

**DECISION N°017/09/ARMP/CRD DU 26 FEVRIER 2009
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN COMMISSION LITIGES SUR LA SAISINE DU PROJET DE
DEVELOPPEMENT AGRICOLE DE MATAM (PRODAM II) CONTRE L'AVIS
DEFAVORABLE DE LA DCMP SUR LE RAPPORT D'ANALYSE DES OFFRES ET
SUR LE PROCES VERBAL D'ATTRIBUTION PROVISOIRE DU MARCHÉ DE
TRAVAUX D'AMENAGEMENT DE PERIMETRES IRRIGUES DANS LA REGION
DE MATAM SUR FINANCEMENT FIDA ET BOAD**

**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° 010/UGB/PRODAM II du 07 janvier 2009 de la Direction du Projet de Développement agricole de Matam (PRODAM II) ;

Après avoir entendu le rapport de M. Oumar SARR, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties,

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

De MM. 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 mémoire en date du 07 janvier 2009, enregistrée le 09 janvier 2009, sous le numéro 014/09, au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Directeur du PRODAM II a saisi le Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'avis défavorable de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP) à sa demande d'approbation du rapport d'analyse comparative des offres et du procès verbal d'attribution provisoire du marché de travaux d'aménagement de périmètres irrigués dans la région de Matam sur financement FIDA et BOAD.

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS

Considérant que sur la saisine du CRD qu'elle est fondée sur les dispositions de l'article 139 du Code des Marchés publics qui dispose que si l'Autorité contractante n'accepte pas les avis et recommandations formulés par la DCMP relatifs à la proposition d'attribution du marché, elle ne peut poursuivre la procédure de passation qu'en saisissant l'ARMP ; que cette saisine n'est soumise à aucune condition de délai ;

Qu'en conséquence, le présent recours est recevable et, conformément aux dispositions de l'article 22 du décret n° 2007-546 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, est réglé par la Commission Litiges ;

LES FAITS

Dans le cadre de la mise en œuvre du programme de sécurité alimentaire, sur financement de la Banque Ouest Africaine de Développement (BOAD) et du Fonds international de Développement agricole (FIDA), le PRODAM II a lancé un appel d'offres pour la réalisation des aménagements de périmètres irrigués dans la Région de Matam.

Suite à l'attribution provisoire du marché, le PRODAM II a saisi la DCMP pour avis sur le rapport d'analyse des offres et du procès verbal d'attribution provisoire.

Celle-ci a émis des observations sur le dossier soumis à son avis et demandé au saisissant des éléments d'information notamment sur l'évaluation des offres par le système des points et le refus d'attribuer le lot n°2 au soumissionnaire SINCO dont l'offre a été évaluée conforme et moins disante au motif que celui-ci n'a pas accédé à la demande de réduction du montant de son offre formulée par la Commission.

Au regard des réponses et éléments fournis par le PRODAM notamment l'accord de prêt n°022202056/PR SN 2003 05 00, entre l'Etat du Sénégal et la BOAD, par lettre n°00383/MEF/DCMP du 19 novembre 2008, la DCMP a émis un avis défavorable.

Contestant cet avis, le PRODAM II a saisi le CRD pour régler le différend qui l'oppose à la DCMP.

LES MOYENS DEVELOPPES PAR LE PRODAM II A L'APPUI DE SA SAISINE

Le requérant qui expose avoir communiqué tous les documents relatifs au marché litigieux et fournit des explications complémentaires suite à l'avis défavorable, reproche à la DCMP de se focaliser sur le système de notation par points, la réduction de la consistance des travaux et la non attribution du lot n°2 à l'entreprise SINCO.

Sur chacun de ces points, le PRODAM II soutient :

1. Sur le système de notation, que l'Accord de prêt signé avec les bailleurs de fonds ainsi que les avis sur les procédures applicables étaient de rigueur ; que le bailleur saisi pour avis de non objection a recommandé la notation par point

pour les investissements et l'élimination des candidats n'atteignant pas un seuil prédéfini ;

2. Sur l'attribution du lot n° 2 à l'entreprise SOS ETER au détriment de SINCO, qu'il convient non seulement de relever que le coût moyen de l'hectare de périmètre irrigué aménagé suivant l'offre de SINCO est de F CFA 5 177 000, n'est pas le moins disant, celui proposé par son concurrent, à savoir SOSETER, étant de F CFA 3 648 000, mais encore, une résolution des ministres de l'Agriculture, de l'Economie et des Finances approuvée par le FIDA et la BOAD recommande de ne plus conclure des contrats d'aménagement de périmètres irrigués à 5 000 000 FCFA.

Pour conclure, le requérant expose que l'avis défavorable de la DCMP aurait un impact négatif sur les négociations finales relatives au prêt complémentaire et sur la capacité d'absorption de l'Autorité contractante des crédits d'investissement du secteur rural.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

Suite à l'examen du rapport d'analyse des offres et sur le procès verbal d'attribution provisoire des lots établis par la Commission des marchés, par lettre n°00383/MEF/DCMP du 19 novembre 2008, la DCMP a émis un avis défavorable aux motifs qui suivent :

- l'évaluation des offres a été faite en utilisant un système de points alors que ce système est réservé aux marchés de prestations intellectuelles ; de plus, ce critère n'a pas été préalablement défini dans le dossier d'appel d'offres ;
- l'attribution du lot n° 1 à SOSETER au détriment de SINCO au motif que celui-ci a refusé de diminuer le montant de son offre n'est pas fondée ;
- les offres ne sont plus actuelles en raison de l'allongement de la procédure de passation, entamée depuis le 30 novembre 2006.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il ressort des faits et moyens présentés par les parties que le litige porte sur l'application des procédures résultant des accords de financement.

AU FOND

Considérant que l'avis d'appel d'offres relatif au marché litigieux a été publié courant 2006 puis a fait l'objet de relance en 2007 sous l'empire du décret n°2002-550 du 30 mai 2002 portant Code des Marchés publics ;

Considérant qu'aux termes de l'article 151 alinéa 2 « *les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à concurrence publié antérieurement à la date d'entrée en vigueur du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant nouveau Code des Marchés publics demeurent régis, pour leur passation, par les dispositions du décret n°2002-550* »

Considérant qu'en application de l'article 25 du Code des Obligations de l'Administration qui dispose : « ...*aucune réglementation ou procédure particulière à un acheteur public, à une catégorie d'acheteurs ou à une catégorie de fournitures, services ou travaux ne peut déroger aux règles fixées par le Code des Marchés publics ou prises en application de ce code* », l'alinéa 2 de l'article 2 du décret n°2002-550 précité prévoit que les marchés passés en application des accords de financement ou de traités internationaux sont soumis aux dispositions dudit décret, sous réserve de l'application des dispositions contraires des procédures prévues par lesdits accords ou traités internationaux ;

Considérant que cependant, aux termes de l'article 24 in fine du Code des Obligations de l'Administration, l'application des dispositions contraires résultant des procédures visées par les accords de financement demeure conditionnée, sous peine de nullité, à l'accomplissement des formalités de publicité prescrites et au respect du principe d'égalité de traitement des candidats aux commandes publiques ;

Considérant qu'il en résulte que la soumission de la passation de marchés passés en application d'accord de financement à des règles étrangères au Code des Marchés publics n'absout pas l'Autorité contractante du respect des règles posées par la réglementation nationale relative à la passation des marchés publics ; qu'à cet égard, l'avis de non objection du bailleur ne peut constituer ni une dérogation ni une régularisation des oublis ou irrégularités commises par l'Autorité contractante ;

Considérant qu'en l'espèce l'Autorité contractante se prévaut des règles de procédures d'acquisition des biens, services et travaux financés par un prêt de la Banque Ouest Africaine de Développement (BOAD), notamment la clause 3.5.2, et de l'avis de non objection du bailleur à l'application du système de notation par points pour la sélection des offres ;

Considérant, comme l'a si bien relevé la DCMP, que le principe de l'évaluation des offres par le système des points ne figure, ni dans l'accord de financement, ni dans les règles de procédures de la BOAD ; que cette méthode qui n'a pas fait l'objet de définition préalable dans le dossier d'appel d'offres ne peut valablement ni servir de prétexte à l'Autorité contractante pour ouvrir les plis en deux temps, a fortiori écarter un candidat, ni servir à évaluer les offres des candidats ;

Que d'ailleurs, aux termes de la clause 3.5.2 des Règles de procédure d'acquisition des biens, services et travaux financés par un prêt de la BOAD, de même que l'article 20 alinéa 3 du décret n° 2002-550 précité , « *les critères qui seront appliqués pour l'évaluation des offres doivent être clairement précisés dans les instructions aux soumissionnaires et/ou les spécifications, en particulier la bonification régionale ou nationale* »

Qu'en conséquence, il convient de remettre les soumissionnaires à l'état d'ouverture des plis et de les évaluer conformément aux critères préalablement énoncés dans le dossier d'appel d'offres ;

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la saisine du PRODAM II ;
- 2) Constate que le PRODAM II a fait usage d'un système d'évaluation des offres qui ne figure ni dans les règles de procédure d'acquisition des biens, services et travaux financés par la BOAD, ni dans le dossier d'appel d'offres ;
- 3) Dit qu'en faisant usage du système d'évaluation par attribution de notes chiffrées sans que cela soit préalablement défini dans le Dossier d'Appel d'Offres, l'Autorité contractante n'a pas respecté les formalités de publicité requises des critères de sélection et le principe de transparence des procédures de passation des marchés publics ; en conséquence,
- 4) Annule notamment les décisions d'attribution prises en application de ce critère ;
- 5) Ordonne à l'Autorité contractante, dans le but de sauver la procédure, de reprendre l'évaluation des soumissionnaires en se conformant aux seuls critères préalablement définis dans le dossier d'appel d'offres après prorogation des délais de validité des offres et des garanties y afférentes.
- 6) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier au PRODAM II et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP