AVIS N°004/12/ARMP/CRD DU 03 AVRIL 2012
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES SUR LA SAISINE DE LA DIRECTION CENTRALE DES MARCHES PUBLICS CONCERNANT LA CONFORMITE DE CERTAINES COMMISSIONS DES MARCHES AUX DISPOSITIONS DE L'ARRETE N°11588 DU 28 DECEMBRE 2007 PRIS EN APPLICATION DE L'ARTICLE 36 DU CODE DES MARCHES PUBLICS

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 son article 30 ;

Vu le décret n° 2011-1048 du 27 juillet 2011 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 en date du 07 mars 2012 de la Direction centrale des Marchés publics;

Après avoir entendu le rapport de M.Ely Manel FALL, Chef de la Division de la Règlementation, rapporteur, présentant la requête du demandeur ;

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

De M. Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, Mme Takia Nafissatou FALL CARVALHO, Conseillère chargée de la Coordination et du Suivi, MM. René Pascal DIOUF, Coordonnateur de la Cellule d'enquête sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité de la saisine, les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre en date du 07 mars 2012, enregistrée le 08 mars 2012 au secrétariat du Comité de Règlement des Différends sous le numéro 222/12, le Directeur de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP) a saisi le CRD d'une demande d'avis sur les difficultés à se conformer aux dispositions de l'arrêté n°11588 du 28 décembre 2007 pris

en application de l'article 36 du Code des marchés publics, exprimées par certaines autorités contractantes, du fait de la particularité de leur personnel.

En effet, conformément à l'article 2.d de l'arrêté susvisé, les commissions des marchés des sociétés nationales, sociétés anonymes à participation publique majoritaire, établissements publics, agences ou autres organismes dotés de la personnalité morale sont composées, entre autres, d'un président, du directeur financier ou son représentant, du responsable des services techniques ou son représentant et du responsable chargé des approvisionnements et marchés ou son représentant.

Or, pour les autorités contractantes en question, le personnel n'est pas ainsi composé.

Il s'agit précisément de l'Institut d'Hygiène social (IHS), de l'Institut national de pédologie (INP) et du fonds spécial de Soutien au Secteur de l'Energie (FSE). Ces autorités contractantes ont ainsi exposé les problèmes rencontrés dans la mise en place des ces structures et ont sollicité des dérogations comme solutions qui leur permettraient de dérouler leurs procédures de passation de marchés dans les délais fixés.

Etant nouvellement créé, l'Institut d'Hygiène social (IHS) ne dispose pas d'assez de personnel pour nommer à la présidence de la commission des marchés, un agent autre que le chef du service administratif et financier qui, à l'instar du responsable des services techniques et du responsable chargé des approvisionnements et marchés, ne peut présider ladite structure.

Néanmoins, le Directeur de l'établissement a proposé une commission des marchés composée ainsi qu'il suit :

Titulaires

Ibrahima BA, chef du service administratif et financier, Président ;
Safiétou KANDJ, chef division finances et responsable des approvisionnements ;
Amy FAYE, chef division maintenance ;
Représentant ministère de tutelle ;
Représentant du Contrôle financier.

Suppléants

Léopold P. N. DIATTA, chef division ressources humaines ;
Aminata DIALLO, agent administratif ;
Assane MBAYE, chef de division caisse ;
Représentant du ministère de tutelle ;
Représentant du Contrôle financier.

L'Institut national de pédologie (INP) quant à lui, ne dispose pas de directeur financier ou de chef de service chargé des finances. A cet effet, l'agent comptable particulier qui assure les paiements des dépenses, fait en même temps office de chargé des finances.

Ainsi, la structure sollicite la nomination de l'agent comptable particulier dans la commission des marchés comme chargé des finances.

Enfin, concernant le fonds spécial de Soutien au Secteur de l'Energie (FSE), ladite structure ne dispose pas dans son organigramme d'un responsable des services techniques ni d'un responsable chargé des approvisionnements.

A cet effet, l'autorité contractante sollicite soit, la mise en place d'une commission des marchés et d'une cellule de passation des marchés adaptée à son organigramme, soit l'habilitation de la commission des marchés et de la cellule de passation des marchés du ministère de tutelle à gérer ses procédures de passation.

A ce titre, il est demandé au CRD d'apprécier lesdites sollicitations en vue d'apporter une solution et de permettre à ces autorités contractantes, à l'instar des autres, d'avoir une commission des marchés et cellule de passation des marchés reconnues.

En outre, la DCMP demande un avis sur la possibilité ou non de nommer comme président de la commission des marchés, le Directeur de l'Administration générale et de l'Equipement ou le chef du service de l'administration générale et de l'Equipement d'une structure de l'administration centrale.

En effet, la Direction de l'administration générale et de l'Equipement et le Service de l'Administration générale et de l'Equipement étant services maîtres d'œuvre, donc pouvant être intéressés par un marché, il se pose alors la question de savoir si leurs chefs de service peuvent occuper le poste de Président de commissions des marchés au moment où il leur est prévu un représentant.

L'OBJET DE LA DEMANDE :

Il résulte de la saisine et des faits qui la soutiennent que la demande d'avis porte sur :

- l'adéquation du personnel constitutif de l'organigramme de l'IHS, de l'INP et du FSE relativement aux profils dégagés par l'article 2.d de l'arrêté n°11588 du 28 décembre 2007 pour constituer la commission des marchés des établissements publics ;
- la possibilité pour les directeurs et chefs de service de l'administration générale et de l'Equipement des ministères d'être présidents de commissions des marchés.

EXAMEN DE LA DEMANDE

1. L'adéquation du personnel constitutif de l'organigramme de l'IHS, de l'INP et du FSE relativement aux profils dégagés par l'article 2.d de l'arrêté n°11588 du 28 décembre 2007 pour constituer la commission des marchés des établissements publics :

   - **Sur la commission de l'Institut d'Hygiène social (IHS) :**

Considérant que le Directeur de l'IHS affirme dans sa lettre n°042 MSHPP/DES/IHS/Dir du 09 février 2012, éprouver quelques difficultés à respecter à la lettre les dispositions de l'arrêté n°11588 du 28 décembre 2007 du fait que :

- le nouvel établissement public de santé est né de la transformation d'un centre de santé qui ne disposait pas d'une administration ;

- la mise en place de ses organes n'est pas encore terminée notamment l'installation du conseil d'administration induisant un retard dans la validation de l'organigramme de l'établissement et la dotation en personnel de certains services ;
- l'insuffisance de ressources humaines aptes à faire fonctionner une commission des marchés ;

Que pour toutes ses raisons, l'IHS demande, pour démarrer cette année, à maintenir la composition de sa commission, telle qu'indiquée ci-dessus, en attendant de disposer de ressources humaines suffisantes pour se conformer à la lettre de l'arrêté susvisé ;

Considérant que l'esprit des règles de l'arrêté n°1 1588 du 28 décembre 2007 relatives à la composition des commissions des marchés des autorités contractantes vise à garantir les principes de libre concurrence, de transparence et d'égalité de traitement des candidats dans la passation des marchés publics ;

Considérant que la commission des marchés de l'IHS, telle que constituée, ne laisse pas apparaître des risques pouvant peser sur l'intangibilité des principes ci-devant indiqués ; qu'en plus, cette constitution est limitée au temps nécessaire pour disposer de ressources humaines suffisantes pour se conformer totalement aux dispositions de l'arrêté ;

Qu'il y a lieu de permettre temporairement ladite constitution de la commission des marchés de l'IHS.

- **Sur la Commission l'Institut national de pédologie :**

Considérant que l'organigramme de l'INP ne prévoit pas de directeur financier ou de chef de service chargé des finances et qu'à cet effet, l'Agent comptable particulier qui assure les paiements des dépenses, fait en même temps office de chargé des finances ;

Qu'ainsi, l'Agent comptable particulier est nommé dans la commission des marchés en qualité de directeur financier ;

Considérant que l'article 15 du décret n°2003-101 du 13 mars 2003 portant règlement général sur la comptabilité publique consacre l'incompatibilité des fonctions d'ordonnateur et/ou d'administrateur des crédits avec celles de comptable public que sauf dans les cas prévus par ledit décret ;

Considérant que le directeur financier (ou son représentant) qui siège à la commission des marchés agit en délégataire des compétences de l'administrateur des crédits ; que cette situation ne relève pas des exceptions où le cumul des fonctions d'administrateur et de comptable public est admis ;

Que de ce fait, l'Agent comptable particulier ne peut être membre de la commission des marchés et qu'il revient à l'INP d'adapter son organigramme afin de se conformer aux règles en vigueur.

- **Sur la commission du Fonds spécial de Soutien au Secteur de l'Energie :**

Considérant que l'organisation du FSE ne permettant pas de répondre aux exigences de l'article 2 de l'arrêté n°11588 du 28 décembre 2007 , ce dernier sollicite soit, la mise en place d'une commission des marchés et d'une cellule de passation des marchés adaptées à son organigramme, soit l'habilitation de la commission des marchés et de la cellule de passation des marchés du ministère de tutelle à gérer ses procédures de passation ;

Considérant que la responsabilité est une dimension importante en matière de passation des marchés publics et que son imputabilité à l'autorité contractante est primordiale notamment en cas de manquements ou de violations des règles ;

Qu'il ne peut être admis l'habilitation de la commission des marchés et de la cellule de passation des marchés d'une autorité contractante, fut-ce-t-elle celles de la tutelle, à gérer les procédures de passation d'une autre ;

Considérant toutefois que la composition d'une commission des marchés qui garantie l'intangibilité des principes en matière de passation de marchés publics et le respect des incompatibilités en matière de gestion des derniers publics ne pose pas de problème de conformité substantielle ;

Qu'ainsi, le FSE peut mettre en place une commission et une cellule de passation des marchés adaptées à son organigramme tant qu'il respecte ces deux exigences.

Considérant que dans cette logique, parce que les activités du FSE ne nécessitent pas un service technique et un autre chargé des approvisionnements, ce dernier est dans l'impossibilité de nommer dans sa commission des membres représentant lesdits services ;

Que sa commission des marchés sera donc constituée de deux membres désignés parmi son personnel et des représentants de la tutelle et du contrôle financier.

2. <u>La possibilité pour les directeurs et chefs de service de l'administration générale et de l'Equipement des ministères d'être présidents de commissions des marchés</u> :

Considérant que la mise en place des commissions des marchés au sein des autorités contractantes procède d'une volonté de rechercher la collégialité de la décision, de l'objectivité et de la transparence des choix dans l'attribution des marchés ;

Considérant que, pour la DCMP, parce que la Direction de l'Administration générale et de l'Equipement et le Service de l'Administration générale et de l'Equipement étant services maîtres d'œuvre, donc pouvant être intéressés par un marché, il se pose la question de savoir si leurs chefs de service peuvent occuper le poste de Président de commissions des marchés au moment où il leur est prévu un représentant ;

Considérant que la pratique des marchés publics nous renseigne que les commissions des marchés ne peuvent valablement délibérer en présence d'une personne intéressée à la consultation soumise à examen ; que, cependant, seuls sont désignés ainsi les

membres des commissions qui sont en situation de conflit d'intérêts du fait de liens avec une entreprise candidate ;

Considérant enfin, que les dispositions règlementaires en matière de composition des commissions des marchés ne soulèvent aucune incompatibilité encore moins une exclusion portant sur cette question et qu'une liberté d'organisation est reconnue à l'autorité contractante ;

Qu'en définitive, il ne peut se faire opposition à la nomination d'un Directeur de l'administration générale et de l'Equipement ou d'un chef du Service de l'Administration générale et de l'Equipement comme président de la commission des marchés d'une structure de l'administration centrale ; en conséquence,

EMET L'AVIS QUI SUIT :

1) Constate qu'il y a inadéquation du personnel constitutif de l'organigramme de l'IHS, de l'INP et du FSE relativement aux profils dégagés par l'article 2.d de l'arrêté n°11588 du 28 décembre 2007 pour constitue r la commission des marchés des établissements publics ;

2) Dit que l'IHS peut maintenir la constitution de sa commission des marchés, telle que présentée à la DCMP, pour la gestion 2012 ;

3) Dit que l'Agent comptable particulier ne peut être membre de la commission des marchés et qu'il revient à l'INP d'adapter son organigramme afin de se conformer aux règles en vigueur ;

4) Dit qu'il ne peut être admis, au nom du principe d'imputabilité des responsabilités, l'habilitation de la commission des marchés et de la cellule de passation des marchés d'une autorité contractante à gérer les procédures de passation d'une autre ;

5) Dit que le FSE peut mettre en place une commission et une cellule de passation des marchés adaptées à son organigramme tant qu'elles garantissent l'intangibilité des principes en matière de passation de marchés publics et le respect des incompatibilités en matière de gestion des derniers publics ;

6) Dit que la commission des marchés du FSE peut uniquement être constituée de deux membres désignés parmi son personnel et des représentants de la tutelle et du contrôle financier ;

7) Dit qu'il ne peut se faire opposition à la nomination d'un Directeur de l'Administration générale et de l'Equipement ou d'un chef du Service de l'Administration générale et de l'Equipement comme président de la commission des marchés d'une structure de l'Administration centrale ;

8) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier à l'Institut d'Hygiène social, à l'Institut national de pédologie, au Fonds spécial de Soutien au Secteur de l'Energie et à la DCMP, le présent avis qui sera publié.

Le Président

Abdoulaye SYLLA

Les membres du CRD

Abd'El Kader NDIAYE **Mamadou DEME** **Ndiacé DIOP**

Le Directeur Général
Rapporteur

Saër NIANG