

**DECISION N° 164/19/ARMP/CRD/DEF DU 09 OCTOBRE 2019
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE INTRODUITE PAR L'OFFICE NATIONAL
DE LUTTE CONTRE LA FRAUDE ET LA CORRUPTION (OFNAC) VISANT A OBTENIR
L'AUTORISATION DE CONCLURE UN MARCHÉ PAR ENTENTE DIRECTE POUR
L'ENTRETIEN ET LA REPARATION DE SON PARC AUTOMOBILE**

**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 modifié par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006, notamment en son article 30 ;

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 le décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des Marchés publics ;

VU le décret n° 2017-527 du 11 avril 2017 portant nomination des membres du Conseil de Régulation (CR) de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), modifié par le décret n° 2018-802 du 30 avril 2018 ;

VU la décision n° 0005/ARMP/CRMP du 20 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

VU la résolution n° 04/17 du 20 avril 2017 portant nomination des membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP ;

VU la demande de l'Office national de Lutte contre la Fraude et la Corruption (OFNAC) du 25 Septembre 2019 ;

Monsieur El hadji DIAGNE, entendu en son rapport ;

En présence de monsieur Oumar SAKHO, Président ; de messieurs Ibrahima SAMBE Alioune Badara FALL et Abdourahmane NDOYE, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De Monsieur Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, assisté par ses collaborateurs, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation ;

Adopte la présente décision :

Par courrier reçu le 25 septembre à l'ARMP, la Présidente de l'Office national de Lutte contre la Fraude et la Corruption (OFNAC) a saisi le Comité de Règlement des Différends (CRD) d'une demande visant à obtenir une autorisation de conclure avec la société « Thiaroye Automobile », un marché par entente directe pour la réparation de son parc automobile, suite à l'avis négatif de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP).

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS

Considérant que le décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, en son article 22, donne compétence à la Commission Litiges du Comité de Règlement des Différends (CRD) pour statuer sur les saisines relatives 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 la saisine du CRD par l'OFNAC, fait suite à l'avis négatif de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP) sur la demande d'autorisation de conclure, par entente directe, le marché relatif à la réparation de ses véhicules immobilisés pour raison de panne ;

Considérant que le Code des Marchés publics ne fixe pas, dans ce cas de figure, un délai ;

Qu'il y a lieu de déclarer la saisine de l'OFNAC recevable.

LES FAITS

L'OFNAC dispose d'un parc de matériels roulant composé de 14 véhicules et de 2 motos.

Pour son entretien et réparation, il avait lancé, sous la forme d'un marché de clientèle, une demande de renseignements et de prix à compétition restreinte, pour sélectionner un prestataire.

Cette procédure a été déclarée infructueuse suite à l'avis de la DCMP donné par sa lettre n° 001453/MEFP/DCMP/ du 28 février 2019.

L'OFNAC a relancé la DRP et quatre offres ont été reçues et évaluées non conformes.

Par lettre n°003560/MFB/DCMP/DCV/BCL en date du 05 Aout 2019, la DCMP a déclaré ne pas avoir d'objection à faire sur l'infructuosité de la demande de renseignements et de prix et à sa relance pour une seconde fois.

La procédure a été relancée une seconde fois, encore sous la forme de clientèle et, à l'ouverture des plis tenue le 19/09/2019, quatre plis ont été reçues et sont en cours d'évaluation.

Face à cette situation, l'OFNAC a adressé une correspondance à la DCMP pour solliciter l'autorisation de contracter avec Thiaroye Automobile un marché par entente directe pour procéder à la réparation de véhicules immobilisés pour raison de panne.

Suite à l'avis négatif de la DCMP, l'OFNAC a saisi le CRD afin d'obtenir une autorisation de signer un marché par entente directe.

LES MOYENS A L'APPUI DE LA DEMANDE

Au soutien de sa requête, l'OFNAC dit avoir obtenu de la DCMP tous les avis de non objection requis par la réglementation pour lancer une procédure de DRPR pour la réparation et l'entretien de son parc automobile sous la forme de clientèle.

Il déclare avoir déroulé par deux fois des procédures de passation de marchés qui se sont révélées infructueuses. La première procédure avait vu la participation d'un seul soumissionnaire qui a été évalué non conforme. La deuxième procédure a été déclarée infructueuse car sur les quatre offres reçues, aucune n'est conforme selon la commission des marchés.

Il ajoute que cette situation a entraîné d'énormes difficultés de mobilité pour le personnel à un moment où beaucoup de missions d'investigations et de prévention sont programmés à l'intérieur du pays mais aussi, il risque de ne pas respecter les engagements pris à l'égard des partenaires techniques et financiers qui financent ces missions.

Il rappelle avoir relancé la procédure de demande de renseignements et de prix pour la réparation et l'entretien de son parc. Mais, au regard du temps passé dans les premières procédures et de celui que devra durer cette nouvelle relance sous la forme de clientèle, devant faire l'objet de revue par la DCMP à toutes les étapes, l'immobilisation du matériel roulant causerait un préjudice au déroulement normal des missions

En conclusion, l'OFNAC sollicite du CRD, l'autorisation de conclure un marché par entente directe avec la société Thiaroye Automobile pour un montant de six millions huit cent cinquante six mille quatre cent soixante dix sept francs (6 856 477) francs CFA TTC, suite à l'avis négatif de la DCMP.

LES MOTIFS INVOQUES PAR LA DCMP

De son côté, la DCMP fait remarquer que les justifications de l'OFNAC ne rentrent dans aucun des cas prévus par l'article 76 du Code des Marchés publics.

En conséquence, en l'état des informations fournies, la DCMP dit ne pouvoir émettre un avis favorable.

L'OBJET DE LA DEMANDE

Il résulte de la saisine et des faits qui la sous-tendent que la demande de l'OFNAC porte sur l'autorisation de conclure un marché par entente directe, suite à l'avis négatif de la DCMP.

EXAMEN DE LA DEMANDE

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 26 du Code des Obligations de l'Administration (COA), l'appel d'offres ouvert est le mode de passation des marchés auquel les autorités contractantes doivent recourir par principe et qu'il ne peut être dérogé à ce principe que dans les conditions précisées par le Code des Marchés Publics ;

Qu'à cet effet, l'article 76 du Code des Marchés publics prévoit la possibilité de recourir à la procédure d'entente directe à la condition de justifier l'une des conditions limitativement énumérées :

- situation d'exclusivité ;
- marché complémentaire ;
- urgence impérieuse ;
- marchés classés « secret » et marchés passés dans le cadre de mesure de mobilisation générale ;

Considérant qu'en l'espèce, le recours à l'entente directe est justifié par le manque de moyens de transport des agents d'investigation et de prévention de l'OFNAC pour l'exécution des missions à l'intérieur du pays et le non respect des délais fixés en accord parties avec les partenaires techniques et financiers ;

Considération que l'urgence impérieuse indiquée à l'article 76 du Code doit résulter de circonstances imprévisibles, irrésistibles et extérieures à l'autorité et ne doit pas être compatible avec les délais et règles de forme exigés par la procédure d'appel ouvert ou restreint ;

Considérant qu'il ressort de l'instruction, que l'OFNAC a lancé par trois fois la procédure pour sélectionner un prestataire en charge de la réparation et de l'entretien de son parc automobile en 2019 ;

Que les deux procédures ont été déclarées infructueuses pour non-conformité des offres soumises, la troisième étant en cours d'évaluation ;

Que cette situation a amené l'OFNAC à constater les difficultés de mobilité de ses agents qui avaient planifiés nombre de missions d'investigations et de prévention à l'intérieur du pays, l'obligeant de se rapprocher de la DCMP pour obtenir l'autorisation de réparer les véhicules à l'arrêt, en attendant la suite de la procédure en cours ;

Considérant que les arguments fournis par l'OFNAC ne permettent pas d'attester que l'urgence invoquée revêt toutes les caractéristiques exigées par l'article 76 ;

Qu'ainsi, les conditions posées par l'article susvisé n'étant pas réunies, la DCMP est fondée à émettre un avis négatif sur la demande de l'OFNAC ;

Considérant, toutefois, que les procédures doivent permettre aux acheteurs publics d'acquérir des biens et services dans le respect des principes qui gouvernent la passation des marchés ;

Qu'en l'espèce, l'infructuosité des deux procédures déroulées, qui découle de la non-conformité des offres déposées par les soumissionnaires, peut être considérée comme la cause des circonstances ayant retardées l'entretien et la réparation du parc automobile ;

Que cet état de fait peut être considéré comme un élément extérieur indépendant de la volonté de l'OFNAC et pouvant justifier la situation ;

Considérant, en outre, que les missions d'investigation et de prévention que doivent effectuer les agents de l'OFNAC, entrent dans le cadre de l'évaluation du respect principe de bonne gouvernance ;

Que l'attachement à la transparence dans la conduite et la gestion des affaires publiques ainsi qu'au principe de bonne gouvernance, est affirmé avec force dans la constitution du Sénégal ;

Considérant, par ailleurs, que l'OFNAC s'est engagé avec les partenaires extérieurs sur des délais d'exécution des missions dont le respect serait très difficile avec la procédure à relancer sous forme de marché de clientèle avec tous les avis requis ;

Considérant qu'avec l'expérience des marchés infructueux vécue avec les prestataires de services de réparation et de maintenance, la relance de la procédure restreinte ne garantit pas la disponibilité d'un prestataire qualifié dans le court terme ;

Considérant que l'entreprise Thiaroye Automobile a proposé une offre pour les deux dernières procédures mais que son offre n' a pas été retenue lors de la première relance, pour non prise en compte des motos,

Considérant que la société Thiaroye Automobile, à travers son offre, a montré sa capacité technique de réparer les véhicules ;

Qu'en l'espèce, il est établi que l'OFNAC a la volonté de dérouler la procédure conformément à la réglementation, de même que les infructuosités s'expliquent par le manque d'expertise des prestataires du secteur à préparer des offres ;

Considérant que s'il est vrai que le respect des principes de transparence et de libre accès à la commande publique doit rester de mise, il n'en demeure pas moins vrai que les procédures de passation ne doivent pas, à cause des procédures infructueuses à répétition, compromettre les missions d'investigations et de prévention nécessaires à la transparence et à la gestion des affaires publiques ainsi qu'au principe de bonne gouvernance ;

Qu'ainsi, pour rétablir la mobilité des agents de l'OFNAC et éviter, par ailleurs, le non respect des engagements pris auprès des partenaires techniques et financiers, il y a lieu d'autoriser l'OFNAC à conclure, à titre exceptionnel, un marché par entente directe avec la société Thiaroye Automobile pour un montant de six millions huit cent cinquante six mille quatre cent soixante dix sept (6 856 477) francs CFA TTC pour la réparation des véhicules à l'arrêt, en attendant la finalisation de la procédure en cours;

Qu'en outre, conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 76 du Code des Marchés publics, le fournisseur retenu devra accepter de se soumettre à un contrôle des prix spécifiques durant l'exécution des prestations ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Déclare recevable l'Office national de Lutte contre la Fraude et la Corruption (OFNAC) ;
- 2) Constate que l'OFNAC justifie sa demande par l'impossibilité de ses agents de se déplacer du fait de l'immobilisation de ses véhicules qui l'expose au risque de ne pouvoir respecter les engagements pris à l'égard des partenaires techniques et financiers ;
- 3) Dit que les arguments fournis par l'OFNAC ne permettent pas d'établir que l'urgence évoquée revêt un caractère imprévisible et extérieur à sa volonté ;
- 4) Dit que la décision de la DCMP de rejeter la demande de l'OFNAC est justifiée ;
- 5) Constate que les deux premières procédures ont été déclarées infructueuses alors que la troisième est en cours d'évaluation ;
- 6) Constate que l'OFNAC a pris des engagements de délais vis-à-vis de ses partenaires techniques et financiers ;

- 7) Constate, également que le prestataire pressenti a participé aux deux procédures et que son offre n'a pas été rejeté pour défaut de capacité mais pour plutôt non exhaustivité, au motif qu'il n'a pas pris en compte les motos ;
- 8) Dit que, pour permettre à l'OFNAC de dérouler ses missions d'investigations et de prévention déjà planifié et respecter ses engagements à l'égard des partenaires techniques et financiers, seule l'entente directe peut garantir la disponibilité du prestataire dans le court terme ;
- 9) Autorise, à titre exceptionnel, l'OFNAC, à conclure un marché par entente directe avec Thiaroye Automobile pour un montant de six millions huit cent cinquante six mille quatre cent soixante dix sept francs (6 856 477) FCFA TTC pour la réparation des véhicules immobilisés ;
- 10) Qu'en outre, conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 76 du Code des Marchés publics, le fournisseur retenu devra accepter de se soumettre à un contrôle des prix spécifiques durant l'exécution des prestations ;
- 11) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) est chargé de notifier à l'Office national de Lutte contre la Fraude et la Corruption (OFNAC) et à la Direction centrale des Marchés publics (DCMP), la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics.

Le Président



Oumar SAKHO

Les membres du CRD



Ibrahima SAMBE



Alioune Badara FALL



Abdourahmane NDOYE

**Le Directeur Général,
Rapporteur**



Saër NIANG