

**DECISION N° 13/12/ARMP/CRD DU 26 JANVIER 2012
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION
DISCIPLINAIRE, D'UNE PART, SUR LES FAITS D'INEXECUTION DU MARCHÉ
D'ACQUISITION DE BATTERIES PAR LE GIE LES CONSTRUCTEURS, APRES
ENCAISSEMENT DE L'AVANCE DE DEMARRAGE, D'AUTRE PART, SUR LE
REFUS DE ASKIA ASSURANCES D'HONORER SES ENGAGEMENTS, EN
VIOLATION DE LA REGLEMENTATION SUR LES MARCHES PUBLICS.**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION
DISCIPLINAIRE :**

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

Vu la lettre de Dakar Dem Dikk en date du 30 novembre 2011, reçue par le Service du courrier le 1^{er} décembre 2011, puis enregistrée le 02 décembre 2011 sous le numéro 788/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

Monsieur Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, rapporteur, entendu en son rapport ;

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

De MM. Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, Mme Takia FALL CARVALHO, Conseillère chargée de la Coordination et du Suivi, Ely Manel FALL, Chef de la division réglementation, Direction de la Réglementation et des Affaires juridiques, René Pascal DIOUF Coordonnateur de la Cellule d'enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public et Ababacar 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, les faits et moyens exposés ;

Par lettre en date du 30 novembre 2011, reçue par le Service du courrier le 1^{er} décembre 2011, puis enregistrée le 02 décembre 2011, Dakar Dem Dikk (DDD) a saisi le CRD pour protester et demander des sanctions contre, d'une part, les agissements du GIE Les Constructeurs, titulaire du marché portant acquisition de batteries pour la gestion 2010, d'autre part, le refus de la société Askia Assurances de rembourser le montant de l'avance de démarrage perçu suite à son cautionnement .

A l'appui de sa requête, DDD a fait parvenir au CRD :

- Copie du marché de commande portant acquisition de batteries ;
- Copie de la lettre datée du 4 novembre 2010, du GIE Les Constructeurs ayant pour objet une demande d'acompte ;
- Copie de l'attestation datée du 23 novembre 2010 transmettant au Gie Les Constructeurs, le chèque représentant le cautionnement d'avance de démarrage ;
- Copie de la caution d'avance de démarrage délivrée par la société ASKIA Assurances ;
- Copie de la lettre de DDD en date du 08 février 2011 valant mise en demeure adressée au GIE Les Constructeurs ;
- Copie de la lettre en date du 21 février 2011 portant résiliation du marché d'acquisition de batteries.

SUR LA COMPETENCE ET LA RECEVABILITE :

Considérant qu'aux termes de l'article 20 du décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, le CRD peut recevoir les dénonciations des irrégularités constatées avant, pendant et après la passation ou l'exécution des marchés publics et délégations de service public ; que si ces faits caractérisent des violations de la réglementation relative à l'exécution des marchés publics, le Président du CRD saisit le CRD en formation disciplinaire ;

Qu'en application de cette disposition, le Président du CRD a saisi la Formation disciplinaire des faits d'inexécution des prestations objet du marché, après encaissement d'une avance de démarrage s'élevant à la somme de 7 200 000 F CFA.

SUR LES FAITS :

A la suite de l'avis d'appel d'offres en date du 13 août 2010 du marché susnommé, lancé par la société DDD, le GIE Les Constructeurs a été désigné attributaire provisoire.

Après signature du marché, le 12 octobre 2010, portant sur la livraison de 400 batteries, une avance de démarrage d'un montant de 7 200 000 F CFA a été consentie au GIE Les Constructeurs, en contrepartie d'une caution délivrée par ASKIA Assurances .

Selon DDD, après réception dudit montant, le représentant du GIE Les Constructeurs a refusé de s'exécuter malgré les multiples relances et la lettre de mise en demeure qui lui a été servie le 08 février 2011, prétextant ses « nombreux déplacements » à l'étranger ainsi que la plainte déposée par ses soins à la Division des Investigations Criminelles (DIC) suite à une escroquerie dont il serait victime et qui l'empêcherait d'honorer ses engagements.

Toutefois, DDD attire l'attention du CRD sur le fait que la plainte dont fait cas le représentant du GIE Les Constructeurs a été déposée le 09 février 2011, donc le lendemain de la notification de la lettre de mise en demeure qui lui a été servie.

Finalement, le marché a été résilié le 21 février 2011 et la société Askia Assurances sommée de restituer le montant de l'avance de démarrage perçue.

Devant les difficultés éprouvées pour rentrer dans ses fonds, DDD a confié le contentieux à son conseil juridique avant de saisir l'ARMP pour dénoncer l'attitude du GIE Les Constructeurs « qui a soumissionné en toute mauvaise foi » ainsi que le comportement déplorable de la société Askia Assurances qui refuse de rembourser le montant cautionné, bien que bénéficiant d'un agrément du Ministère chargé des Finances.

C'est la raison pour laquelle DDD a protesté « énergiquement » auprès du CRD, contre les agissements du GIE Les Constructeurs et Askia Assurances.

Pour prouver sa bonne foi, le requérant soutient qu'il avait envoyé un de ses membres aux Etats Unis d'Amérique pour acheter des batteries, objet du marché ; mais que ce dernier est revenu sans lesdits produits.

Le GIE Les Constructeurs soutient avoir été « arnaqué » par Monsieur Modou GUEYE, représentant en Espagne de l'entreprise Productos Naiq pour un montant de 11 000 Euros, raison pour laquelle une plainte a été déposée à la DIC dans le but de rentrer dans ses fonds.

Toutefois, le GIE Les Constructeurs dit regretter l'inexécution des prestations attendues causée par cette situation inattendue, présente ses excuses pour ce manquement à ses obligations contractuelles et espère que le CRD lui fera bénéficier des circonstances atténuantes.

A l'appui de ses déclarations, le GIE Les Constructeurs a produit les pièces suivantes :

- la lettre en date du 06 janvier 2012 adressée au Directeur général de l'ARMP suite à son audition par le CRD,
- Copie de la plainte du GIE Les Constructeurs en date du 08 février 2011 adressée à la DIC,
- Copie du marché de commande portant acquisition de batteries signé entre le GIE Les Constructeurs et Productos Naiq 2005 S.L,
- Copie d'une facture de 22 000 euros émise au nom de Papa Abdoulaye Ndoye,

- Copie de la sommation interpellative de Maître Ndeye Tègue FALL LO, adressée au GIE Les Constructeurs valant commandement de payer la somme de 7 200 000 F CFA,

AU FOND :

Considérant qu'il n'a pas été contesté que le GIE Les Constructeurs a signé avec DDD un marché à prix unitaires non révisables et non actualisables pour la fourniture de batteries sur une durée de douze (12) mois et que les prestations prévues au titre dudit contrat n'ont pas été exécutées ;

Considérant qu'en application de la clause 5 dudit marché, le Gie Les Constructeurs a sollicité et obtenu de l'autorité contractante, une avance de démarrage pour un montant de 7 200 000 F CFA contre présentation d'une caution en bonne et due forme délivrée par Askia Assurances ;

Considérant qu'à la suite de la résiliation du contrat litigieux, l'autorité contractante a fait appel à la caution pour rentrer dans ses fonds, mais elle a été confrontée à des lenteurs, de la part de la caution, pour le remboursement des fonds remis au titre de l'avance de démarrage ;

Considérant toutefois que suite à l'intervention du CRD, la société Askia Assurances a décidé de procéder à la radiation de la procédure contentieuse initiée et de rembourser à DDD les sommes perçues par le GIE Les Constructeurs, au titre de l'avance de démarrage ;

Considérant, par lettre du 29 décembre 2011, qu'Askia Assurances a informé l'ARMP du règlement desdites sommes par chèque ICB n° 0212 940 daté du 21 décembre 2011 ;

Que par conséquent, il convient de relever in fine, qu'Askia Assurances s'est acquittée de ses obligations lui incombant au titre de la caution fournie ;

Considérant cependant, qu'il ressort des clauses 4 et 7 du contrat litigieux que les prestations projetées sont prévues pour une durée d'un an à compter du 12 octobre 2010 et que tout retard de livraison entraîne de facto, le paiement de pénalités de retard fixé à 0,5% de la valeur de chaque commande ;

Considérant qu'à cet égard, l'inexécution du marché a causé un préjudice certain à l'autorité contractante du fait de la sensibilité et de la complexité du secteur des transports dans lequel elle évolue et qui nécessite une disponibilité des pièces de rechange pour assurer la continuité ainsi que la bonne marche du service public ;

Considérant que pour prouver sa bonne foi, relativement à l'inexécution du marché, le GIE Les Constructeurs déclare avoir été « arnaqué » par son fournisseur basé en Espagne, ce qui a engendré la situation d'insolvabilité de l'entreprise ;

Considérant toutefois que selon les dispositions de l'article 62 du Code des obligations de l'Administration modifié, le cocontractant de l'autorité contractante est tenu d'exécuter les obligations lui incombant ;

Considérant également qu'hormis le cas de force majeure ou le fait de l'autorité contractante qui peuvent constituer des justificatifs valables en cas d'inexécution totale ou partielle des obligations du titulaire, l'article 89 du Code des obligations de l'Administration n'a pas retenu une autre clause limitative de l'obligation d'exécution ;

Considérant qu'en l'espèce, le manquement observé ne peut être imputable qu'au titulaire du marché et doit être sanctionné sous la forme d'exclusion temporaire, en référence à l'article 23 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP ;

Qu'en considération de ces faits, notamment de l'inexécution de ses obligations contractuelles, il convient de prononcer l'exclusion pour une période déterminée du GIE Les Constructeurs des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat et ordonner le paiement d'indemnités pour le préjudice subi par l'autorité contractante ;

DECIDE :

- 1) Reçoit le Président en sa saisine ;
- 2) Constate que Askia Assurances a finalement remboursé la somme décaissée au profit du GIE Les Constructeurs au titre de l'avance de démarrage ; à cet égard,
- 3) Dit que Askia Assurances s'est acquittée de ses obligations ;
- 4) Dit que les raisons avancées par le GIE Les Constructeurs pour justifier l'inexécution des prestations dues au titre du contrat ne peuvent pas être retenues comme des circonstances atténuantes, en référence aux dispositions de l'article 89 du Code des obligations de l'Administration modifié,
- 5) Constate que le défaut d'exécution du marché par le GIE Les Constructeurs a causé un préjudice à l'autorité contractante ; par conséquent,
- 6) Par application des dispositions des articles 30 du Code des obligations de l'administration modifié, 147 et 148 du Code des marchés publics et 23 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, exclut le GIE Les Constructeurs des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat lancés au Sénégal pour une période de trois (3) ans à compter de la date de notification de la présente décision ;

- 7) Dit que la présente décision est étendue au responsable du Gie Les Constructeurs ;
- 8) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au Gie Les Constructeurs, à Dakar Dem Dikk et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Comité de Règlement des Différends (CRD)

Président

Abdoulaye SYLLA

Membre du CRD

Abd'EI Kader NDIAYE

Membre du CRD

Ndiacé DIOP

Membre du CRD

Mamadou DEME

Directeur général / Rapporteur

Saër NIANG