

**DECISION N°007/11/ARMP/CRD DU 12 JANVIER 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUITE A L'AVIS DEFAVORABLE DE LA DCMP SUR LA
DEMANDE D'AUTORISATION DU MINISTERE DE L'ECONOMIE MARITIME
D'ELARGIR A DES CABINETS NON COMMUNAUTAIRES, L'APPEL D'OFFRES
RESTREINT PORTANT SUR L'ETUDE PRELIMINAIRE POUR L'EXTENSION DU
PLATEAU CONTINENTAL DU SENEGAL DONT LE FINANCEMENT EST PREVU
SUR LE BUDGET NATIONAL.**

**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 ;

Vu le décret N°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) modifié ;

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

Vu la lettre n° 980/MEM/DAGE/DAA du 14 décembre 2010 du Ministère de l'Economie Maritime, enregistrée le 17 décembre 2010 sous le numéro 860/10 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends ;

Après avoir entendu le rapport de M. Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, rapporteur, présentant la requête du demandeur ;

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

De MM. Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, Oumar SARR, Conseiller juridique, 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 mémoire en date du 14 décembre 2010 du Ministère de l'Economie Maritime (MEM), enregistrée le 17 décembre 2010 sous le numéro 860/10 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Ministère de l'Economie Maritime a saisi le CRD d'une demande d'autorisation de sélectionner des cabinets

étrangers pour les besoins de l'étude portant sur l'extension du plateau continental du Sénégal, dont le financement est assuré par le budget national.

A l'appui de sa demande, le requérant a produit les pièces suivantes :

- une copie de la lettre de la DCMP n° 5183/MEF/DCMP /22 du 5 novembre 2010 ;
- une copie de la lettre du Ministère de l'Economie maritime de la Pêche et des Transports maritimes n°869/MEMPT/DAGE/DAA du 27 octobre 2010 ;
- une copie de la lettre de la DCMP n° 4215/MEF/DCMP /5 du 9 septembre 2010 ;
- une copie de la lettre de la DCMP n°2360/MEF/DCMP /44 du 31 mai 2010 ;
- une copie de la lettre de la DCMP n°1730/MEF/DCMP /40 du 26 avril 2010 ;
- une copie de la lettre du Ministère de l'Economie maritime de la Pêche et des Transports maritimes n°279/MEMPT/DAGE/DAA du 15 avril 2010 ;
- une copie de la lettre de la DCMP n°1140/MEF/DCMP /ms du 25 mars 2009 ;
- une copie de la lettre de la DCMP n°975/MEF/DCMP/ m du 13 mars 2009 ;
- une copie de la lettre de la DCMP n°884/MEF/DCMP/ 34 du 3 mars 2010 ;
- une copie de la lettre du Ministère de l'Economie maritime de la Pêche et des Transports maritimes n°169/MEMPT/DAGE/DAA du 20 mars 2009 ;
- Transports maritimes n°95/MEMPT/DAGE/DAA du 19 février 2010 ;
- une copie de la lettre de la DCMP n° 525/MEF/DCMP/ DCV/BACEP/mad en date du 10 février 2009 ;
- une copie de la lettre du Ministère de l'Economie maritime de la Pêche et des Transports maritimes n°157/MEMPT/DAGE/DAA du 6 février 2009 ;
- une copie de la lettre de la Présidence de la République n°5940/PR/CAB/MEDC/SP du 19 août 2008 ;
- une copie de la lettre de la Présidence de la République n°5782/PR/CAB/MEDC/SP du 13 août 2008 ;
- une copie du rapport de mission de l'Atelier sous régional sur les limites extérieures du Plateau continental au-delà des 200 milles marins ;
- une copie du compte rendu de réunion du 6 août 2008 ;
- une copie du procès verbal d'ouverture des plis de la Manifestation d'intérêt portant sur l'étude préliminaire pour l'extension du Plateau continental ;
- une copie de la Demande de propositions sur l'étude préliminaire pour l'extension du Plateau continental.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant que le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP modifié, en son article 2, donne compétence au CRD à statuer sur les recours relatifs aux litiges opposant les organes de l'Administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation ou d'exécution des marchés publics et délégations de service public ;

Considérant que le MEM a saisi le Comité de Règlement des Différends par lettre en date du 14 décembre 2010, sollicitant l'autorisation de présélectionner des cabinets étrangers dans le cadre du marché relatif à l'étude préliminaire pour l'extension du plateau continental du Sénégal, dont le financement est assuré sur le budget national;

Que le recours n'étant soumis à aucun délai, il doit être déclaré recevable.

LES FAITS

En vue de la saisine de la Commission des Limites du Plateau continental des Nations Unies d'une demande d'extension du plateau continental du Sénégal au-delà des deux cent (200) milles marins, le Ministère de l'Economie Maritime (MEM) a reçu mandat de réaliser une étude préliminaire dont le financement est assuré par les crédits du budget d'investissement 2011.

Après avoir lancé dans le journal « Le Soleil » du 09 juillet 2010 un avis à manifestation d'intérêts, la commission des marchés a déclaré infructueux les résultats de la compétition lors de sa réunion en date du 9 août 2010 ;

Puis, le MEM a sollicité l'avis favorable de la DCMP par lettre en date du 27 octobre 2010 pour ouvrir la compétition à des candidats étrangers.

Après examen, l'organe chargé du contrôle a priori donne un avis défavorable.

Le MEM saisi le CRD d'une demande d'autorisation de procéder par appel d'offres restreint sur la base d'une sélection de cabinets étrangers spécialisés pour ce type de mission.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa demande, le MEM expose qu'à la suite de l'appel à manifestation d'intérêts paru dans le journal « Le Soleil » du 09 juillet 2010, la commission des marchés a reçu deux plis ;

Après évaluation des candidatures, les conclusions ci après ont été dégagées :

1. les qualifications du candidat Pante Entreprise et son personnel ne sont pas conforme sans compter qu'aucune mission similaire n'a été relevée ;
2. la candidature du groupement Tous Travaux Sous Marins (société Sénégalaise) et Abarloa 2 (société Espagnole) n'est pas recevable en référence aux dispositions de l'article 52 du Code des Marchés publics modifié qui réserve la participation aux appels à la concurrence aux seules entreprises communautaires ;

Sur la base de ces conclusions, l'autorité contractante a déclaré infructueux l'avis à manifestation d'intérêts, puis a saisi l'organe chargé du contrôle a priori par lettre en date du 27 octobre 2010 pour procéder à un appel d'offres restreint sur la base d'une présélection de cabinets étrangers ;

A l'appui de sa demande, l'autorité contractante déclare que la réalisation de la mission requiert une expertise avérée qui est inexistante au niveau national, mais disponible dans certains pays comme l'Afrique du Sud, les Etats Unis, le Royaume Uni, le Japon, la Norvège, la France et l'Australie ;

La DCMP a ensuite donné un avis défavorable par lettre datée du 5 novembre 2010 ;
LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

Au motif de son rejet, la DCMP soutient que le décret n°2010-1188 modifiant et complétant le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics qui a été adopté le 13 septembre 2010 a procédé à la suppression du dernier alinéa de l'article 52 initial qui autorisait la participation d'entreprises étrangères aux appels d'offres financés sur le budget national lorsque lesdites prestations ne pouvaient être livrées ou réalisées par des entreprises locales ;

Qu'avec cette modification, aucune dérogation n'était permise pour autoriser la participation d'entreprises étrangères sur les marchés financés sur budget national.

Qu'en conséquence, elle ne pouvait donner un avis favorable à pareille requête.

L'OBJET DU RECOURS :

Il résulte de ce qui précède que la requête susvisée porte sur la demande d'autorisation du MEM d'ouvrir l'accès du marché aux entreprises étrangères non communautaires en dépit des restrictions imposées par l'article 52 nouveau du Code des Marchés publics.

AU FOND :

Considérant que le MEM a lancé dans le journal « le Soleil » dans son édition du 09 juillet 2010, un avis à manifestation d'intérêts pour la réalisation d'une étude préliminaire pour l'extension du plateau continental du Sénégal au-delà des 200 milles marins ;

Qu'après évaluation des deux candidatures reçues, la commission des marchés a déclaré infructueux l'avis à manifestation d'intérêts en raison de l'irrecevabilité de la première offre puisqu'il s'agit d'une entreprise étrangère, et de la non-conformité du deuxième dossier présenté par le candidat PANTE ENTREPRISE ;

Considérant qu'il apparaît des dispositions de l'article 52 nouveau du décret n°2010-1188 du 13 septembre 2010 modifiant et complétant le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics que l'alinéa 2 de l'ancien article 52 n'a pas été repris par le nouvel article, écartant ainsi toute possibilité à l'autorité contractante de recourir à des candidatures étrangères lorsque les prestations demandées ne peuvent pas être réalisées par des entreprises communautaires ;

Qu'en effet, la disposition supprimée ou omise disposait que « toutefois, il peut être dérogé à l'alinéa précédent en application d'accords internationaux ou lorsque qu'il

s'agit de fournitures, travaux ou services ne pouvant être livrés ou réalisés par des entreprises locales » ;

Considérant qu'aux termes de l'article 24 nouveau du Code des obligations de l'Administration, l'acheteur public doit respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ;

Que l'article 28 nouveau dispose que « par dérogation au principe de l'égalité de traitement, une préférence peut être attribuée lors de la passation d'un marché aux offres portant sur des fournitures, services ou travaux d'origine ou de fabrication sénégalaise présentés par une entreprise nationale dans les conditions et limites déterminées par le Code des marchés public et dans le respect des dispositions des traités et accords internationaux conclus par la République du Sénégal »

Considérant qu'en application de cette disposition, la Section 5 du chapitre 2 titre III du Code des marchés, intitulés : « Régimes préférentiels » a prévu à l'article 52 que « la participation aux appels à la concurrence et aux marchés publics de prestations et fournitures par entente directe dont le financement est prévu par les budgets de l'Etat, des établissements publics, des collectivités locales et des sociétés nationales ou sociétés à participation publique majoritaire, est réservée aux seules entreprises sénégalaises et communautaires régulièrement patentées ou exemptées de la patente et inscrites au registre du commerce et du crédit mobilier ou au registre des métiers au Sénégal ou dans l'un desdits Etats » ;

Considérant qu'il ressort de ces articles que la dérogation prévue à l'article 28 du Code des obligations de l'Administration et, à son application, par l'article 52 du Code des marchés publics, ne s'applique pas :

- 1) lorsqu'un accord international y déroge ; ou,
- 2) lorsqu'à contrario, les fournitures, services ou travaux ne sont pas d'origine ou de fabrication sénégalaise présentés par une entreprise nationale ou communautaire, autrement dit lorsque les fournitures, travaux ou services objet de la commande publique ne peuvent pas être livrés ou réalisés par des entreprises locales ;

Que donc la disparition de l'alinéa 2 de l'article 52 ancien, que tout semble laisser croire qu'il s'agit d'une omission car ni les travaux préparatoires aux modifications apportées au Code ni le rapport de présentation du nouveau décret ne l'ont évoqué dans le sens de sa suppression, ne peut faire échec aux dispositions de l'article 28 du Code des obligations de l'Administration qui elles mêmes constituent une dérogation aux principes de la liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ;

Que surabondamment, même si l'avis de la DCMP serait fondé, force est de constater que lui donner application risquerait de créer un blocage relativement à l'exécution de certains projets et programmes dont la mise en œuvre ne peut être réalisée par des entreprises nationales, ce qui constituerait une atteinte à la vocation du code qui est de faciliter aux autorités contractantes l'acquisition des biens ou la

réalisation de service ou travaux en vue de la satisfaction de besoins d'intérêt général ;

Qu'une telle autorisation ne serait pas contraire aux principes fondamentaux applicables aux achats publics énoncés à l'article 24 du Code des obligations de l'Administration modifié, notamment à savoir, la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures ;

Qu'à cet égard,

DECIDE :

- 1) Constate que le marché susvisé est financé sur les crédits du budget d'investissement 2011 du Ministère de l'Economie Maritime ;
- 2) Dit qu'en vertu de l'article 28 du Code des obligations de l'administration, la suppression ou l'omission de l'alinéa 2 de l'article 52 ancien ne constitue pas un empêchement au recours aux entreprises étrangères lorsque les fournitures, travaux ou services objet de la commande publique ne peuvent pas être livrés ou réalisés par des entreprises locales ;
- 3) Dit que, dans le cas d'espèce, il y a lieu d'autoriser la participation d'entreprises étrangères pour le marché concerné qui ne peut être livré ou réalisé par des entreprises locales ;
- 4) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier au Ministère de l'Economie Maritime et à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA