

**DECISION N° 062/11/ARMP/CRD DU 11 MAI 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE DE L'AGENCE NATIONALE DE
LA METEOROLOGIE DU SENEGAL (ANAMS) SOLLICITANT UNE DEROGATION
AUX DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 52 NOUVEAU DU CODE DES MARCHES
PUBLICS.**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES,**

Vu l'article 30 du 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, 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°00818/MICITIE/ANAMS/DAF du 28 avril 2011 de l'ANAMS ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Cheikh Saad Bou SAMBE, présentant les faits, moyens et conclusions des parties ;

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, et de MM. Abd'El Kader NDIAYE et Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De MM Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, Oumar SARR, Conseiller juridique 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 la régularité du recours :

Par lettre du 28 avril 2011, enregistrée le même jour sous le numéro 283/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, l'ANAMS a saisi le CRD d'une demande de dérogation aux dispositions de l'article 52 nouveau du Code des marchés publics.

SUR LA COMPETENCE DU CRD

Considérant qu'aux termes du décret n° 2007-547 du 25 avril 2007 portant création de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP), notamment en son article 2,

celle-ci est l'organe compétent pour accorder les autorisations et dérogations nécessaires lorsqu'elles sont prévues par la réglementation applicable aux marchés publics et délégations de service public ;

Considérant que par courrier n° 789/mcitaie/ANAMS/DAF du 22 avril 2011, l'ANAMS a saisi la DCMP d'une demande de dérogation à l'article 52 du Code des marchés sur la procédure d'acquisition de 30 kgs d'iodure de sodium et 60 kgs d'iodure d'argent ;

Considérant que par lettre réponse n° 1789/MEF/DCMP/10 du 26 avril 2011, la DCMP a affirmé ne pas être en mesure de donner suite favorable à ladite demande et recommande à l'ANAMS de saisir l'ARMP ;

Considérant qu'à cet égard, les décisions, avis et recommandations formulés par la DCMP peuvent faire l'objet d'un recours devant le CRD si l'on se réfère aux dispositions de l'article 22 du décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, qui donne compétence à la Commission Litiges pour statuer sur les recours relatifs aux litiges opposant les organes de l'Administration intervenant dans le cadre d'une procédure de passation ;

Considérant que le litige porte sur une demande d'autorisation de l'ANAMS non satisfaite par la DCMP ;

Qu'en considération de ces éléments, il convient de déclarer recevable ledit recours qui n'est soumis à aucun délai.

LES FAITS :

L'ANAMS expose qu'en vue de la campagne d'ensemencement des nuages du Programme des pluies provoquées (PPP) communément appelé « Bawaan » qui doit démarrer en juin 2011, elle a soumis, pour avis, un dossier d'appel d'offres international portant sur la fourniture de 30 kgs d'iodure de sodium et 60 kgs d'iodure d'argent .

Après examen, la DCMP donne un avis favorable sur le dossier, assorti de réserves sur l'option prise par l'autorité contractante de lancer l'appel d'offres au niveau international.

L'ANAMS a saisi le CRD.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DE LA DEMANDE :

A l'appui de la demande de dérogation introduite auprès de la DCMP, l'ANAMS invoque trois (3) raisons essentielles :

1. Le programme de pluies provoquées « revêt un caractère très spécifique » ;
2. Les produits chimiques utilisés pour l'ensemencement de nuages doivent être de « très bonne qualité et strictement conformes aux spécifications techniques

mentionnées dans le dossier d'appel d'offres », raison pour laquelle il a été demandé aux candidats des certifications de contrôle environnemental ainsi que des résultats de test de qualité en laboratoire ;

3. Elle a été confrontée de par le passé à des difficultés liées au conditionnement desdits produits spécialement conçus pour la modification artificielle du temps ; en effet, tout retard de planification dans la fabrication et le stockage peut occasionner une perturbation sinon, rendre impossible toute opération d'ensemencement par les générateurs au sol ;

C'est pourquoi depuis le démarrage des opérations du PPP en 2005, lesdits produits, objet de l'appel d'offres, ont été toujours fournis par des sociétés internationales spécialisées dans l'ensemencement des nuages, à savoir des entreprises suédoises, américaines et françaises qui, malheureusement, ne disposent pas de représentants au niveau national, voire communautaire.

Compte tenu de l'absence de sociétés dans ce domaine, l'ANAMS a sollicité du CRD, une autorisation de poursuivre la procédure de passation en permettant la participation des entreprises étrangères spécialisées pour ce type de prestations et éviter ainsi de compromettre les opérations d'ensemencement de 2011.

LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP :

Selon l'organe chargé de la revue a priori, le financement de l'appel d'offres susnommé est assuré dans le cadre du budget consolidé d'investissement ;

Or, l'article 52 nouveau prévoit que la participation aux appels à la concurrence et aux marchés de prestations et fournitures dont le financement est prévu par les budgets de l'Etat, des établissements publics, des collectivités locales et des sociétés nationales ou sociétés à participation publique majoritaire, est réservée aux seules entreprises sénégalaises et communautaires régulièrement patentées ou exemptées de la patente et inscrites au registre du commerce et du crédit mobilier ou au registre des métiers au Sénégal ou dans l'un des Etats membres de l'UEMOA ou aux entreprises des états appliquant le principe de réciprocité.

Toutefois, l'alinéa 2 dudit article ne prévoit une dérogation que lorsque l'appel d'offres concerné ne peut être satisfait par les entreprises ci-dessus visées ; dans ce cas, l'accès aux marchés concernés est alors autorisé aux groupements constitués conjointement d'entreprises communautaires et non communautaires.

Par ailleurs, la DCMP soutient qu'en cas d'appel d'offres international, l'article 56.3 du Code des Marchés publics exige, des autorités contractantes, une publication à large diffusion internationale.

Néanmoins, la DCMP a émis par lettre en date du 22 avril 2011, un avis favorable sur le dossier d'appel d'offres sous réserves de la prise en compte desdites observations.

Malgré ces réserves et sans attendre l'avis favorable de la DCMP, l'ANAMS a informé par lettre du 22 avril 2011, l'organe chargé du contrôle a priori qu'elle a fait publier dans le journal quotidien national « Le Soleil » du lundi 18 avril 2011, un avis d'appel d'offres international, puis a sollicité l'autorisation de poursuivre la procédure de passation.

OBJET DE LA DEMANDE

Il résulte de la saisine, des faits et moyens qui la soutienne que la demande d'avis porte sur la dérogation aux dispositions de l'article 52 nouveau du Code des marchés publics n'autorisant que la participation des entreprises nationales et communautaires aux appels d'offres, lorsque le financement est assuré par le budget de l'Etat.

EXAMEN DE LA DEMANDE :

Considérant que la DCMP fonde son avis défavorable sur les dispositions des articles 52 et 56.3 du Code des marchés publics modifié ;

Considérant en effet, qu'il ressort des dispositions de l'article 52 nouveau du Code des marchés publics, que lorsque le financement d'un marché est assuré par le budget national, seules les entreprises sénégalaises et communautaires ou celles des Etats appliquant le principe de réciprocité restent éligibles, sauf lorsque l'appel d'offres concerné ne peut être satisfait par lesdites entreprises;
Que dans pareil cas, l'accès au marché est alors autorisé aux groupements constitués conjointement d'entreprises communautaires et non communautaires.

Considérant que de ce fait, l'Etat a affirmé, à travers sa mission d'appui au développement de l'économie locale, sa volonté de veiller à la promotion des entreprises locales en encadrant la participation des entreprises non communautaires aux marchés financés par le budget de l'Etat ;

Considérant cependant que le principe posé par l'alinéa 1 de l'article 52 du Code des marchés publics doit nécessairement s'apprécier en fonction des dérogations prévues, notamment dans les cas où les fournitures, travaux et services, de par leur nature, exigent des conditions particulières de réalisation difficiles ou impossibles à satisfaire par les entreprises locales ;

Considérant à cet égard que si l'autorité contractante décide de faire appel à une concurrence à l'échelon internationale, elle doit veiller au respect des principes fondamentaux qui gouvernent la commande publique et qui sont mentionnés à l'article 24 du Code des obligations de l'Administration modifié, à savoir une définition préalable des besoins, la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures ;

Considérant qu'il résulte de l'avis d'appel d'offres que malgré une correcte définition des besoins, l'ANAMS a estimé, sans en avoir administré la preuve, qu'il n'existe aucune entreprise nationale ou communautaire pouvant justifier des capacités

nécessaires pour assurer la livraison desdits produits et a fait paraître dans le journal quotidien national « Le Soleil » du 18 avril 2011, un appel d'offres qualifié « d'international », sans prendre en compte les observations de la DCMP, qui, par lettres respectives datées des 11, 22 et 29 mars 2011, avait attiré son attention sur l'exigence d'une publication à large diffusion internationale et l'obstacle de la participation d'entreprises étrangères résultant de la nature du financement ;

Considérant que s'il est admis que c'est le mode de publicité qui confère à l'appel d'offre soit son caractère national, soit son caractère international, la procédure utilisée par l'ANAMS pour le marché susvisé ne revêt aucun caractère international puisqu'ayant été lancée sur un support national, en lieu et place d'un journal de diffusion internationale, ou d'un site dédié à cet effet ;

Qu'en procédant de la sorte, l'ANAMS a visé une cible qui, selon elle, ne dispose pas des capacités requises pour exécuter le marché, notamment les entreprises nationales ;

Que dès lors, même si d'éventuelles offres d'entreprises étrangères sont reçues, force est de constater la violation des formalités de publicité prescrites et, par conséquent, de l'égalité de traitement des candidats. Ceci entraîne la nullité de la procédure de passation du marché passé, si l'on se réfère à l'article 24 nouveau du Code des obligations de l'Administration modifié ;

Considérant également qu'en référence à l'article 139 du Code des Marchés publics qui précise que si l'autorité contractante passe outre à un avis défavorable ou à des réserves accompagnant un avis favorable de la Direction chargée du Contrôle des Marchés publics sur un dossier d'appel à la concurrence, elle doit motiver sa décision par écrit et en rendre compte à l'autorité d'approbation du marché dont elle relève et en informer l'Organe chargé de la Régulation des Marchés publics.

Considérant que l'ANAMS n'a pas informé l'ARMP en la circonstance ;

Qu'il convient, en considération de ces éléments, d'annuler la procédure de passation ainsi lancée ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Constate que la demande de dérogation à l'article 52 du Code des marchés publics formulée par l'ANAMS ne rentre pas dans les prérogatives de la DCMP ;
- 2) Se déclare compétent pour la connaître ;
- 3) Dit qu'il ne peut être dérogé aux dispositions de l'article 52.1 du Code des Marchés publics qu'en cas de groupements constitués conjointement d'entreprises communautaires et non communautaires, ou lorsqu'il existe un

accord de réciprocité entre les Etats permettant la participation d'entreprises étrangères ;

- 4) Constate que l'ANAMS a dépouillé de son caractère international l'avis d'appel d'offres, en ne le publiant que dans le quotidien national « Le Soleil » ; en conséquence,
- 5) Constate que si elle veut valablement attribuer ledit marché, elle doit observer cette exigence de publication adéquate en utilisant les supports de portée internationale prévus à cet effet ;
- 6) Constate la nullité de la procédure de passation dudit marché ;
- 7) Ordonne la reprise de la procédure susnommée ;
- 8) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à l'ANAMS et à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA