

**DECISION N°170/11/ARMP/CRD DU 24 AOUT 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DU CABINET ALINIS PORTANT
SUR LE MARCHE DE PRESTATION RELATIF A L'ELABORATION D'UNE BASE
DE DONNEES SUR LES ACCORDS COMMERCIAUX ET LES FORMALITES, LA
REGLEMENTATION ET LES TRANSACTIONS A L'EXPORT SENEGAL-RESTE DU
MONDE LANCE PAR LA SOCIETE APIX S.A.**

**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, notamment en ses articles 30 et 31 ;

Vu le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant co de des marchés publics, modifié;

Vu le décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant o rganisation et fonctionnement de l'autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), notamment en ses articles 20 et 21 ;

Vu la décision n° 005/ARMP/CRMP du 19 mai 2008 port ant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu le recours en date du 09 Août 2011 du Cabinet Alinis Sénégal ;

Après avoir entendu le rapport de M. Oumar SARR, Conseiller juridique, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties,

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, de MM. Abd'El Kader NDIAYE, Mamadou DEME et Ndiacé DIOP, 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 les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre du 9 août 2011 susvisée, enregistrée le même jour, sous le numéro 784/11, au secrétariat du CRD, le Cabinet Alinis Sénégal a saisi le CRD pour contester le rejet de sa proposition au marché de prestation intellectuelle lancé par APIX SA et relative à l'« Elaboration d'une base de données sur les accords commerciaux bilatéraux, régionaux et internationaux ainsi que sur les formalités, réglementations et transactions à l'export Sénégal-Reste du Monde ».

Par décision n° 148/11/ARMP/CRD du 11 Août 2011, le CRD a prononcé la suspension de la procédure d'attribution.

LES FAITS

Dans le cadre du renforcement des capacités de ses membres et de la densification de ses domaines de compétence, avec l'appui du programme pour la Promotion des Investissements privés (PIIP), en 2008, le Conseil national du patronat du Sénégal

(CNP) a réalisé l'étude intitulée : « Programme opérationnel et intégré de renforcement des capacités du CNP et de ses groupements professionnels »

Une des recommandations formulées par cette étude a porté, pour le volet commerce international, sur la constitution d'une base de données sur les accords commerciaux bilatéraux, régionaux et internationaux ainsi que sur les formalités, réglementations et transactions à l'export Sénégal-Reste du Monde.

En vue de réaliser cette base de données, dans le cadre du Projet de Promotion des Investissements privés (PPIP), sur financement de l'association internationale de Développement (IDA), filiale de la Banque mondiale, l'APIX SA a sollicité des propositions en vue de la fourniture des services de consultants.

Parmi les six cabinets invités, le Cabinet Alinis, qui a déposé auprès de l'APIX SA sa proposition.

Par lettre n°2898APIX/SG/SPM du 29 Juillet 2011, APIX SA a notifié au Cabinet Alinis Sénégal le rejet de sa proposition.

Le 1^{er} août, le Cabinet Alinis a saisi APIX SA d'un recours visant à obtenir de l'autorité contractante une révision de sa décision.

Le 9 août 2011, à l'expiration du délai imparti à l'autorité contractante pour répondre audit recours, le Cabinet Alinis a saisi le CRD et a contesté la décision de rejet de sa proposition à la DP sus visée.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de son recours, le requérant a soutenu que :

- le consultant proposé au poste de chef de mission est, certes, un fonctionnaire en service au Ministère du Commerce, mais il n'est attaché ni de près ou ni de loin au client bénéficiaire du projet, à savoir le Conseil national du Patronat (CNP) ;
- le consultant n'est pas impliqué dans le processus de sélection et de décision de ce marché qui est piloté par l'APIX ;
- certes, le Ministère du Commerce, en particulier la Division du Commerce Extérieur, est une source importante dans la collecte des informations utiles à la mission lors de l'exécution du projet, mais il n'est fait nulle part dans les termes référence mention de cette structure pour ce marché ;

Aussi, a-t-il contesté la décision d'attribution l'écartant pour conflit d'intérêts.

LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES DE L'APIX

L'autorité contractante a exposé que pour la réalisation de la mission, le Ministère du Commerce, en particulier la Direction du Commerce Extérieur, demeure une structure incontournable pour la richesse des informations qui y seront collectées. A ce titre, les responsables de ce service, notamment le Chef de Division des négociations commerciales internationales, seront largement sollicités dans le cadre de l'exécution de la mission.

Dans ce contexte, le choix du Chef de la Division des négociations commerciales internationales comme Chef de mission pose un cas manifeste de conflit d'intérêts.

Aussi, la Commission des marchés a-t-elle décidé de faire retourner au candidat son offre financière sans l'ouvrir.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte :

- d'une part, sur l'existence ou non d'un conflit d'intérêts sur la personne de l'expert proposé comme Chef de mission ; et,
- d'autre part, sur le rejet de la candidature du requérant.

AU FOND

1) Sur l'existence d'un conflit d'intérêt :

Considérant qu'il est constant que le soumissionnaire Alinis a proposé, dans son offre technique, au titre des experts composant son équipe, au poste de chef de mission, un consultant partenaire, expert en commerce international ; qu'il est indiqué que celui-ci aura comme tâche la collecte, le traitement et l'analyse des données et, également, la formation ;

Considérant que, lors de sa séance du 08 juin 2011 consacrée à l'examen du rapport d'évaluation des offres techniques, la Commission des marchés a soutenu que la Direction du Commerce extérieur du Ministère du Commerce constitue une source incontournable pour la richesse des informations qui y seront collectées ; que le Chef de la Division des négociations commerciales internationales sera largement sollicité ; qu'à cet égard, le soumissionnaire n'a pas fait l'objet de classement en raison de l'existence d'un cas manifeste de conflit d'intérêts concernant le Chef de la Division des négociations commerciales internationales ; et pour cette raison, la Commission des marchés a décidé de lui retourner son offre financière sans l'ouvrir ;

Considérant qu'il résulte du règlement de la consultation, à la clause 1.6.1, page 7, que les consultants sont réputés avoir un conflit d'intérêt et ne sont pas engagés dans les circonstances ci-après :

- (i) Aucune entreprise engagée par le Client pour fournir des biens, des services ou réaliser des travaux autres que des travaux de consultant pour un projet, ni aucune entreprise qui lui est affiliée, n'est admise à fournir des services ou projets. De la même manière, aucun bureau d'études engagé pour fournir des services de conseil en vue de la préparation ou l'exécution d'un projet, ni aucune entreprise qui lui est affiliée, ne sont admis ultérieurement à fournir des biens, réaliser des travaux, ou assurer des services autres que des services de conseil résultant de ces services ou directement liés à leur élaboration ou exécution ;
- (ii) Le consultant - y compris son personnel et sous-traitants - ni aucune entreprise qui lui est affiliée ne peuvent être engagés pour une mission qui, par sa nature, risque de s'avérer incompatible avec une autre de leurs missions exécutées pour le même client ou pour un autre ;

- (iii) Un consultant - y compris son personnel et sous-traitants – qui a des relations d'affaires ou personnelles avec un membre des services du Client directement ou indirectement, à (i) l'élaboration des Termes de références de la mission, (ii) la sélection en vue de cette mission ou (iii) la surveillance du contrat, ne peut se voir attribuer le contrat à moins que le conflit découlant de cette relation n'ait été résolu à la satisfaction de la Banque au cours du processus de sélection et de l'exécution du contrat ;

Considérant que, par ailleurs, l'article 157 de la loi n°65-60 du 21 juillet 1965 portant Code pénal sanctionne « *tout fonctionnaire, tout officier public, tout membre ou tout agent du Gouvernement, qui, soit ouvertement, soit par actes simulés, soit par interposition de personnes, aura pris ou reçu quelque intérêt que ce soit dans les actes, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins de cinq ans au plus, et sera condamné à une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et indemnités, ni être au-dessous du douzième* »

Considérant qu'il résulte de cette disposition, l'interdiction pour tout fonctionnaire, officier public ou toute autre personne physique ou morale chargée d'un service public, d'intervenir d'une quelconque manière, dans la passation et la surveillance d'un marché public, dès qu'il a un intérêt personnel interposée, dans l'une des entreprises soumissionnaires ;

Considérant qu'il résulte de la combinaison de cette disposition avec celle de la clause 1.6.1 ci-dessus précitée du règlement de la consultation qu'un conflit d'intérêt naît de la situation dans laquelle une personne employée par un organisme public ou privé possède à titre privé, des intérêts qui pourraient influencer ou paraître influencer sur la manière dont elle s'acquitte de ses fonctions et des responsabilités qui lui ont été confiées par cet organisme ;

Que l'intérêt personnel est compris de façon très large et être de nature économique, financière, professionnelle, politique, confessionnelle ou autre. Il peut être direct ou indirect, concerner la personne seule ou ses proches ;

Que le conflit peut être :

- « potentiel » : dans la mesure où il n'existe pas à ce moment de lien direct entre les intérêts de la personne et sa fonction, à moins d'un changement dans sa situation (prise de fonctions, promotion, mutation) qui pourrait créer ce conflit ;
- « apparent » : les faits en cause ne sont pas certains : aucun intérêt particulier n'a pu être prouvé, il n'est que possible ;
- « réel » : lorsqu'il est avéré qu'un intérêt personnel peut venir influencer le comportement de la personne exerçant ses fonctions professionnelles.

Qu'en considération de ces éléments, il se pose la question de savoir si la perspective que le chef de mission proposé, en sa qualité de Chef de la Division des négociations commerciales internationales, sera largement sollicité pour fournir les informations à sa disposition en cette qualité, est constitutive d'un conflit d'intérêt avéré, comme le soutient APIX SA, ou apparent ou potentiel ;

Considérant qu'en l'état, il n'est pas prouvé que la participation de l'expert concerné à la mission objet du marché peut influencer ou paraître influencer sur la manière dont elle

s'acquiesce de ses fonctions et des responsabilités qui lui ont été confiées par le Ministère du Commerce ; que rien ne laisse apparaître dans la situation professionnelle actuelle de l'agent mis en cause que sa participation à la mission envisagée compromet ou va compromettre ses décisions ou sa gestion dans l'exercice de ses fonctions ;

Que, dans ce contexte, dès lors que les faits en cause ne sont pas certains, aucun intérêt particulier suspect n'a pu être prouvé ; qu'en conséquence, il y a lieu de dire que les éléments propres à identifier un conflit d'intérêt ne sont pas réunis ;

2) Sur le rejet de la proposition du requérant :

Considérant que, cependant, peut être écartée la demande de participation introduite pour un marché par celui qui aura été chargé de l'étude ou du développement dudit marché, si du fait de ses prestations, cette personne bénéficie d'un avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence ou à inciter à la violation de la loi, notamment l'obligation pour le fonctionnaire de se consacrer à ses fonctions ;

Considérant qu'à ce titre, une incompatibilité visant non pas à prévenir un conflit d'intérêt mais à éviter une rupture d'égalité entre soumissionnaires peut être soulevée dans le cas d'espèce dans la mesure où l'expert proposé est actuellement la personne en charge de l'entité administrative nationale détentrice des informations à collecter au plan local dans le cadre de la mission ; que la présence de cet expert, qui de par sa position privilégiée dans le dispositif des informations à recueillir, crée au profit du requérant un avantage de nature à fausser les conditions normales de concurrence ;

Considérant que, par ailleurs, le Code de déontologie de la fonction publique impose à tout agent dans un emploi dans la fonction publique de consacrer l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées ; que, sauf les cas où il bénéficie d'une autorisation d'exercer une profession libérale en rapport avec ses fonctions ou de produire des œuvres artistiques ou scientifiques, cette prescription implique, pour l'agent public, l'interdiction de cumul de son emploi avec un autre emploi public ou une activité privée lucrative ;

Considérant qu'à cet effet, le règlement de la consultation, notamment la clause 1.6.3 de la note d'information aux Consultants, a prévu que lorsque le consultant propose un fonctionnaire du gouvernement dans sa proposition technique, ce fonctionnaire doit être en possession d'une attestation écrite de son ministère ou employeur attestant du fait qu'il bénéficie d'un congé sans solde et qu'il est autorisé à travailler à temps complet en dehors de son poste officiel antérieur, le Consultant présentera cette attestation au client dans le cadre de sa proposition technique ;

Considérant qu'il résulte de cette disposition que le règlement de la consultation a fait de l'attestation susvisée un élément de la proposition technique ; que dès lors sa non production est de nature à rendre celle-ci incomplète, donc non conforme au règlement de la consultation ; qu'à cet effet, le soumissionnaire doit être écarté de la compétition à l'issue de l'examen des propositions techniques ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Déclare recevable le Cabinet ALINIS Sénégal en son recours ;

- 2) Constate que les éléments propres à identifier un conflit d'intérêt ne sont pas réunis ;
- 3) Constate, cependant, qu'il existe une incompatibilité entraînant une rupture d'égalité entre les soumissionnaires car l'expert proposé par ALINIS occupe une position dans l'Administration qui crée, au profit du requérant, un avantage de nature à fausser les conditions normales de concurrence ;
- 4) Constate également qu'aux termes de la clause 1.6.3 de la note d'information aux Consultants, lorsque le consultant propose un fonctionnaire du gouvernement dans sa proposition technique, ce fonctionnaire doit être en possession d'une attestation écrite de son ministère ou employeur attestant du fait qu'il bénéficie d'un congé sans solde et qu'il est autorisé à travailler à temps complet en dehors de son poste officiel antérieur ; que le Consultant présentera cette attestation au client dans le cadre de sa proposition technique ;
- 5) Constate que le soumissionnaire n'a pas joint à sa proposition technique l'attestation susvisée ; en conséquence,
- 6) Dit que sa proposition technique est incomplète et, de ce fait, non conforme au règlement de la consultation ;
- 7) Dit que la décision de la commission des marchés d'écarter le soumissionnaire de la suite de la procédure, en l'occurrence de l'ouverture des offres financières, est justifiée ; en conséquence,
- 8) Ordonne la continuation de la procédure d'attribution du marché concerné ;
- 9) Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier au cabinet ALINIS Sénégal, à la société APIX S.A. ainsi qu'à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA