

**DECISION N°037/09/ARMP/CRD DU 11 MAI 2009
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES
SUR LA DEMANDE DU MINISTRE DE L'AGRICULTURE CONTESTANT L'AVIS
DEFAVORABLE DE LA DCMP SUR L'ATTRIBUTION DU MARCHÉ DE FOURNITURE DE
CINQ VEHICULES AU PROFIT DU PROJET DE PROMOTION DE L'ENTREPRENARIAT
RURAL PHASE II (PROMER II)**

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);

Vu la décision n° 0005/ARMP/CRMP du 19 mai 2009 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre n°0822/MA/PROMER du 09 avril 2009 du Ministre de l'Agriculture ;

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 ci-dessus visée en date du 09 avril 2009, enregistrée le 14 avril 2009 sous le numéro 212/09 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Ministre de l'Agriculture a saisi l'Autorité de Régulation des Marchés publics d'une demande en contestation de l'avis défavorable de la DCMP sur l'attribution du marché d'acquisition de cinq (5) véhicules à PROMER II.

SUR LA SAISINE DU CRD

Considérant que la saisine du Ministre de l'Agriculture se fonde sur les dispositions des articles 139 du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant 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, si la saisine du CRD n'est, en principe, enfermée dans aucun délai, il en va autrement lorsque cette saisine vise à contester les avis et recommandations relatifs à la décision d'attribution ; qu'en ce cas, l'autorité contracte doit saisir le CRD dans un délai de trois (3) jours ouvrables à compter de la réception de l'avis ;

Qu'en considération de ces éléments, du fait que les avis contestés de la DCMP sont datés de novembre et décembre 2008 et la saisine du CRD est intervenue le 14 avril 2009, soit plus de trois (3) mois après, il convient de déclarer irrecevable le présent recours ;

Considérant que nonobstant cette irrecevabilité, en examinant les faits, moyens et motifs présenté par les parties,

LES MOYENS PRESENTES PAR LE SAISSANT

Considérant qu'à l'appui de sa demande, le requérant se prévaut des dispositions de l'alinéa 1 de l'article 59 du Code des Marchés publics selon lesquelles « *la détermination de l'offre la moins disante est effectuée soit sur la base du prix le plus bas, soit sur la base du prix et d'autres critères, tels que le coût d'utilisation, les performances, le délai de livraison ou d'exécution* » pour contester le caractère restrictif des spécifications techniques relevées par la DCMP ; qu'il soutient que sur la base des mêmes spécifications techniques, un marché précédent, approuvé par le bailleur de fonds, avait permis l'acquisition de quatre véhicules dans les mêmes conditions ; que par ailleurs, les procédures nationales sont applicables pour autant qu'elles ne constituent pas une entrave à l'application des procédures du bailleur ;

MOTIFS DE L'AVIS ATTAQUE

Au soutien de son avis, la DCMP a relevé que les candidats ESPACE AUTO, MATFORCE et SERA ont été éliminés sur la base de spécifications à caractère restrictif, à savoir :

- à la longueur totale du véhicule ou à la longueur et la largeur du plateau : SERA a été éliminé pour un écart de 1,2 % pour avoir proposé comme longueur et largeur du plateau respectivement 1485 cm et 1466 cm au lieu et place de 1520 cm et 1515 cm exigées ;
- à la cylindrée : ainsi pour une exigence de 2950 cc, avec un écart de 5%, Espace auto a été éliminé ;
- à la pneumatique ;

Qu'alors que les spécifications techniques doivent être déterminées : (i) sous forme de minima ou (ii) de plage (maximum/minimum) ou encore (iii) assortie de valeur de tolérance pour ne pas exclure la quasi-totalité des candidats ;

AU FOND

Considérant que selon l'article 7 du Code des Marchés publics, les fournitures, services ou travaux sont définis par rapport à des normes ou spécifications techniques homologuées ou utilisées au Sénégal ou à des normes internationales qui doivent être expressément mentionnées dans les cahiers des charges ;

Que la référence à des normes ne doit pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence ;

Que toute référence à des noms de marque, à des rubriques de documentation ou à des spécifications exclusives émanant d'un fournisseur ou prestataire particulier doit être proscrite ;
Que si une telle référence est mentionnée pour compléter une spécification, elle sera supposée inclure, sauf circonstances particulières, les biens ou services ayant des caractéristiques équivalentes ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que les prescriptions qui font l'objet d'un marché sont définies, dans les documents de la consultation, par des spécifications techniques formulées :

- soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation ;
- soit en termes de performance ou d'exigence fonctionnelles lesquelles sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître l'objet du marché et à l'autorité contractante d'attribuer le marché ;

Considérant qu'une prescription technique doit correspondre à des conditions de caractère technique que l'autorité contractante doit être à même de prescrire, par voie de réglementation générale ou particulière ; qu'elle ne doit pas mentionner dans les cahiers des charges de prescriptions techniques ou des spécifications qui conduisent à privilégier un produit ou une firme déterminée ;

Considérant que dans le cas d'espèce, les spécifications techniques définies par l'autorité contractante relativement à la longueur des véhicules, aux dimensions du plateau, à la cylindrée, qui ont été déterminées de façon trop rigide sans que puisse y être admis ni minima ni maximum ou de valeur de tolérance ne paraissent nullement justifiées par l'objet spécifique du marché ;

Considérant que les exigences posées par l'autorité contractante ont eu pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'accès à la concurrence de tous les candidats à l'exception de l'attributaire déclaré conforme sur l'ensemble des spécifications techniques ; qu'en se déterminant ainsi, l'autorité contractante a violé les dispositions de l'article 24 nouveau du Code des Obligations de l'Administration notamment le principe d'égalité de traitement ;

Considérant qu'à cet égard, il convient de rappeler à l'autorité contractante que les marchés passés en application d'accords de financement ou de traités internationaux sont soumis aux mêmes rigueurs de respect des principes fondamentaux énoncés à l'article 24 sus visé que les marchés soumis aux règles du droit national ; qu'en effet, les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures s'imposent comme principes de droit international en matière de passation de marchés publics ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Reçoit le Ministre de l'Agriculture en sa saisine ;

- 2) Constate que les spécifications définies dans le cahier des prescriptions techniques sont restrictives et ne favorisent pas l'accès des candidats à la concurrence ; en conséquence, par application de l'article 24 du Code des Obligations de l'Administration,
- 3) Annule la décision d'élimination des candidats SERA, MATFORCE et ESPACE AUTO sur le fondement de ces critères ; et,
- 4) Ordonne la suppression desdits critères et la mise en conformité des spécifications aux dispositions de l'article 7 du Code des Marchés publics ;
- 5) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au Ministre de l'Agriculture et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP