

**DECISION N° 065/2021/ARMP/CRD/DEF DU 12 MAI 2021
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES SUR LA SAISINE DE LA SOCIETE DES INFRASTRUCTURES DE
REPARATION NAVALE DE DAKAR (SIRN) VISANT A OBTENIR UNE AUTORISATION
DE CONCLURE PAR ENTENTE DIRECTE UN MARCHÉ CLE EN MAIN RELATIF A LA
CONSTRUCTION DE SIX (06) UNITES NAVALES DE REFERENCE DE FABRIQUE DE
PIROGUES EN FIBRES DE VERRE ET DES NAVIRES D'ENVERGURE**

**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° 2007-546 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, modifié ;

VU le décret n° 2020-969 du 20 avril 2020 portant nomination des membres du Conseil de Régulation (CR) de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) ;

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°07/20 du 28 avril 2020 portant nomination des membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP ;

VU la saisine de la Société des Infrastructures de Réparation navale de Dakar (SIRN) par courrier du 30 avril 2021, reçue le 03 mai 2021 ;

VU la saisine de la Société des Infrastructures de Réparation navale de Dakar (SIRN) par courrier du 04 mai 2021, reçue le 05 mai 2021 ;

Madame Catherine Aïssata BA, Commissaire à la Cellule d'Instruction des Recours, entendue en son rapport ;

En présence de Madame Aïssé Gassama TALL, assurant l'intérim du Président, Messieurs Moundiaye CISSE et Mbareck DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De Monsieur Saër NIANG, Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics, secrétaire rapporteur du CRD, assisté de ses collaborateurs, observateurs ;

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

Adopte la présente décision fondée sur les moyens et motifs ci-dessous développés ;

Par courrier du 30 avril 2021, reçu à l'ARMP le 03 mai 2021, la Société des Infrastructures de Réparation navale de Dakar (SIRN) a saisi le Comité de Règlement des Différends aux fins d'obtenir une autorisation pour conclure, par entente directe, un marché clé en main relatif à la construction de six (06) unités navales de référence de fabrique de pirogues en fibres de verre et des navires d'envergure.

Par un autre courrier du 04 mai 2021 reçu le lendemain, l'autorité contractante a introduit une nouvelle requête ayant le même objet.

Considérant que la SIRN y précise que cette requête annule et remplace la première ;

Qu'il y a lieu de lui en donner acte.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 142.3 du Code des Marchés publics, si l'autorité contractante n'accepte pas les avis et recommandations qui, le cas échéant, auront été formulés par la direction chargée du contrôle des marchés publics concernant la possibilité d'utiliser une procédure autre que l'appel d'offres ouvert ou relative à la proposition d'attribution du marché, elle ne peut poursuivre la procédure de passation qu'en saisissant le Comité de Règlement des Différends (CRD) près l'Organe chargé de la régulation des Marchés publics ;

Qu'en l'espèce, la saisine de la SIRN est consécutive à l'avis négatif de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP), relativement à sa demande tendant à obtenir l'autorisation de conclure un marché clé en main, par entente directe ;

Considérant que ladite saisine rentre dans les cas visés par l'article 142.3 susvisé ;

Que dans ce cas de figure, le Code des Marchés publics ne fixe pas un délai de saisine du CRD ;

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

LES MOYENS AVANCES PAR LA SIRN A L'APPUI DE SA DEMANDE

La SIRN expose que par lettre n° 0184/DG/DAF/CCPM du 21 avril 2021, elle a saisi la Direction centrale des Marchés publics (DCMP), en vue d'obtenir la conclusion d'un marché clé en main, par entente directe, pour la construction de six (06) unités navales de référence de fabrique de pirogues en fibre de verre et des navires d'envergure, par la promotion du contenu local.

Elle indique que sa demande intervient dans un contexte marqué par la recrudescence d'accidents et de disparitions de piroguiers en mer.

Elle précise que ces drames ont poussé l'Etat du Sénégal à vouloir apporter une solution durable par la création d'unités locales de construction navale.

La SIRN précise que l'approche clé en main par entente directe permet de répondre aux objectifs fixés par les pouvoirs publics, notamment :

- la création d'emplois, la réduction du taux de chômage et la stimulation de la croissance ;
- une mobilisation rapide du financement ;
- la réalisation du projet avec célérité pour sauvegarder la vie des pêcheurs qui continuent d'aller en mer dans des conditions précaires qui les exposent quotidiennement aux risques d'intempéries et réduit leur mobilité vers les zones poissonneuses ;
- freiner l'émigration clandestine motivée par cette précarité.

Elle relève que contrairement à l'avis de la DCMP, il s'agit là d'une question de sécurité nationale telle que prévue par les dispositions de l'article 76 alinéa 2 a) ii du Code des Marchés publics. A cet égard, elle précise que la mise en péril de vie de citoyens par la précarité d'embarcations inadéquates rentre bien dans les situations visées par les dispositions susvisées qui incluent les « marchés relatifs à la sécurité nationale et passés en vue de prévenir une menace ».

La SIRN indique que ce serait grave de réduire cette menace prévue par ces dispositions du Code des Marchés publics à la menace simplement terroriste car selon elle, « prévenir une menace, notamment terroriste » et « prévenir une menace terroriste » sont deux expressions à nuancer dans la lecture et la compréhension du texte.

Sur ce point, elle estime que la DCMP s'est trompée dans l'interprétation du texte en affirmant de façon catégorique que « les prestations ne sont pas en rapport avec la sécurité nationale » et que « concernant la sécurité nationale, il convient de noter que la requête doit établir que le prestataire a accès à des informations ou domaines sensibles dont la divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité et la sûreté de l'Etat et à son potentiel scientifique et économique ».

La SIRN ajoute qu'il convient de distinguer à travers une lecture attentive et discriminante de l'article 76 susvisé plusieurs cas de figures de « sécurité nationale ».

Elle fait observer que son cas n'est ni la menace terroriste, ni l'accès à des informations ou domaines sensibles dont la divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité et la sûreté de l'Etat et à son potentiel scientifique et économique », comme le prétend la DCMP.

Elle précise que les cas qu'elle a cités sont dans le « notamment » puisqu'il est impossible de les lister de manière exhaustive dans un Code des Marchés publics, et, qu'il faut comprendre que c'est toute situation mettant en péril la sécurité nationale car c'est la vie d'une frange très importante de la population (constituée par les jeunes qui sont l'avenir d'une nation) qui risque sa vie en mer. Elle argue qu'il convient d'agir sans délai face à cette situation de catastrophe humanitaire.

Elle indique qu'elle a ajouté le motif d'urgence impérieuse prévu par l'article 76 alinéa 2 b) à l'argument de « Sécurité nationale » qui justifie à elle seule l'entente directe.

Elle explique que pour planifier, dérouler et exécuter avec célérité une procédure d'acquisition par appel d'offres ouvert ou restreint, elle doit disposer de ressources financières suffisantes alors qu'elle a une contrainte budgétaire qui l'empêche d'agir face à la situation d'urgence qui l'a poussée à trouver l'alternative du financement par le partenariat public-privé, basé sur la promotion du contenu local et de la célérité d'action à travers un marché clé en main par entente directe.

Elle conclut que compte tenu des motifs de sécurité nationale et d'urgence impérieuse qu'elle a invoqués, dans un contexte de pandémie de Covid-19 et de lutte contre les accidents en mer dus à l'émigration clandestine, elle sollicite l'autorisation du CRD pour conclure, par entente directe, le marché clé en main.

LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

Par lettre n° 002066/MFB/DCMP/79 du 27 avril 2021, la DCMP a répondu défavorablement à l'argumentaire développé par la requérante.

Concernant la « sécurité nationale », elle a relevé que la requête n'a pas établi que le prestataire a accès à des informations ou domaines sensibles dont la divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité et la sûreté de l'Etat.

Sur l'urgence impérieuse, l'organe chargé du contrôle a priori a estimé que « l'urgence de créer dans l'immédiat les conditions de renforcement de l'offre d'embarcations modernes et sécurisées au profit des pêcheurs et freiner l'émigration clandestine, de permettre aux partenaires techniques et financiers de démarrer leurs activités et de mobiliser le financement pour la réalisation du projet » n'est ni imprévisible, ni extérieure à l'autorité et qu'il n'est pas établi que l'urgence découle des situations précédemment décrites.

Elle a également retenu que la contrainte budgétaire ne peut non plus être considérée comme un évènement imprévisible et extérieur à l'autorité contractante puisque la planification qui relève de sa responsabilité est faite sur la base de prévisions budgétaires et que les ressources nécessaires ne sont mobilisées qu'à la signature du contrat.

Toujours sur le financement, la DCMP a fait observer qu'une solution peut être trouvée sur la base d'un marché assorti de montage financier par appel à la concurrence, où il sera inséré dans le dossier d'appel d'offres, les conditions de financement du projet devant être satisfaites par l'attributaire.

Elle a en définitive décidé que sur la base des informations et documents fournis, elle ne peut émettre un avis favorable mais a toutefois constaté que les moyens invoqués militent en faveur d'une réduction des délais de préparation des offres par les candidats, en lieu et place d'une restriction de la concurrence. Fort de ce constat, elle a recommandé à la SIRN de passer le marché par appel d'offres ouvert en procédure d'urgence, conformément aux dispositions de l'article 63.2 du Code des Marchés publics.

OBJET DE LA SAISINE

Il résulte de la saisine et des moyens qui la sous-tendent que la requérante sollicite une autorisation de conclure par entente directe un marché clé-en-main relatif à la construction de six (06) unités navales de référence de fabrication de pirogues en fibres de verre et des navires d'envergure, suite à l'avis défavorable de la Direction centrale des Marchés publics.

EXAMEN DE LA SAISINE

Considérant qu'aux termes des dispositions combinées de l'article 24 du Code des Obligations de l'Administration (COA) et 60.3 du Code des Marchés publics (CMP) l'appel d'offres ouvert constitue le mode de passation de contrats auquel les autorités contractantes doivent recourir par principe ;

Que l'article 60.3 du CMP précise qu'il ne peut être dérogé à ce principe que dans les conditions définies par ledit Code ;

Considérant que pour le recours à la procédure dérogatoire de l'entente directe, l'article 76 dudit Code a prévu des situations limitativement énumérées ;

Qu'en l'espèce, la SIRN invoque la « Sécurité nationale » et « l'urgence impérieuse » pour justifier sa demande d'autorisation de passer un marché par entente directe ;

- **Sur le moyen fondé sur la « Sécurité nationale » (Art. 76 2 a) ii) du Code de Marchés publics (CMP)**

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 76 2 a) ii) du CMP, il ne peut être passé de marchés par entente directe qu'après avis de la Direction centrale des marchés publics dans les cas des marchés portant sur des travaux, services et fournitures relatifs à la sécurité nationale et passés en vue de prévenir une menace, notamment terroriste et plus généralement de prestataires qui du fait de leurs prestations ont accès à des informations ou domaines sensibles dont la divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité et la sûreté de l'Etat et à son potentiel scientifique et économique ;

Considérant que l'examen de l'article 76 révèle en substance que la typologie des marchés visés concerne pour l'essentiel :

- les marchés ayant un lien direct avec la stratégie militaire ou la conception, la réalisation, l'expérimentation, l'acquisition, l'utilisation, la destruction des armes, munitions et matériels de guerre ;
- les marchés destinés à des fins de défense civile (prestations visant à assurer l'ordre public, l'appui au maintien ou au rétablissement de la liberté d'action des autorités militaires sur l'ensemble du territoire) ;
- les marchés passés en vertu d'un accord international relatif à la participation des troupes sénégalaises à des opérations de maintien de la paix ;
- les marchés relatifs à la Sécurité nationale et passés en vue de prévenir une menace, notamment terroriste ;

Qu'il apparait que le législateur a voulu retenir une conception restrictive de la « Sécurité nationale » en la limitant au domaine militaire ;

Considérant que la « Sécurité nationale » est communément définie comme « la capacité d'un Etat de résister à toute agression étrangère » et nécessite donc l'existence d'un sujet (l'Etat) et d'un risque d'atteinte à sa souveraineté (menace) ;

Qu'ainsi la « menace » visée par l'article 76 du CMP ne saurait être étendue aux situations évoquées en l'espèce par le requérant et notamment la mise en péril en mer de jeunes candidats s'adonnant volontairement à l'émigration clandestine ou de pêcheurs embarquant dans des pirogues précaires ;

Considérant par ailleurs que la SIRN a elle-même reconnu que la situation qu'elle évoque n'est ni la menace terroriste, ni l'accès à des informations ou domaines sensibles dont la divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité et la sûreté de l'Etat et à son potentiel scientifique et économique ;

Qu'ainsi c'est à bon droit que la DCMP a estimé que les conditions de l'article 76 2 a) ii du Code des Marchés publics ne sont pas réunies en l'espèce ;

- **Sur le moyen fondé sur « l'urgence impérieuse » (Art. 76 2 b) du CMP**

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 76 2 b) du CMP, il ne peut être passé de marchés par entente directe qu'après avis de la Direction centrale des marchés publics dans les marchés pour lesquels l'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles, irrésistibles et extérieures à l'autorité, n'est pas compatible avec les délais et règles de forme exigés par la procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint ;

Que l'article 4.38 dudit Code définit l'urgence impérieuse comme la situation résultant d'évènements imprévisibles pour l'autorité contractante et n'étant pas de son fait, imposant une action immédiate ;

Considérant qu'il est de principe que la situation d'urgence impérieuse est caractérisée lorsque surviennent des phénomènes extérieurs, imprévisibles et irrésistibles à l'acheteur public ;

Considérant qu'en l'espèce, comme l'a relevé à bon droit la DCMP, il ne ressort pas des faits exposés, la survenance d'un événement imprévisible ayant mis l'autorité contractante dans une situation de catastrophe ;

Qu'en effet, la contrainte budgétaire évoquée n'est ni imprévisible, ni insurmontable étant entendu qu'il est loisible à la requérante d'opter pour d'autres alternatives de financement, notamment le modèle type de marché clé en main assorti d'un montage financier comme l'a fait observer l'organe chargé du contrôle a priori ;

Que sous ce rapport, il apparaît que les conditions de l'urgence impérieuse ne sont pas réunies en l'espèce et que l'avis défavorable de la DCMP sur ce point est également fondé ;

Considérant du reste qu'il est de notoriété publique que depuis des années, l'Etat est confronté à la disparition en mer par centaines d'une certaine frange de la population, pour la plupart de jeunes pêcheurs, candidats à l'émigration clandestine ou embarquant dans des pirogues précaires pour aller pêcher en haute mer ;

Qu'au regard de la récurrence et du nombre de disparitions enregistrées, il y a urgence à trouver des solutions pour éradiquer ce phénomène ;

Qu'il apparait donc et comme l'a relevé à juste raison la DCMP que la situation décrite par la requérante relève de l'urgence simple définie par l'article 4.37 du CMP comme la situation qui n'est pas du fait de l'autorité contractante imposant une action rapide et justifiant à cette fin la réduction des délais de réception des candidatures et des offres, afin de prévenir un danger ou un retard préjudiciable ;

Considérant en outre que la nature et l'envergure du marché imposent à l'autorité contractante d'ouvrir la concurrence afin de pouvoir disposer d'une pluralité d'offres qui lui permettra de faire le meilleur choix en terme de rapport qualité/prix ;

Qu'en conséquence, c'est à juste titre que l'organe chargé du contrôle a priori a recommandé à la requérante de passer le marché par appel d'offres ouvert en procédure d'urgence ;

Considérant, en définitive, que la demande d'autorisation de la SIRN de passer par entente directe le marché relatif à la construction de six (06) unités navales de référence pour la fabrication de pirogues en fibres de verres et de navires d'envergure n'est pas fondée et qu'il y a lieu de la rejeter ;

Qu'il échet, en conséquence, de confirmer les recommandations de la DCMP à passer le marché par appel d'offres ouvert en procédure d'urgence, conformément aux dispositions de l'article 63.2 du Code des Marchés publics ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Constate que la SIRN sollicite l'autorisation de passer par entente directe un marché clé en main relatif à la construction de six (06) unités navales de référence pour la fabrication de pirogues en fibres de verres et de navires d'envergure ;
- 2) Déclare la demande recevable en la forme ;
- 3) Constate que les situations exigées par l'article 76 du CMP pour le recours à la procédure dérogatoire de l'entente directe et notamment les marchés passés dans le cadre de l'urgence impérieuse ou de la sécurité nationale ne sont pas caractérisées en l'espèce ;
- 4) Dit que c'est à bon droit que la DCMP a émis un avis défavorable ;
- 5) Déclare non fondée la demande formulée par la SIRN et la rejette ;
- 6) Constate du reste la récurrence des disparitions en mer dues à l'émigration clandestine et à l'utilisation d'embarcations précaires ;
- 7) Dit qu'il est urgent pour l'Etat de trouver des palliatifs afin d'éradiquer ces phénomènes occasionnant d'importantes pertes en vie humaine surtout de jeunes ;
- 8) Dit qu'il s'agit d'un cas d'urgence simple justifiant la réduction des délais de préparation des candidatures et des offres ;

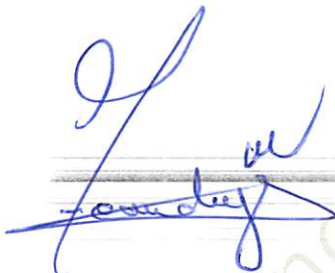
- 9) Dit que l'ouverture de la concurrence permettra à l'autorité contractante de disposer d'une pluralité d'offres pour un meilleur choix en terme de rapport qualité/coût ;
- 10) Confirme les recommandations de la DCMP à passer le marché par appel d'offres ouvert en procédure d'urgence, conformément aux dispositions de l'article 63.2 du Code des Marchés publics ;
- 11) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) est chargé de notifier à la Société des Infrastructures de Réparation navale de Dakar (SIRN) ainsi qu'à la Direction centrale des Marchés publics (DCMP), la présente décision qui sera publié sur le site officiel des marchés publics.

Le Président, par intérim,



Aïssé Gassama TALL

Les membres du CRD



Moundiyaye CISSE



Mbareck DIOP

**Le Directeur Général,
Rapporteur**

Saër NIANG

