AVIS N° 013/11/ARMP/CRD DU 07 SEPTEMBRE 2011 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE D'AVIS DE LA COUR DES COMPTES RELATIVEAUX MODALITES DE CALCUL DES PENALITES DE RETARD.

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES,

Vu la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code d es Obligations de l'Administration modifiée par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 en se s articles 30 et 31 ;

Vu le décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant C ode 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/CR du 19 mai 2008 porta nt règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre n°762CC/SG/SAGE du 18 Juillet 2011 du Président de la Cour des Comptes;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Oumar SARR, Conseiller juridique, présentant les faits 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 MM. Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP assurant le secrétariat du CRD, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques 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, les faits et moyens exposés

ci-après :

Par lettre du 18 Juillet 2011, enregistrée le 19 Juillet 2011, sous le numéro 738, au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la Cour des Comptes a saisi le CRD pour être édifiée sur les modalités de calcul des pénalités devant être appliquées suite à un retard accusé par MATFORCE dans l'exécution d'un marché d'acquisition de matériels roulants.

SUR LA RECEVABILITE DE LA SAISINE

Considérant que le 18 Juillet 2011, par lettre n°76 2CC/SG/SAGE, la Cour des Comptes a saisi le CRD pour avis sur les modalités de calcul des pénalités de retard ;

Considérant qu'aux termes de l'article 2.5 du décret n°2007-545 du

25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, celle-ci est également chargée de veiller, par ses avis et recommandations, à l'application de la réglementation et des procédures relatives à la passation des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat et des documents standards et contribuer à la promotion d'un environnement transparent favorable au jeu de la concurrence et au développement des entreprises et de compétences nationales stables et performantes ;

Considérant qu'à ce titre, l'ARMP peut être saisie par toute autorité contractante, tout candidat ou titulaire de marchés pour avis sur l'application, le sens ou la portée de la réglementation et des procédures relatives à la passation des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat, des documents standards, ou des décisions relatives aux procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics ;

Considérant que le recours à une telle demande n'est soumise à aucune condition de délai et de forme ;

Considérant que la saisine du CRD est en ce cas recevable ;

LES FAITS

Suite à une procédure d'appel d'offres, par acte en date du 22 septembre 2010, enregistré le 19 octobre 2010, la Cour des Comptes a passé avec MATFORCE un marché de fournitures relatif à l'acquisition de quatre (4) véhicules berlines cinq (5) portes de puissance fiscale 9 à 11 CV. Le marché, approuvé le 28 septembre 2010, a été notifié au cocontractant le 13 octobre 2010.

Le 18 octobre 2010, les parties ont conclu un avenant au marché augmentant la masse initiale d'un véhicule supplémentaire. L'avenant a été approuvé le 22 octobre 2010 et a été notifié au cocontractant le 03 novembre 2010.

MATFORCE n'ayant pas exécuté le marché dans les délais contractuels prévus à cet effet, la Cour des Comptes a décidé d'appliquer des pénalités de retard.

Toutefois, des divergences sont apparues relatives, d'une part, à l'assiette des pénalités encourues (l'une des parties suggérant comme base de calcul le montant hors taxes du marché, l'autre préconisant l'inclusion des taxes dans le montant des pénalités), et, d'autre part, au décompte de la durée du retard accusé. L'autorité contractante a saisi le CRD pour avis.

ELEMENTS FOURNIS A L'APPUI DE LA DEMANDE

A l'appui de sa demande d'avis, la Cour des Comptes a soutenu que :

1) le marché, notifié le 13 Octobre 2010, a été reçu par MATFORCE le 19 Octobre 2010 ;

2) l'avenant, notifié le 3 Novembre 2010, a été reçu par MATFORCE le 5 Novembre 2010 ;

3) le délai de livraison contractuel étant de trente (30) jours à partir de la notification du marché, ainsi, la date de réception des véhicules objet du marché principal est le 19 novembre 2010 et celle du véhicule objet de l'avenant le 5 Décembre 2010.

4) en exécution du marché principal et de l'avenant, sur un total de Cinq (5)véhicules, deux (02) véhicules ont été livrés le 23 Novembre 2010, les trois (03) véhicules restants, le 9 Mai 2011, soit un retard de 170 jours et 153 jours par rapport aux délais contractuels résultant, d'une part, du marché, d'autre part, de l'avenant.

5) conformément aux articles 3 et 5 du marché n° F0 837/10 et des articles 3 et 4 de l'avenant F0919/10, une pénalité de 1/1000 doit être appliquée par jour de retard sur la valeur du véhicule non livré dans les délais contractuels.

OBJET DE LA DEMANDE

Il ressort des faits ci-dessus exposés que la demande a pour objet :

1) la détermination de l'assiette des pénalités encourues,

2) les modalités du délai de retard accusé.

EXAMEN DE LA DEMANDE

1) Sur la détermination de l'assiette des pénalités encourues :

Considérant qu'aux termes de l'article 131du Code des marchés publics, pour assurer le respect des délais contractuels, les marchés doivent prévoir une clause de pénalités pour retard dont le montant est fixé, pour chaque catégorie de marchés, dans les cahiers de clauses administratives générales (CCAG) ;

Considérant que, dans le cas d'espèce, il est stipulé à la clause 41 du Cahier des clauses administratives, prévoyant l'application des pénalités, que « sous réserve des dispositions de la clause 31 du CCAG (relative aux impôts, taxes et droits), si le titulaire ne livre pas l'une quelconque ou l'ensemble des fournitures ou ne rend pas les services prévus dans les délais spécifiés dans le marché, l'Autorité contractante, sans préjudice des autres recours

qu'elle détient au titre du marché, pourra déduire du prix du marché, à titre de pénalités, une somme équivalant au pourcentage stipulé dans le CCAP du prix des fournitures livrées en retard ou des services connexes non réalisés, pour chaque semaine ou fraction de semaine de retard, jusqu'à la livraison ou la prestation effective, à concurrence d'un montant du marché indiqué dans le CCAP. Lorsque ce maximum sera atteint, l'Autorité contractante pourra résilier le marché en application de la clause 34 du CCAG »

Considérant qu'à la clause 26 des Clauses du Cahier administratives particulières

(CCAP) visée par la clause ci-dessus précitée du CCAG, « la pénalité de retard s'élèvera à 1/1000 par jour de retard sur la valeur des articles qui ne seraient pas livrés dans les délais contractuels » ;

Considérant qu'il résulte de ces stipulations qu'en cas de retard dans la livraison des fournitures ou prestations, qu'il s'agisse de l'ensemble des fournitures ou d'une tranche pour laquelle la date limite a été fixée à un mois à compter de la notification du marché, avenant y compris, une pénalité journalière de 1/1000 du montant de l'ensemble du marché ou de la tranche considérée ; que ce montant est calculé sous la réserve prévue à la clause 41 du CCAG relative aux droits, impôts et taxes ;

Qu'en considération de ces éléments, l'assiette des pénalités est la valeur des fournitures non livrées dans les délais contractuels sans les droits, impôts et taxes qui ne font pas partie du prix versé au titulaire du marché ;

2) Sur les modalités de calcul du délai de retard accusé :

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 132 du Code des marchés publics, sauf disposition contraire du marché, « les pénalités pour retard sont appliquées sans mise en demeure préalable, sur la simple confrontation de la date d'expiration des délais

contractuels d'exécution et de la date de réception » ;

Qu'aux termes de l'article 4 alinéa 16 du Code des Marchés Publics, modifié par le décret n°2011-04 du 06 janvier 2011 : « Sauf précision contraire, les délais sont exprimés en jours francs, à savoir en nombre de jours entiers sans inclure dans le délai le jour de son point de départ ni le dernier jour. »

Considérant que la disposition précitée a pour objet les délais procéduraux ; qu'elles ne concernent pas les autres délais prévus au Code des marchés publics et qui sont calendaires ;

Considérant que , dans le cas d'espèce, la conclusion de l'avenant augmentant la quantité de fournitures à livrer a eu pour effet de faire naître plusieurs délais d'exécution ; qu'ainsi, compte tenu que le délai de livraison contractuel a été fixé à trente (30) jours à compter de la notification du marché approuvé, le délai contractuel expire :

- le 19 novembre 2010 en ce qui concerne le marché principal ;

- le 5 Décembre 2010 pour l'avenant audit marché.

Qu'au regard de ces éléments, il y a lieu de considérer que les délais contractuels résultant du marché, avenant y compris, sont des délais calendaires ; qu'en conséquence, le décompte des jours de retard doit se faire de quantième à quantième sur la base de la confrontation de la date d'expiration des délais contractuels d'exécution et de la date de réception ; en conséquence,

EMET L'AVIS QUI SUIT :

1) Sur la détermination de l'assiette des pénalités encourues :

Dit que l'assiette des pénalités est la valeur des fournitures non livrées dans les délais contractuels sans les droits, impôts et taxes qui ne font pas partie du prix versé au titulaire du marché ;

2) Sur les modalités de calcul du délai de retard accusé :

Dit que le décompte des jours de retard doit se faire de quantième à quantième sur la base de la confrontation de la date d'expiration des délais contractuels d'exécution et de la date de réception ;

3) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au Président de la Cour des Comptes et à MATFORCE le présent avis qui sera publié.

Le Président

Abdoulaye SYLLA

TELECHARGER LE PDF

LES AUTRES AVIS:

Avis n°011/12/ARMP/CRD du 1er aout 2012 du Comité de Règlement des Différends statuant en commission de litiges sur la saisine du CNHU   relative à la suite à donner à un « marché » de restauration.

Avis n°010/12/ARMP/CRD du 1er aout 2012 du Comité de Règlement des Différends statuant en commission de litiges sur la saisine du Ministère de l'Ecologie et de la Protection de la Nature sur la conduite à tenir suite au refus de la DCMP de se prononcer sur les rapports d'évaluation des offres de six (6) marchés.