

**DECISION N°012/010/ARMP/CRD DU 02 FEVRIER 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE DE REGULARISATION DE LA
DIRECTION DES PECHEES MARITIMES SUITE AU REFUS DE LA DIRECTION
CENTRALE DES MARCHES PUBLICS D'IMMATRICULER POUR DEFAUT DE
PRESENTATION A LA REVUE A PRIORI ET APPROBATION PAR UNE
AUTORITE NON HABILITEE , LE MARCHE RELATIF A LA SELECTION D'UNE
INSTITUTION D'APPUI TECHNIQUE EN ENTREPRENARIAT ET EN GESTION DE
MICRO ENTREPRISES LANCE DANS LE CADRE DU PROGRAMME DE
GESTION INTEGREE DES RESSOURCES MARINES ET COTIERES (GIRMaC).**

**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 son article 30 ;

Vu le décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics modifié, notamment en ses articles 86, 87 et 88 ;

Vu le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics notamment en ses articles 20 et 21;

Vu la décision n° 0005/ARMP/CRMP du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre n° 5256/MEF/DCMP/afal du 9 décembre 2009 de la Direction centrale des Marchés publics enregistrée le 11 décembre 2009 sous le numéro 804/09 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends ;

Après avoir entendu le rapport de M. Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, rapporteur, présentant la requête du demandeur ;

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, de MM. Abd'El Kader N'DIAYE Mamadou DEME et Birahime SECK, membres du Comité de Règlement des Différends,

De MM. Youssouf SAKHO, 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, observateurs ;

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 courrier n°5256/MEF/DCMP/afal du 9 décembre 2009 enregistrée le 11 décembre 2009 sous le numéro 804/09 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la Direction centrale des Marchés publics a fait suivre à l'ARMP une requête de la Direction des Pêches Maritimes (DPM) demandant la régularisation des marchés portant respectivement sur la sélection d'une institution d'appui technique en entrepreneuriat et en gestion de micro entreprises , et sur la sélection d'une institution de micro finance , lancés par la Cellule Opérationnelle de Mise en Œuvre du Programme de Gestion Intégrée des Ressources Marines et Côtières (GIRMaC).

SUR LA RECEVABILITE

Considérant que le décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, en son article 2, donne compétence au CRD à statuer sur les recours relatifs 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 Direction des Pêches Maritimes a saisi le Comité de Règlement des Différends par lettre n°1425/DPM/CP/MGN/YB du 1 er décembre 2009, sollicitant la régularisation du marché relatif à la sélection d'une institution d'appui technique en entrepreneuriat et en gestion de micro entreprises, suite au refus de la DCMP de procéder à l'immatriculation dudit marché ;

Que le recours étant soumis à aucun délai, il doit être déclaré recevable.

LES FAITS

Dans le cadre de la mise en œuvre du projet complémentaire au Programme de Gestion intégrée des Ressources marines et côtières (GIRMaC), la Cellule Opérationnelle de Mise en Œuvre (COMO) du projet a sélectionné pour le compte de la Direction des Pêches Maritimes (DPM), une institution d'appui technique (IAT) et une institution de micro finance (IMF) sur la base des Directives de passation de la Banque mondiale, bailleurs de fonds, sans s'en référer à la Direction centrale des Marchés publics (DCMP).

Après avoir épuisé toute la procédure et désigné l'attributaire du marché de sélection d'une institution d'appui technique (IAT), la DPM a introduit pour immatriculation le dossier à la DCMP qui le rejette.

La DPM a saisi le CRD pour solliciter l'autorisation de procéder à l'immatriculation dudit marché et d'un autre portant sur la sélection d'une institution de micro finance.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa demande, la DPM expose qu'à la suite de la décision du Gouvernement d'initier un projet complémentaire au Programme GIRMaC dénommé Projet de Gestion Durable des Ressources Halieutiques (PGDRH), elle a procédé au recrutement d'une institution d'appui technique (IAT) et d'une institution de micro finance (IMF) en collaboration avec la Banque mondiale suivant les procédures qui régissent l'Accord de Crédit n° 3998 SE relatif au Programme GIRMaC signé le 4 janvier 2005 entre la République du Sénégal et l'Association Internationale de Développement (AID) ;

Le requérant soutient que compte tenu de la spécificité de la mission de l'IMF, le bailleur de fonds a fortement recommandé l'implication de personnes ressources dans le processus d'évaluation des candidatures ;

Par ailleurs, il déclare que la signature desdits contrats était une conditionnalité de mise en vigueur de l'Accord de Crédit, et justifie l'absence de transmission desdits dossiers à la revue préalable de la DCMP par la non effectivité de l'entrée en vigueur du PGDRH.

Il conclut que la sélection de ces deux firmes était une conditionnalité de mise en vigueur du projet complémentaire PGDRH, raison pour laquelle les marchés sus visés ne figurent pas dans le plan de passation des marchés.

LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

A l'opposé, la DCMP affirme que le marché relatif à la sélection d'une institution d'appui technique en entrepreneuriat et gestion des entreprises d'un montant de cent cinquante trois millions quatre cent mille (153 400 000) francs lui a été transmis pour approbation alors que le dossier n'a pas été soumis à la revue préalable, en référence aux dispositions de l'article 138 du Code des Marchés publics fixant les seuils de contrôle a priori par la DCMP ;

Que les personnes qui ont officié dans la commission des marchés sont différentes de celles qui y ont été officiellement désignées membres ;

Enfin, le projet de marché a été irrégulièrement approuvé par le Ministre dépensier, en violation des dispositions de l'article 29 du Code des Marchés qui confèrent cette compétence au Ministre chargé des Finances.

L'OBJET DU RECOURS :

Il résulte de ce qui précède que la présente requête porte sur la demande de régularisation de deux marchés après leur rejet par la DCMP pour :

- 1) défaut d'inscription dans le Plan de passation de marché,
- 2) non soumission du dossier d'appel d'offres à la revue préalable de la DCMP,

- 3) non respect des dispositions régissant la composition des commissions des marchés,
- 4) approbation du marché par une autorité non habilitée.

AU FOND :

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 3 du décret 2007-545 du 25 avril 2007, les marchés passés en application d'accords de financement ou de traités internationaux sont soumis aux dispositions du Code des marchés publics sous réserve de l'application de dispositions contraires résultant des procédures prévues par lesdits accords ou traités internationaux ;

Qu'en application de cette disposition, et en référence aux dispositions de la Section 3.02 (a) de l'Accord de Crédit n° 3998 SE relatif à la mise en œuvre du Programme GIRMaC, l'Autorité contractante a fait application des procédures de passation des marchés de biens, travaux et services de consultants de la Banque mondiale ;

1. Sur le marché relatif à la sélection d'une institution d'appui technique (IAT) en entrepreneuriat et en gestion de micro-entreprises pour la mise en œuvre du fonds de financement de microcrédits :

1.1 Sur le défaut de publication du Plan de passation des marchés

Considérant qu'au regard des dispositions de l'article 6 alinéa 2 du Code, les marchés passés par les Autorités contractantes doivent avoir été préalablement inscrits dans un plan de passation des marchés publié, sous peine de nullité ;

Considérant que dans le cadre de la préparation d'un projet qui doit faire l'objet d'un financement, la clause 1.12 des Directives de Sélection et l'Emploi de Consultants par les Emprunteurs de la Banque mondiale de Mai 2004, révisées en Octobre 2006 permettent à l'Emprunteur, donc à l'Autorité contractante de préparer et soumettre à la Banque pour approbation avant les négociations du prêt, un Plan de passation des marchés qui ne sera rendu public qu'après approbation dudit prêt ;

Considérant que le PGDRH était en cours de négociation entre le Gouvernement et la Banque mondiale ;

Qu'il y a lieu par conséquent de considérer que la DPM s'est valablement conformée aux Directives dès lors qu'elle n'a pas procédé à la publication dudit Plan de passation ;

Sur la non soumission du dossier d'appel d'offres à la revue préalable

Considérant qu'au regard des dispositions de l'arrêté n° 11580 du 28 décembre 2007, pris en application de l'article 138 du décret 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics, il revient à la DCMP d'effectuer l'examen préalable des dossiers ayant atteint les seuils de contrôle a priori ;

Que ce contrôle porte non seulement sur l'examen des dossiers d'appel d'offres de travaux, fournitures et services, mais également sur les rapports d'évaluation des offres ou des propositions, les procès verbaux d'attribution provisoire de marchés, ainsi que l'examen juridique et technique des projets de marchés avant leur approbation ;

Considérant qu'il n'est pas contesté que la DPM a sélectionné le cabinet Sen Ingénierie Consult sans soumettre la Demande de propositions, ni le procès verbal d'attribution, encore moins le projet de marché à la revue préalable de la DCMP, en violation des dispositions de l'arrêté n° 11580 du 28 décembre 2007, pris en application de l'article 138 du décret 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics ;

Considérant que malgré l'absence d'un plan de passation des marchés intégrant les activités préparatoires pour la mise en place du PGDRH, rien ne s'opposait à la présentation du marché litigieux à la revue préalable de la DCMP, sans préjudice du contrôle a priori de la Banque ;

Qu'en conséquence, le contrat doit être annulé en référence à l'article 18 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, modifiée par la loi n°06-16 du 30 juin 2006, disposant que lorsque la conclusion d'un contrat est soumise à une autorisation préalable, la violation de cette obligation entraîne la nullité absolue du contrat ;

1.3 Sur la composition de la commission des marchés :

Considérant qu'en référence à l'article 35 du décret 2007-545 du 25 avril 2007, il est exigé, au niveau de chaque autorité contractante, la mise en place d'une commission chargée des opérations d'ouverture, d'évaluation des offres et d'attribution provisoire des marchés, dont les conditions de désignation sont déterminées par arrêté pour chaque catégorie d'autorité contractante;

Que conformément aux dispositions de l'article 38 du Code des marchés publics, la commission des marchés peut désigner tout expert choisi en fonction de ses compétences pour participer à l'évaluation des offres lorsque la nature des prestations l'exige,

Qu'au regard des informations contenues dans l'acte de nomination des membres de la commission des marchés n° 00017/ MEMTMPP/CPM du 3 avril 2009, la commission des marchés du Ministère de l'Economie Maritime des Transports Maritimes de la Pêche et de la Pisciculture est composée de Abdou Khoudoss NIANG, Président, Bacary SANE, Rapporteur, et Daouda KAMARA, auxquels s'ajoutent Mouhamadou Gorgui KAMBIE, et Atoumane DIOUF tous deux agents de la DPM ;

Qu'en lieu et place de cette équipe, l'Autorité contractante a fait valoir une commission autrement composée, comprenant notamment Mmes Marie Madeleine Gomez Ndong, Coordonnateur de la COMO et Oumou Khaïry Niang, Consultant,

Malick Diagne Spécialiste en Participation communautaire, Adama Diop de la COMO et Youssoupha Bâ, Spécialiste en passation des marchés, rapporteur, qui a procédé à l'ouverture et à l'évaluation des offres, puis à l'attribution du marché sus visé, en violation des dispositions de l'article 35 du Code des Marchés publics ;

1.4 Sur l'approbation du marché :

Considérant qu'il ressort du caractère directif des dispositions de l'article 21 de la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, modifiée par la loi n°06-16 du 30 juin 2006, que seule l'autorité administrative peut conclure des contrats au nom et pour le compte de la personne administrative qu'elle représente ;

Considérant que le marché sus nommé, d'un montant de 153 400 000 francs a été souscrit entre le Directeur des Pêches Maritimes et le Directeur de Sen Ingénierie, puis approuvé par le Ministre dépensier alors qu'il ressort des dispositions de l'article 29 du Code des Marchés publics que les marchés de l'Etat sont approuvés par le Ministre des Finances lorsque leur coût est égal ou supérieur à 100 millions de francs ;

Qu'à cet effet, la sanction prévue par les dispositions de l'article 21 de la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, modifiée par la loi n°06-16 du 30 juin 2006, est la nullité absolue du contrat ;

2. Sur le marché relatif à la sélection d'une institution de micro finance pour la gestion et la mise en œuvre du fonds de financement de microcrédits pour la reconversion des acteurs dans les pêcheries artisanales Sénégalaises :

Considérant que la DMP sollicite par la même occasion la régularisation d'un autre marché portant sur la sélection d'une institution de micro finance ;

Considérant qu'au terme de la procédure de sélection basée sur la qualification des candidats, le Crédit Mutuel du Sénégal (CMS) et la DPM ont conclu un marché dénommé « Protocole de partenariat entre le PGDRH et le Crédit Mutuel du Sénégal (CMS) », destiné à la gestion et la mise en œuvre du Fonds de financement de micro crédits pour les femmes et pour la reconversion des acteurs dans les pêcheries artisanales pour une durée de trois (3) ans ;

Que ce marché a été également attribué par la même commission des marchés irrégulièrement composée, en violation des dispositions de l'article 35 du Code des Marchés publics ;

Qu'il y a lieu par conséquent de constater sa nullité ;

DECIDE :

1. Dit que la publication du Plan de passation des marchés du PGDRH n'était pas obligatoire dès lors que le projet était en phase de négociation et l'Accord de crédit non encore signé, en référence à la clause 1.12 des Directives de Sélection et l'Emploi de Consultants par les Emprunteurs de la Banque mondiale de Mai 2004, révisées en Octobre 2006 ;
2. Constate que le marché relatif à la sélection d'une IAT n'a pas été soumis à la revue préalable de la DCMP, en violation des dispositions de l'arrêté n° 11580 du 28 décembre 2007, pris en application de l'article 138 du décret 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics ;
3. Déclare que la DPM a violé les dispositions de l'article 36 du Code des marchés publics en soumettant les offres obtenues pour la sélection d'un IAT et d'une IMF à une commission des marchés en marge de la seule officiellement instituée par arrêté n° 7/MEMTMPP/CPM du 03 avril 2009 du Ministère de l'Economie Maritime, des Transports Maritimes, de la Pêche et de la Pisciculture ;
4. Dit que le marché de sélection d'une IAT a été approuvé par une autorité non habilitée à cet effet, en violation des dispositions de l'article 29 du Code des Marchés publics ;
5. Constate que les marchés relatifs à la sélection d'une IAT et d'une IMF sont nuls et de nullité absolue, en référence aux dispositions de l'article 24 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, modifiée par la loi n° 06-16 du 30 juin 2006 ;
6. Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier au Ministère de l'Economie Maritime, des Transports Maritimes, de la Pêche et de la Pisciculture, à la Direction des Pêches Maritimes, au Programme GIRMaC, et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP