière d'approbation sont définies selon le montant du marché ;

Qu'à ce propos, l'alinéa 3 de l'article susvisé prévoit pour les agences que les marchés soient approuvés par le Directeur lorsque le montant est inférieur à 50 millions de FCFA et

par le Président du Conseil d'Administration lorsque le montant est égal ou supérieur à 50 millions mais n'atteint pas 300 millions ;

Considérant qu'à la suite du marché initial, un premier avenant a été conclu le 14 avril 2011 à l'effet de mobiliser un effectif supplémentaire pour assurer la surveillance d'un nouvel immeuble de l'ARTP, puis un deuxième avenant souscrit aux fins de porter le nombre d'agents de sécurité à 26 et reconduire le contrat pour une durée d'un an ;

Considérant que même si l'incidence financière de l'augmentation de l'effectif n'est pas précisée dans les deux avenants, il y a lieu d'observer qu'au regard de la rémunération fixée à 200 000 FCFA par agent, lesdits avenants ont fait porter le montant du contrat à plus de 50 millions à chaque avenant, nécessitant l'approbation par une autorité autre que le Directeur Général ;

Qu'ainsi, l'avenant n°1 ainsi que celui relatif au renouvellement du contrat, signés par le Directeur général de l'ARTP de l'époque, n'ont pas respecté les dispositions du Code des marchés publics relatives aux formalités d'approbation ;

Considérant qu'aux termes de l'article 51 du Code des Obligations de l'Administration, les contrats conclus en violation des règles de forme imposées par la loi sont nuls et de nullité absolue ;

Qu'en conséquence les prestations objet de la demande ne peuvent pas faire l'objet d'avenant puisqu'elles résultent de contrats nuls au sens de l'article 51 du COA et n'ont pas de ce fait une base contractuelle légale ;

Considérant, toutefois, qu'en dépit des violations des règles de formes, force est de reconnaître la nécessité d'assurer la continuité du service de gardiennage des locaux et équipements publics ;

Qu'à cet égard, l'Autorité contractante doit diligenter la procédure du nouvel appel d'offres relatif au gardiennage inscrit dans le PPM de 2013 de l'ARTP ;

Que cependant, pour éviter l'interruption du service en attendant l'aboutissement de la procédure du nouvel appel d'offres, il y a lieu d'autoriser, à titre exceptionnel, l'Autorité contractante à recourir à une procédure d'entente directe avec le titulaire sur la base d'un contrat conforme aux règles de forme, pour une durée de six (06) mois.

PAR CES MOTIFS :

- 1) Dit que le contrat initial et les avenants ont été conclus en violation des règles de formes prévues par la loi notamment relativement à la revue a priori de la DCMP et aux formalités d'approbation ;
- 2) Considère que les prestations objet de la demande n'ont pas de base contractuelle légale ;
- 3) Dit que la nécessité d'assurer la continuité du service est manifeste en raison du caractère sensible des prestations ; en conséquence,

- 4) Autorise l'Autorité contractante à recourir à un marché par entente directe avec le titulaire, pour une durée de six (06) mois ;
- 5) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à l'ARTP ainsi qu'à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA

Les membres du CRD

Babacar DIOP

Mademba GUEYE

Mamadou WANE

**Le Directeur Général
Rapporteur**

Saër NIANG