

**DECISION N°142/11/ARMP/CRD DU 27 JUILLET 2011  
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN  
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE DU MINISTERE DE  
L'ENTREPRENARIAT FEMININ ET DE LA MICROFINANCE SOLLICITANT  
L'AUTORISATION DE POURSUIVRE LA PROCEDURE DE PASSATION DU  
MARCHE RELATIF AU RECRUTEMENT D'UN CABINET CONSEIL POUR LE  
RENFORCEMENT DES CAPACITES TECHNIQUES ET STRATEGIQUES DE  
L'UNITE DE GESTION « APPUI AU DEVELOPPEMENT DU SYSTEME FINANCIER  
MOBILE BANKING » CONCLU AVEC PLANET FINANCE.**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION  
LITIGES,**

Vu la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, modifiée par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006, notamment en ses articles 30 et 31 ;

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, modifié ;

Vu la décision n° 0005/ARMP/CR du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre n°00282/MEFMF/DMF du 14 juillet 2011 du DAGE du Ministère de l'Entrepreneuriat Féminin et de la Microfinance (MEFMF) ;

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, de MM Abd'El Kader N'DIAYE, Ndiacé DIOP et Mamadou DEME, 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 :

Par lettre du 14 juillet 2011, reçue le même jour au Service du Courrier de l'ARMP, enregistrée le 18 juillet 2011, sous le numéro 737/11, au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le MEFMF a saisi le CRD pour être autorisé à poursuivre la procédure de passation du marché passé avec le consultant Planet Finance pour accompagner la Direction de la Microfinance dans la mise en œuvre du projet Mobile banking.

## **LES FAITS**

En exécution de l'accord intergouvernemental conclu le 24 décembre 2009 entre le Gouvernement du Sénégal et celui de la République fédérale d'Allemagne, le 15 décembre 2010, il a été conclu entre le premier, représenté par le Ministre de l'Economie et des Finances, et le deuxième, représenté par la Frankfurt am Main (KfW), un accord de financement du projet « *Appui développement du système financier Mobile banking* » ayant pour objet l'extension de l'offre de services et produits de microfinance en zone rurale.

Selon le contrat, dans le cadre de la réalisation du projet, le bénéficiaire doit se faire assister par un consultant local ou étranger. Aussi, a-t-il été prévu le recrutement d'un bureau de consultants pour lequel, les parties ont convenu d'apporter leur contribution. La KfW s'est engagée à hauteur d'Un (1) million d'euros, et la partie sénégalaise, à hauteur de Trois cent vingt huit millions (328 000 000) FCFA imputable au budget consolidé d'investissement pour une durée de trois (3) ans.

En exécution de cet accord, la Direction de la Microfinance, agissant pour le compte et au nom du Ministère de l'Entrepreneuriat féminin et de la Microfinance, a passé un marché avec le Cabinet Planet Finance et a saisi la DCMP pour avis sur ledit marché.

Par lettre en date du 07 juillet 2011, la DCMP a signifié à la Direction de la Microfinance un avis défavorable à l'attribution du marché et à la continuation de la procédure.

La DMF a saisi le CRD pour être autorisée à poursuivre la procédure de passation du marché conclu avec Planet Finances qui a déjà déployé son équipe au Sénégal et commencé l'exécution du projet depuis le 09 juin 2011.

L'autorité contractante prétendant que l'exécution du projet a démarré et le CRD étant incompétent pour connaître des litiges qui naîtraient de l'exécution ou de l'interprétation des marchés qui relève de la compétence du juge des contrats.

Dès lors, le CRD doit au préalable examiner sa compétence avant de statuer sur sa saisine.

## **SUR LA COMPETENCE DU CRD**

Considérant que, sur la compétence du CRD, aux termes de l'article 82 alinéa 2 du Code des marchés publics et de l'article 22 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des marchés publics (ARMP), le CRD est compétent pour connaître des irrégularités constatées par les candidats aux procédures de passation des marchés publics, des litiges entre les organes de l'administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation des marchés publics et de la décision de refus d'approuver le marché ;

Considérant qu'aux termes des articles 43 et 44 du Code des Obligations de l'Administration, le marché est conclu par approbation de l'attribution provisoire ; que lorsque cette approbation relève d'une autorité administrative autre que celle qui contracte, le marché ne peut produire effet qu'après accomplissement de cette formalité, l'acte d'approbation étant matérialisé par la signature de l'autorité compétente à ce titre ;

Considérant que relativement au marché litigieux, il résulte de l'attestation de crédit versée au dossier que son montant est évalué à un million d'euros ; qu'au regard de son montant, en vertu des dispositions de l'article 29 susvisé, un tel marché est soumis à l'approbation du Ministre de l'Economie et des Finances ;

Qu'à cet égard, l'autorité contractante n'a pas justifié que cette autorité a approuvé le marché signé par la personne désignée es qualité de responsable du marché ;

Que, par ailleurs, il ressort du compte rendu de réunion du Comité de Coordination et de Suivi-1, tenue le 07 juillet 2011, à la page 6, la mention suivante :

*« Avis de non objection émis par la KfW-siège et par le Ministère de l'Entrepreneuriat féminin et de la Microfinance. Dossier situé actuellement au niveau de la Direction centrale des marchés publics (DCMP) pour approbation. Le délai de rigueur au niveau de la DCMP étant de dix (10) jours minimum, la DMF a décidé d'accélérer la procédure en adressant directement le 11 juillet une correspondance au Ministre de l'Economie et des Finances avec le contrat signé par le Ministre de l'Entrepreneuriat féminin et de la Microfinance. L'avis favorable de la DCMP sera requis une fois les signatures des ministères de tutelle apposées, puis le contrat transmis à Planet Finance ».*

Considérant qu'il ressort de la mention ci-dessus que le Ministère de l'Economie et des Finances n'a pas approuvé le contrat à la date du 7 juillet 2011 ;

Qu'en l'absence de toute approbation du projet de marché signé par la personne responsable dudit marché, le marché n'est pas encore conclu, la procédure de passation du marché n'est pas achevée au sens de l'article 43 du Code des obligations de l'Administration ;

Que dans ce contexte, il paraît difficilement soutenable de faire admettre que l'exécution du marché a commencé le 9 juin 2011 ;

Que dès lors, le CRD est compétent pour connaître du présent litige qui oppose l'autorité contractante à l'organe de contrôle sur des irrégularités entachant la procédure de passation du marché concerné ;

### **SUR LA RECEVABILITE DE LA SAISINE**

Considérant que, sur la recevabilité de la saisine de l'autorité contractante, aux termes de l'article 81.4 du Code des marchés publics, lorsque l'autorité contractante n'accepte pas les recommandations formulées par la DCMP relatives à la proposition d'attribution du marché, elle peut saisir le CRD dans un délai de trois (3) jours suivant la réception de ces recommandations ;

Considérant que par lettre n°003071/MEF/DCMP/19 du 07 juillet 2011, la DCMP a signifié son avis sur le dossier d'attribution du marché à l'autorité contractante qui l'a reçu le 08 juillet 2011 : que cette dernière a saisi le CRD par lettre en date du 14 juillet 2011 ;

Considérant qu'il résulte de ces constatations que la saisine du CRD a été faite dans les forme et délai prescrits par l'article 81.4 susvisé ; qu'il convient de la déclarer recevable.

## **MOYENS PRESENTES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE**

L'autorité contractante a reconnu que les manquements relevés par la DCMP, à savoir le non respect des formalités de publicité prescrites et l'inobservation des procédures de contrôle a priori, résultent, de sa part, d'une méconnaissance de certaines dispositions du Code des marchés publics.

Elle a déclaré s'être, par contre, conformée aux règles du bailleur de fonds qui a émis un avis de non objection à l'attribution du marché au Cabinet Planet Finances.

Elle a, enfin, soutenu qu'en raison du démarrage de l'exécution du marché, de l'interopérabilité entre les opérateurs télécommunication et les institutions financières, un arrêt ou même une suspension de la procédure entrainerait une perturbation de l'ensemble du secteur financier.

Pour ces raisons, elle a sollicité du CRD l'autorisation de poursuivre les activités du projet.

## **MOTIFS DONNES PAR LA DCMP A L'APPUI DE SA DECISION**

Au soutien de son avis défavorable à la procédure d'attribution du marché à Planet Finances, par lettre en date du 07 juillet 2011 adressée à l'autorité contractante, la DCMP a relevé que :

- le projet de marché litigieux, soumis à son avis, ne figure pas dans le plan de passation communiquée par l'autorité contractante et publiée par la DCMP ;
- la procédure de passation a été conduite en violation des règles de contrôle a priori qui ont été totalement ignorées ;
- les formalités de publicité requises relatives à l'avis à manifestation d'intérêt pour la pré-qualification des candidats n'ont pas été observées.

## **OBJET DU LITGE**

Il ressort des développements qui précèdent que le litige porte sur l'inobservation des formalités de publicité et des procédures de contrôle a priori.

## **EXAMEN DU LITIGE**

### 1) Sur l'applicabilité de la réglementation nationale :

Considérant que l'article 3 du Code des marchés publics dispose que les marchés passés en application d'accords de financement ou de traités internationaux sont soumis aux dispositions du code, sous réserve de dispositions contraires résultant des procédures prévues par lesdits accords ou traités internationaux ;

Considérant que l'autorité contractante se prévaut de l'accord de financement conclu le 15 décembre 2010 entre l'Etat du Sénégal, représenté par le Ministre de l'Economie et des Finances, et KfW qui prévoit, en sa clause 6.1b), que le bénéficiaire du financement passera, conformément aux « Règles pour l'attribution de marchés de fournitures et de services dans le cadre de la coopération financière avec les pays en développement », les marchés pour les fournitures et services à financer par l'apport financier par appel d'offres public ;

Considérant que les Règles susvisées définissent les critères à appliquer pour le recrutement de consultants pour aider à la préparation et la réalisation des projets

dans le cadre de la coopération financière Allemande ; qu'à cet effet, elles fixent les conditions assurant une concurrence transparente, loyale et garantissant l'égalité des chances de tous les consultants candidats ;

Qu'en son annexe 2, intitulé « *Droits d'information et d'approbation de la KfW* », il est fait obligation au promoteur (responsable) du projet de présenter à la KfW, en temps utile, avant d'entamer la procédure d'attribution, les documents et renseignements suivants pour approbation :

- particularités locales et règles juridiques locales s'appliquant à la procédure d'attribution ;
- projet des termes de référence ;
- calendrier de la procédure d'attribution ;
- évaluation des coûts des prestations de consultant ;
- calendrier prévu pour la réalisation des prestations du consultant ;
- projet de contrat de consultant dans lequel sont prises en compte :
  - les particularités locales et le droit applicable pour l'élaboration des contrats de consultant ;
  - les prestations de contrepartie gratuites du promoteur ou responsable du projet (telles que la mise à disposition de bureaux, véhicules, équipements, personnels)
  - l'autorisation et les conditions préalables pour l'exonération des droits de douane, impôts et taxes dans le pays du promoteur du projet pour les prestations du consultant ;
  - la forme du contrat (rémunération sur justificatif ou rémunération forfaitaire).

Considérant qu'au regard de ces stipulations, en l'absence de tout élément produit au dossier justifiant des réserves formulées par le bailleur sur l'application des règles juridiques locales, celles-ci s'appliquent à la procédure d'attribution en ce qui concerne l'organisation de la procédure de passation, l'ouverture des plis, l'évaluation des offres, le choix de l'attributaire et les contrôles prévus a priori et a posteriori ;

Que, dans ce contexte, le respect des procédures du bailleur de fonds ne sont pas exclusives de celles du pays du promoteur du projet ;

## 2) Sur le non respect des formalités de publicité :

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

Qu'en premier lieu, elles doivent assurer aux procédures de passation une publicité adéquate et respecter les formalités de publicité prescrites à cet effet ;

Que selon l'alinéa 3 de l'article 24 susvisé « *le non respect des formalités de publicité prescrites et la violation du principe d'égalité de traitement des candidats aux commandes publiques par les acheteurs publics entraîne la nullité de la procédure de passation ou du marché, à la requête de toute personne intéressée au déroulement de la procédure* » ;

Considérant qu'il est constant comme résultant des dispositions du Code des marchés publics que les autorités contractantes sont tenues des formalités de publicité prescrites, notamment :

- l'établissement, à peine de nullité, conformément à l'article 6 du Code des marchés publics, d'un plan de passation des marchés comprenant l'ensemble des marchés de fournitures, par catégorie de produits, des marchés de services par catégorie de services et des marchés de travaux qu'elles envisagent de passer au cours de l'année concernée ;
- la publication chaque année, conformément à l'article 56 du code, d'un avis général recensant les marchés publics, dont les montants estimés excèdent les seuils visés à l'article 58 du Code ;
- la publication d'un avis spécifique pour chaque marché passé par appel d'offres.

Considérant que, dans le cas d'espèce, l'autorité contractante n'a satisfait à aucune de ces formalités dont l'inobservation a eu pour effet de priver des candidats locaux éventuels de tout accès au marché concerné, violant ainsi le principe de la liberté d'accès à la commande publique ; qu'en raison de la nullité de la procédure attachée au non respect de ces formalités, il convient de dire que la DCMP est fondée à émettre un avis défavorable à l'attribution du marché ;

3) Sur l'inobservation des formalités de contrôle a priori :

Considérant qu'aux termes de l'article 138 du Code des marchés publics, la DCMP :

- a) émet un avis sur les dossiers d'appel à concurrence avant le lancement de la procédure de passation concernant :
  - les marchés fractionnés quelque soit leur montant ;
  - les marchés que l'autorité contractante souhaite passer par appel d'offres restreint ou par entente directe ;
  - les marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils fixés par arrêté du Ministre de l'Economie et des Finances ;
  - les conventions de délégation de service public et les contrats de partenariat ;
  - les avenants aux marchés ci-dessus ou qui ont pour effet de porter le montant du marché au montant du seuil d'examen du dossier ;
- b) émet un avis sur le rapport d'analyse comparative des offres et le procès verbal d'attribution provisoire du marché établis par la commission des marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils fixés par arrêté du Ministre de l'Economie et des Finances ;
- c) effectue un examen juridique et technique avant leur approbation des projets de marchés pour lesquels elle a indiqué souhaiter faire un tel contrôle lors de l'examen du dossier d'appel à la concurrence ou qui répondent aux conditions de nature et de montants fixés par arrêté du Ministre de l'Economie et des Finances ;

Considérant qu'en ce qui concerne les cas visés au paragraphe a) de l'article 138 susvisé, à savoir l'obligation de soumettre au contrôle a priori les dossiers d'appel à la concurrence avant le lancement de la procédure de passation, le rapport d'analyse

comparative des offres et le procès verbal d'attribution provisoire des marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils fixés par arrêté du Ministre de l'Economie et des Finances, l'autorité contractante a reconnu n'avoir pas satisfait à cette formalité, mais a soutenu s'être conformée aux règles fixées par le bailleur de fonds qui a émis un avis de non objection ;

Considérant que, sur ce point, il y a lieu de rappeler à l'intention de l'autorité contractante que l'avis du bailleur de fonds ne la dispense pas du respect des règles nationales qui ont un caractère impératif et dont la violation entraîne la nullité de la procédure ou du marché.

**DECIDE :**

- 1) Constate que le marché litigieux relève du Code des marchés publics, comme tel, et en raison de son montant, un million d'euros, est soumis à l'approbation du Ministre de l'Economie et des Finances ;
- 2) Constate que la formalité d'approbation par l'autorité compétente n'a pas été effectuée et, par conséquent, que le marché n'est pas encore conclu au sens de la loi ;
- 3) Constate que l'autorité contractante n'a satisfait ni aux formalités de publicité, prescrites à peine de nullité, ni aux formalités de contrôle a priori prévues par la réglementation en vigueur ; en conséquence,
- 4) Prononce, par application des dispositions de l'article 24 du Code des obligations de l'Administration, l'annulation de la procédure ;
- 5) Ordonne à l'autorité contractante de reprendre la procédure de passation en se conformant aux formalités de publicité et de contrôle prescrites par les articles 6, 56 et 138 du Code des marchés publics ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au Ministère de l'Entreprenariat Féminin et de la Microfinance et à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

**Le Président**

**Abdoulaye SYLLA**