

**DECISION N°062/09/ARMP/CRD DU 16 JUILLET 2009
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE DU PROJET D'APPUI AU DEVELOPPEMENT
RURAL EN CASAMANCE (PADERCA) D'ETRE AUTORISE A POURSUIVRE LA
PROCEDURE DE PASSATION DU MARCHÉ DE RECRUTEMENT D'UN OPERATEUR
SPECIALISE EN GESTION DES RESSOURCES NATURELLES ET D'EDUCATION
ENVIRONNEMENTALE EN BASSE ET MOYENNE CASAMANCE, LA DCMP S'ETANT
ABSTENUE DE DONNER SON AVIS POUR SAISINE TARDIVE**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION DES
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°00329/MAP/PADERCA/CN/SPM du 15 juin 2009 du PADERCA ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Oumar SARR, présentant les moyens et les conclusions du demandeur ;

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

De MM. Youssouf SAKHO, Directeur Général de l'ARMP, 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 en date du 15 juin 2009, enregistrée le 22 juin 2009 sous le numéro 405/09 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD), le Coordonnateur du PADERCA a saisi le CRD d'une demande d'autorisation de poursuivre la procédure de passation du marché relatif au recrutement d'un opérateur spécialisé en gestion des ressources naturelles et d'éducation environnementale en basse et moyenne Casamance.

SUR LA SAISINE DU CRD

La saisine du PADERCA se fonde sur les dispositions des articles 139 du Code des Marchés publics et 22 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, qui donnent compétence au CRD de régler les litiges entre les organes de l'Administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation ou d'exécution des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat ; qu'à cet égard, la saisine n'étant enfermée dans aucun délai, sauf dans le cas où l'avis concerne la décision d'attribution, elle doit être déclarée recevable.

LES FAITS

Dans le cadre de la mise en œuvre des actions de gestion des ressources naturelles et de l'environnement, le PADERCA a lancé, courant novembre 2007, un appel à manifestation d'intérêt pour le recrutement d'un opérateur spécialisé. La consultation qui a suivi a été déclarée infructueuse par la Banque Africaine de Développement (BAD), bailleur de fond du projet, le 07 juillet 2008.

Le 03 décembre 2008, suite à la relance, la BAD a émis un avis de non objection à l'attribution du marché.

Le 17 mars 2009, le dossier a été soumis à la DCMP par le Ministre chargé de la tutelle du PADERCA, pour avis avant approbation par le Ministre de l'Economie et des Finances.

Par lettre en date du 04 juin 2009, la DCMP a déclaré n'être pas en mesure d'émettre un avis.

Par lettre en date du 15 juin 2009, le PADERCA a saisi le CRD en contestation de la décision de la DCMP et sollicité la poursuite de la procédure.

LES MOYENS PRESENTES PAR LE SAISSANT

A l'appui de sa demande, par rapport au motif invoqué par la DCMP, et tiré du non respect de l'obligation de soumettre le dossier à la revue de la DCMP, le requérant expose que :

- la procédure de recrutement a été initiée en novembre 2007, avant même que le ministère de rattachement du projet ne soit doté d'une Commission des marchés ;
- la vulgarisation tardive du nouveau Code des Marchés publics à Ziguinchor a influé sur la mise œuvre dudit code ;
- l'avis de non objection du bailleur de fonds a été obtenu ;
- la relance a été autorisée par le bailleur de fonds après qu'il ait déclaré la demande de proposition infructueuse par lettre n°OSAN 2/LT/MA D/2008/07/ 033 du 01^{er} juillet 2008 ;
- la relance a été faite conformément à l'accord de prêt conclu entre l'Etat du Sénégal et la BAD en application du paragraphe 1 de la Section 7.03 ;
- l'avis d'attribution provisoire du marché a été publié dans le quotidien « Le Soleil » du 26 février 2009 ;
- la reprise de la procédure serait préjudiciable aux objectifs du projet dont la clôture est prévue dans deux ans et demi.

MOTIFS DE L'AVIS DE LA DCMP

Par avis en date du 17 juin 2009, la DCMP a déclaré n'avoir pas été mise dans les conditions d'exercer sa mission de contrôle a priori au motif que le dossier du marché concerné lui a été soumis après déroulement de la procédure ; qu'elle n'est donc pas en mesure d'émettre un avis

pour cette raison et pour les manquements substantiels constatés dans le dossier et mentionnés dans sa lettre en date du 11 mai 2009, à savoir :

- la reprise de la procédure déclarée infructueuse sans l'avis préalable de la DCMP en violation des dispositions de l'article 64.7 du Code des Marchés publics ;
- l'absence de publication de l'avis d'attribution provisoire, mettant ainsi les candidats dans l'impossibilité d'apprécier le délai de recours gracieux de cinq (5) jours imparti par l'article 86 du Code des Marchés publics pour saisir la personne responsable du marché ;

OBJET DU LITIGE

Il ressort des faits, moyens et motifs présentés par les parties que le litige porte :

- d'une part, sur le caractère obligatoire ou subsidiaire de l'avis de la DCMP par rapport à l'avis de non objection du bailleur de fonds ;
- d'autre part, sur les manquements relatifs au défaut de publication de l'avis d'attribution provisoire, au recours à la procédure d'appel d'offres restreint et à la déclaration d'infructuosité de la demande de proposition sans l'avis préalable de la DCMP.

AU FOND

Considérant qu'il est constant que le 26 février 2009, l'autorité contractante a fait publier l'avis d'attribution provisoire du marché dans le quotidien « Le Soleil » ; que courant mai 2009, le dossier et le projet de marché litigieux ont été soumis à la DCMP aux fins d'approbation par le Ministre de l'Economie et des Finances ;

Qu'après réception dudit dossier et par lettre en date du 04 juin 2009, la DCMP l'a fait retourner à l'autorité saisissante sans son avis pour les motifs ci-dessus évoqués ;

Considérant que la procédure litigieuse a été lancée courant 2007 sous l'empire de l'ancien Code des Marchés publics ; que la demande de proposition a été déclarée infructueuse et la relance effectuée après l'entrée en vigueur du nouveau Code des Marchés publics ;

Considérant qu'aux termes de l'article 151.2 du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics, seuls les marchés notifiés ou pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à concurrence publié antérieurement à la date d'entrée en vigueur dudit décret demeurent régis, pour leur passation, par les dispositions du décret n° 2002-550 du 30 mai 2002 portant Code des Marchés publics » ;

Qu'en application de cette disposition et du fait que le marché a fait l'objet de relance après l'entrée en vigueur du nouveau Code des Marchés publics, celui-ci est applicable audit marché en ce qui concerne sa relance ;

Qu'à cet égard, même si aux termes de l'article 79 du nouveau Code des Marchés publics, l'appel d'offres restreint est le principe pour les marchés d'études, il est constant que pour déclarer la demande de proposition infructueuse, l'autorité contractante doit au préalable consulter la DCMP ; que n'ayant pas satisfait à cette obligation, ni à celle de soumettre le dossier d'appel à concurrence à l'avis de la DCMP avant le lancement de la procédure de passation, l'autorité contractante a violé les dispositions des articles 64 et 138 du Code des Marchés publics ;

Que cependant, la décision de ne pas émettre un avis ou de rejeter le dossier du projet concerné risque de compromettre ledit projet dans une de ses composantes;

Que sur la foi de l'avis de non objection de l'organisme de financement, qui ne dispense pas, du reste les autorités contractantes de l'obligation de requérir les autorisations, visa et avis préalables exigés en vertu de la réglementation nationale, le marché n'étant pas encore

approuvé, la DCMP peut procéder, à titre exceptionnel, à l'examen du rapport d'analyse comparative des offres et du procès verbal d'attribution provisoire du marché établis par la commission des marchés ;

Qu'en conséquence, il convient d'autoriser celle-ci à examiner le dossier sur la base de la grille d'analyse en vigueur sous réserve de l'inexistence de déviations substantielles dans la demande de propositions ;

Qu'à cet effet, la DCMP ne sera soumise à aucun délai de rigueur imposé pour la revue a priori sans toutefois que cette dérogation ne puisse justifier un allongement inconsidéré de son intervention.

DECIDE :

- 1) Reçoit PADERCA en sa saisine ;
- 2) Constate le non respect par le requérant de l'obligation de revue a priori et de celle de consulter la DCMP avant de déclarer la demande de proposition infructueuse ;
- 3) Dit que cependant, la décision de ne pas émettre un avis ou de rejeter le dossier concerné risque de compromettre ledit projet dans une de ses composantes ;
- 4) Dit que sur la foi de l'avis de non objection de l'organisme de financement, le marché n'étant pas encore approuvé, ni exécuté, la DCMP peut procéder à l'examen du dossier en vue d'émettre un avis sur le rapport d'analyse comparative des offres et sur le procès verbal d'attribution provisoire du marché établis par la Commission des marchés sous réserve de l'inexistence de déviations substantielles dans la demande de propositions ; à cet égard,
- 5) Dit qu'il convient d'autoriser la DCMP à examiner le dossier sur la base de la grille d'analyse en vigueur ; qu'à cet effet, elle ne sera soumise à aucun délai de rigueur imposé du fait de la revue a priori ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à PADERCA et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP