

**DECISION N°016/10/ARMP/CRD DU 02 FEVRIER 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES SUR LA DEMANDE DU MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
PRESCOLAIRE, DU MOYEN SECONDAIRE ET DES LANGUES NATIONALES DE
PASSER OUTRE LES RECOMMANDATIONS DE LA DCMP RELATIVES AUX
DISPOSITIONS DU CCAP PLAFONNANT A 15 % LES VARIATIONS RELATIVES
AUX QUANTITES PREVUES AU DAO POUR L'ACQUISITION DE VEHICULES
AUTOMOBILES**

**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, notamment en ses articles 86, 87 et 88 ;

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

Vu la lettre n° 005324/MEPEMSLN/SG/DAGE du 31 décembre 2009 du Ministre de l'Enseignement préscolaire, du Moyen secondaire et des Langues nationales ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Oumar SARR, présentant les moyens et les conclusions du demandeur ;

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, et de MM. Abd'El Kader NDIAYE et Birahime SECK, membres du Comité de Règlement des Différends ;

De MM. Youssouf SAKHO, Directeur Général de l'ARMP, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, et Oumar SARR, Conseiller juridique, 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 31 décembre 2009, enregistrée le 05 janvier 2010 sous le numéro 405 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Ministre de l'Enseignement préscolaire, du Moyen secondaire et des Langues nationales (MEPEMSLN) a saisi le CRD d'une demande d'autorisation de poursuivre la procédure de passation du marché de fournitures de véhicules automobiles, la DCMP n'ayant pas émis un avis favorable sur le rapport d'analyse comparative des offres et le procès verbal d'attribution.

SUR LA SAISINE DU CRD

Considérant que le MEPEMSLN fonde sa saisine sur les dispositions des articles 139 du Code des marchés publics ;

Considérant qu'aux termes dudit article et de l'article 22 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, le CRD a compétence pour régler les litiges entre les organes de l'Administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation ou d'exécution des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat ;

Considérant que la saisine porte sur l'autorisation de passer outre les recommandations de la DCMP et de poursuivre la procédure ;

Qu'à cet égard, la saisine n'étant enfermée dans aucun délai, elle doit être déclarée recevable ;

LES FAITS

Le MEPEMSLN a obtenu du BCI, dans le cadre de l'Appui budgétaire canadien, des fonds pour financer le programme Environnement lettré en langues nationales.

Le Ministère a décidé d'affecter une partie de ces fonds à l'acquisition de véhicules automobiles répartis en trois lots :

- Lot 1 : cinq (5) véhicules 4X4 station wagon;
- Lot 2 : douze (12) véhicules pick up; et,
- Lot 3 : une berline.

Saisie antérieurement pour avis sur le rapport d'analyse comparative des offres et le procès verbal d'attribution, la DCMP avait émis un avis favorable à l'attribution des lots ainsi qu'il suit :

- Lot 1 à la Sénégalaise de l'Automobile pour un montant de Cent vingt huit millions trente mille (128 030 000) F CFA TTC ;

- Lots 2 et 3 à Espace Auto pour les montants respectifs de Cent cinquante millions (150 000 000) F CFA TTC et Neuf millions cinq cent mille (9 500 000) F CFA TTC.

Saisie par lettre en date du 01^{er} décembre 2009 pour avis avant approbation, la DCMP a constaté une diminution des quantités et, corrélativement, des montants correspondants, en violation de la clause 15.1 des CCAP.

Alors, par lettre n° 005172 /MEF/DCMP/29 du 07 décembre 2009, elle a invité l'autorité contractante à procéder aux corrections nécessaires pour se conformer à la clause sus visée avant de soumettre à approbation et immatriculation la version corrigée du projet de marché.

Le 16 décembre 2009, au vu de la réponse en date du 09 décembre 2009 donnée par le responsable du marché, la DCMP a fait des recommandations que l'autorité contractante n'a pas acceptées.

Aussi, l'autorité contractante a-t-elle, par lettre en date du 31 décembre 2009, saisi le CRD d'une demande d'autorisation de poursuivre la procédure.

LES MOYENS PRESENTES PAR LE MEPENSLN

A l'appui de sa demande, le MEPEMSLN, qui reconnaît la pertinence des observations de la DCMP sur les dispositions de la clause 39.1 des Données particulières du dossier d'appel d'offres limitant les diminutions ou augmentations des quantités à 15%, justifie la réduction des quantités par l'insuffisance des crédits transférés.

Qu'en effet, les crédits affectés à l'acquisition de matériels de transport, s'élevaient à deux cent vingt huit millions (228 000 000). Mais, qu'au terme de l'évaluation, le montant cumulé des attributions a été chiffré à 287 530 000 F CFA, repartis comme suit :

- 159 500 000 F CFA TTC, pour Espace Auto ;
- 128 030 000 F CFA TTC pour la Sénégalaise de l'Automobile ;

Soit un gap en valeur absolue de 59 530 000 F CFA.

Afin de sauver les crédits et de rester dans la limite des fonds disponibles, l'autorité contractante a procédé à la réduction des quantités.

Que les recommandations faites par la DCMP de renoncer à une partie de la commande ou de ne pas donner suite à l'appel d'offres n'ont pas emporté son adhésion ; que selon les hypothèses envisagées, elle perdra partie ou la totalité des crédits.

MOTIFS DE L'AVIS DE LA DCMP



Pour justifier sa décision, la DCMP relève que la diminution opérée par l'autorité contractante qui est de 23% est au dessus des 15% fixés par la clause 39.1 des CCAP.

En raison de ce dépassement, la DCMP a fait la recommandation qui suit :

- soit utiliser le budget disponible pour financer uniquement la totalité du montant attribué à un candidat (Espace Auto ou Sénégalaise de l'Automobile) ;
- soit, constater que les montants des offres ont été trop élevés par rapport à la valeur estimée du marché, ce qui au regard de l'article 65 du Code des Marchés publics, est un motif suffisant pour déclarer l'appel d'offres sans suite.

OBJET DU LITIGE

Il ressort des faits, moyens et motifs présentés par les parties, que le litige porte sur la conformité ou non de la diminution des quantités attribuées aux candidats.

AU FOND

Considérant, qu'avant approbation des marchés concernés, l'autorité contractante a procédé à une diminution des quantités sur les lots 1 et 2, respectivement de un (1) et trois (3) unités ; qu'elle a justifié cette diminution par le souci de se conformer aux dispositions de l'article 9. a) du Code des Marchés publics afin de rester dans les limites des crédits disponibles ;

Que, quel que soit le choix sur l'alternative proposée par la DCMP, à savoir : soit utiliser le budget disponible pour financer la totalité du montant attribué à un candidat (Espace Auto ou Sénégalaise de l'Automobile), soit constater que les montants des offres ont été trop élevés par rapport à la valeur estimée du marché pour déclarer l'appel d'offres sans suite, l'autorité contractante aura perdu partie ou totalité des crédits, compte tenu de la nouvelle réglementation sur les reports de crédits ;

Considérant que la mise en œuvre de cette alternative se heurte aux dispositions du Code des Marchés publics ; qu'en effet :

- dans la première hypothèse, il se pose la question du critère pour choisir ou éliminer un des attributaires et du respect de l'exigence légale de porter préalablement à la connaissance des candidats les critères suivant lesquels ils seront départagés ; et,
- dans la deuxième hypothèse, pour déclarer l'appel d'offres sans suite pour offres financières trop élevées, celles-ci doivent l'être réellement, ce qui n'est le cas en l'espèce, les montants des offres étant de 12 000 000 F CFA TTC par véhicules 4 X 4 et 9 500 000 F CFA TTC pour la Berline.

Considérant que, comme l'a relevé la DCMP, dans le cas d'espèce, la clause 39.1 des CCAP contient la stipulation que les quantités peuvent être augmentées ou réduites 15% maximum ;

Considérant que l'autorité contractante a diminué les quantités selon les ordres suivants :

- sur le lot 1, attribué à la Sénégalaise de l'Automobile, un (1) véhicule sur les cinq (5) qui constituaient le lot ;
- sur le lot 2, attribué à Espace Auto, trois (3) sur les onze (11) qui constituaient le lot ;

Considérant que ces diminutions sont respectivement de 20% pour le marché alloué à la Sénégalaise de l'Automobile et de 23% pour celui attribué à Espace Auto ; qu'elles dépassent les limites de 15% fixées par les CCAP ;

Considérant que les limites de 15%, fixées par les CCAP, résultent non de la loi ou du décret portant Code des Marchés publics, mais d'une disposition contractuelle, à savoir : les cahiers de clauses administratives particulières (CCAP), eux-mêmes adossés aux cahiers des clauses générales (CCAG) ;

Qu'aux termes de l'article 10 du Code des Marchés publics, les marchés sont conclus sous forme écrite et font l'objet d'un dossier unique dont les cahiers des charges et la soumission sont des éléments constitutifs ;

Considérant que les cahiers des charges, qui comprennent des documents généraux et des documents particuliers, déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés ; que les CCAP, qui font partie des documents particuliers des cahiers des charges, fixent les engagements contractuels du titulaire du marché ;

Qu'étant un document contractuel, les clauses du CCAP ne peuvent être modifiées qu'avec l'accord des parties, en particulier le cocontractant de l'acheteur public qui y a adhéré avec le dépôt de ses offres ;

Qu'en égard à ces éléments, au fait que si les réductions opérées par l'autorité contractante dépassent les limites autorisées par la clause 39.1 du CCAP, elles n'ont pas eu pour effet de modifier la composition des lots ou le montant des prix unitaires, ni de porter atteinte à la substance des marchés concernés, qu'il convient en raison notamment des risques de perte du financement, d'autoriser l'autorité contractante à poursuivre la procédure, mais sous la condition de l'accord express des candidats désignés attributaires provisoires ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la saisine du Ministère de l'Enseignement préscolaire, de l'Elémentaire, du Moyen secondaire et des Langues nationales ;

- 2) Constate que l'autorité contractante a réduit les quantités au-delà des pourcentages autorisés par le CCAP ; qu'à cet égard,
- 3) Dit que la décision de la DCMP, organe de contrôle a priori de la procédure de passation des marchés publics, est fondée ;
- 4) Dit que, cependant, compte tenu de la nature contractuelle de la disposition litigieuse, l'absence d'impact des modifications sur le classement des candidats ainsi que des dommages que peut subir l'autorité contractante en cas de perte des crédits alloués, il y a lieu d'autoriser celle-ci à continuer la procédure ; qu'à cet effet,
- 5) Dit que l'autorité contractante doit au préalable disposer de l'accord exprès des candidats déclarés attributaires provisoires et le communiquer à la DCMP ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au MEPMSLN et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP