

**DECISION N°197/11/ARMP/CRD DU 05 OCTOBRE 2011  
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN  
COMMISSION LITIGES SUR LA SAISINE DE L'AGENCE DES TRAVAUX  
ET DE GESTION DES ROUTES (AGEROUTE) CONTESTANT L'AVIS  
DEFAVORABLE DE LA DCMP A L'ATTRIBUTION DU MARCHÉ DE TRAVAUX  
RELATIFS A LA REALISATION DES TRONÇONS DE L'AUTOROUTE AIBD -  
MBOUR-THIES ET SOLLICITANT LA POURSUITE DE LA PROCEDURE DE  
PASSATION DUDIT MARCHÉ.**

**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 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°02244 AGEROUTE/DG/SG du 29 septembre 2011 du Directeur général d'AGEROUTE ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Saër NIANG, Directeur général, présentant les faits et conclusions des parties ;

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, et de MM. Mamadou DEME et Ndiacé DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De M René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, observateur ;

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 du 29 septembre 2011, enregistrée le même jour sous le numéro 1019/11, au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, AGEROUTE a saisi le CRD pour solliciter une autorisation de finaliser la procédure de passation du marché de travaux de construction de l'Autoroute AIBD-Mbour-Thiès, suite à l'avis défavorable de la DCMP sur la proposition d'attribution provisoire.

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

Considérant qu'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 sur la base de l'avis n°12/11/ARMP/CRD rendu le 7 septembre 2011 par le CRD, précisant la portée de l'article 52 du Code des marchés publics, par lettre du 20 septembre 2011, AGEROUTE a saisi, à nouveau, la DCMP pour avis sur le rapport d'analyse comparative des offres et le procès verbal d'attribution relatifs au marché de travaux de construction de l'autoroute AIBD-Mbour-Thiès.

Que par lettre n°004446/MEF/DCMP/21 du 27 septembre 2011, la DCMP a encore émis un avis défavorable à l'attribution concernée.

Que sur le fondement de l'article 141 alinéa 3 du décret n°2011-1048 du 27 juillet 2011 portant Code des marchés publics, le 29 septembre 2011, AGEROUTE a saisi le CRD pour être autorisée à poursuivre la procédure de passation du marché.

Considérant que la saisine du CRD est intervenue dans le délai prescrit, elle doit être déclarée recevable ;

## **LES FAITS**

Suite à un appel d'offres international pour la réalisation de l'autoroute AIBD-Mbour-Thiès, AGEROUTE a proposé l'attribution des trois (3) lots du marché à l'entreprise chinoise CWE.

La proposition n'a pas été validée par la DCMP qui s'est fondée sur l'article 52 du Code des marchés publics qui dispose que la participation aux marchés dont le financement est prévu par le budget de l'Etat est réservée aux seules entreprises communautaires ou aux entreprises des Etats appliquant le principe de réciprocité.

La candidature des entreprises non communautaires n'est envisageable que dans le cadre d'un groupement avec des entreprises communautaires, si ces derniers ne disposent pas des capacités requises.

AGEROUTE étant dans l'impossibilité de continuer la procédure alors que l'attribution du marché à CWE devrait permettre à l'Etat de faire une économie de plus de 27 milliards de francs, elle a adressé une demande d'avis au CRD de l'ARMP sur la portée de l'article 52.

Munie de l'avis n° 12/11/ARMP/CRD du 7 septembre 2011, AGEROUTE s'est adressée à la DCMP pour réexamen de sa proposition d'attribution.

La DCMP a encore émis un avis négatif.

## **MOYENS PRESENTES PAR AGEROUTE**

D'une part, AGEROUTE a soutenu avoir assuré à la procédure de passation du marché litigieux une large concurrence pour faire jouer les principes d'économie, de transparence et d'efficacité en vue d'obtenir le meilleur rapport qualité/coût ; qu'à l'issue de la procédure, une économie de plus de vingt sept milliards (27 000 000) FCFA est réalisée ;

D'autre part, elle a exposé l'urgence qu'il y a de démarrer les travaux objet du marché sans lesquels l'exploitation de l'Aéroport International Blaise Diagne serait compromise.

## **MOTIFS DONNES PAR LA DCMP AU SOUTIEN DE SA DECISION**

En réponse, par lettre n°4446/MEF/DCMP du 27 septembre 2011, la DCMP précise n'exercer qu'un contrôle de conformité en se fondant sur le Code des marchés publics et les textes subséquents.

En outre, la DCMP recommande à l'ARMP de procéder à une seconde lecture de sa décision, « la directive communautaire qu'elle invoque étant d'application médiate et l'appréciation de la légalité d'une disposition réglementaire, relativement à un texte supérieur, relevant d'autres instances ».

Enfin, la DCMP propose à AGEROUTE de saisir l'ARMP dans le but d'obtenir une décision de régulation économique qui serait plus conforme à ses attributions.

## **OBJET DU LITIGE**

Il ressort des faits ci-dessus exposés que le litige porte, d'une part, sur la compétence de l'Organe de Régulation des marchés publics et la portée de ses décisions, d'autre part, sur l'applicabilité de l'article 52 du Code des marchés publics aux appels d'offres ouverts.

## **EXAMEN DU LITIGE**

- 1) Sur la compétence de l'Organe de Régulation des marchés publics et la portée de ses décisions :

Considérant qu'en exécution des articles 5 et 12 de la directive communautaire n°05/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005, par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 modifiant la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'Administration, le Sénégal a mis en place un mécanisme institutionnel et opérationnel de régulation indépendante des marchés et délégations de service public ; ainsi, aux termes des articles 30 et 31 de la loi n°2006-30 susvisée, ont été créés l'Autorité de Régulation des Marchés publics et le Comité de Règlement des Différends placé auprès de ladite autorité ;

Il ressort du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, notamment en son article 2, que l'ARMP, qui a pour mission d'assurer la régulation du système de passation des marchés publics et des délégations de service public, est, à ce titre, chargée, entre autres :

- d'identifier les faiblesses éventuelles du Code des marchés publics et proposer, sous forme d'avis, de proposition ou de recommandation, toute mesure législative, réglementaire, de nature à améliorer le système, dans un souci d'économie, de transparence et d'efficacité ;
- de recevoir les réclamations relatives aux irrégularités en matière de procédures de passation des marchés publics et délégations de service public, et les soumettre au Comité de Règlement des Différends visé à l'article 31 du présent décret ainsi que tout recours à l'effet à défaut de conciliation entre les parties, de statuer sur toute violation des réglementations communautaires et nationales..... ;

Considérant que, sur l'application de la réglementation communautaire, il convient de relever qu'aux termes de l'article 46 du Traité de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africain (UEMOA), dispose : *« les actes arrêtés par les organes de l'UEMOA pour la réalisation des objectifs du présent traité et conformément aux règles et procédures instituées par celui-ci sont appliquées dans chaque Etat membre nonobstant toute législation nationale contraire antérieure ou postérieure »*

Considérant qu'à cet effet, les organes de l'Etat membre, les administrations tout comme la justice, ont l'obligation d'appliquer le texte international invoqué si celui-ci a fait l'objet d'insertion dans l'ordre juridique interne, soit par sa ratification et sa publication régulières conformément aux dispositions constitutionnelles nationales, soit par adoption, s'agissant du droit dérivé, conformément aux règles du traité instituant l'Union, à savoir que *« les actes additionnels, les règlements, les directives et les décisions sont publiés au Bulletin Officiel de l'Union » ; qu'« ils entrent en vigueur après leur publication à la date qu'ils fixent »*

Que même si l'applicabilité directe renferme un aspect formel relatif à l'introduction dans le corpus national du droit communautaire, il résulte de l'effet direct une obligation d'application intégrale lorsque la norme communautaire est claire, précise et complète ;

Qu'à cet égard, dans son arrêt n°12 du 05 mai 2009, dans la procédure opposant l'Etat du Sénégal à l'Autorité de Régulation des Marchés publics, la Cour Suprême du Sénégal a relevé que *« s'il est vrai que le Comité [de Règlement des Différends] ne peut annuler le décret portant Code des marchés publics, il reste qu'il peut écarter des dispositions contraires aux directives n°4 et 5 en vertu du principe de la primauté du droit communautaire sur la législation nationale » ;*

Que par l'avis critiqué par la DCMP, l'ARMP n'a fait que rendre lisible les dispositions de l'article 52 par rapport à la directive communautaire n°04/2005 et à la loi nationale n°2006-30 en vertu desquelles le décret portant Code des marchés publics a été édicté ;

Considérant que, sur la portée des décisions et avis du CRD, il ressort :

- de l'article 22 du décret n°2007-546 précitée, que la Commission Litiges statue sur les litiges entre les organes de l'Administration intervenant dans le cadre de

la passation ou de l'exécution des marchés publics et délégations de service public dont le Comité est saisi ;

- de l'article 89 du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics et de l'article 21 du décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, que la décision rendue par le CRD est immédiatement exécutoire et a force contraignante sur les parties ; elle est définitive, sauf en cas de recours devant une juridiction compétente.

Considérant qu'il résulte de ces dispositions et de l'organisation institutionnelle définie par la loi n°2006-30 précitée que les décisions et avis rendus par l'ARMP et le CRD s'imposent aux entités impliquées dans la passation des marchés et délégations de service public, notamment la DCMF ; que l'appréciation de la légalité de ces décisions est de la seule compétence du juge de l'excès de pouvoir ;

2) Sur l'applicabilité de l'article 52 du Code des marchés publics aux appels d'offres ouverts :

Considérant que dans son avis n°12/11/ARMP/CRD du 7 septembre 2011, le CRD a précisé la portée de l'article 52 du Code des marchés publics qui s'appliquent aux appels d'offres dits restreints et à l'entente directe ;

Qu'adoptant les motifs dudit avis, il convient de préciser à l'intention de l'organe de contrôle a priori que l'article 52 ne peut s'interpréter qu'en fonction des textes qui en constituent le fondement, à savoir : la Directive communautaire n°4/2005/CM/UEMOA et la loi nationale n°2006-30 modifiant le Code des obligations de l'administration ;

Considérant que, par ailleurs, sur les économies réalisées par l'ouverture de la concurrence aux entreprises non communautaires, il y a lieu de rappeler qu'aux termes de l'article 24 de la loi n°2006-30, l'Etat, à travers les autorités contractantes, doit mener une politique d'achats qui tienne compte des principes d'économie des deniers publics ; qu'à cet effet, le marché est attribué au soumissionnaire ayant déposé l'offre économiquement la moins disante, c'est-à-dire celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix ;

Considérant que l'autorité contractante a attribué le marché au soumissionnaire CWE qui a produit l'offre qui présente le meilleur rapport qualité/prix, permettant ainsi à l'autorité contractante de réaliser une économie de vingt sept milliards cent trente huit millions quatre cent cinquante trois mille cent sept (27.138.453.107) francs CFA ;

Qu'en considération de cet élément et des développements qui précèdent, la DCMF disposait de tous les éléments pour rendre un avis de non objection en conformité avec la réglementation communautaire et nationale, complétée par la jurisprudence et les décisions et avis de l'Organe de Régulation des Marchés publics ; en conséquence,

**DECIDE :**

- 1) Déclare recevable la saisine de l'autorité contractante ;

- 2) Dit que l'appréciation de la légalité des décisions du CRD est de la seule compétence du juge de l'excès de pouvoir ;
- 3) Constate que l'autorité contractante a satisfait aux principes d'égalité de traitement des candidats et à la transparence de la procédure ainsi qu'au respect des formalités de publicité ;
- 4) Constate que l'ouverture de la concurrence a permis à l'Etat de réaliser une économie de plus de vingt sept milliards (27 000 000 000) francs CFA ; en conséquence,
- 5) Autorise l'autorité contractante à poursuivre la procédure de passation du marché objet de la présente saisine ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à AGEROUTE et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

**Le Président**

**Abdoulaye SYLLA**