

**DECISION N°011/ARMP/CRMP/CRD EN DATE DU 11 JUIN 20 08
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR L'AVIS NEGATIF EMIS PAR LA DCMP A
LA DEMANDE D'AUTORISATION DU MINISTERE DE L'INTERIEUR DE
PASSER PAR ENTENTE DIRECTE LE MARCHE DE L'EXTENSION DU
RESEAU DE PRODUCTION DES PASSEPORTS NUMERISES.**

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

Vu la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration modifiée 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 ;

Vu le Décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) ;

Vu la décision n° 005 du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation de l'Autorité de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre n°000816/MEF/DCMP du 11 avril 2008 émettant un avis défavorable à la demande du Ministère de l'Intérieur ;

Vu la lettre mémoire du Ministre de l'Intérieur n° 00333/DBM/SP en date du 20 mai 2008, enregistrée le 03 juin 2008 au Secrétariat du CRD demandant arbitrage dudit Comité ;

Après avoir entendu :

- le rapport de M. Oumar SARR, rapporteur, présentant les moyens et les conclusions des parties,

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président du Comité de Règlement des Différends, assisté de MM Abd'El Kader NDIAYE, Birahime SECK et Barane THIAM, membres du Comité de Règlement des Différends,

De Monsieur Youssouf SAKHO, Directeur général de l'ARMP,

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 mémoire en date du 20 mai 2008, enregistrée le 03 juin 2008, sous le numéro 236, au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Directeur du Budget et des Matériels du Ministère de l'Intérieur a saisi, conformément aux dispositions de l'article 139.3 du décret n°2007-545 précité, le Comité de Règlement des Différends de l'avis défavorable de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP) à sa demande de passer un marché par entente directe avec la société MCS.

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS :

Considérant que si le décret n° 2007-546 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP en son article 22, donne compétence à la Commission Litiges pour 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 , il ne soumet le recours à aucun délai ;

Que par conséquent, il convient de déclarer recevable le recours du Ministère de l'Intérieur.

SUR LES FAITS :

Par lettre en date du 31 mars 2008, le Ministre d'Etat, Ministre de l'Intérieur a saisi la Direction centrale des Marchés publics (DCMP) par le biais du Ministre délégué auprès du Ministre de l'Economie et des Finances, chargé du Budget aux fins d'autorisation de passer par entente directe avec la société MCS, le marché relatif à la réalisation de l'extension de son réseau de transmission de données du serveur central de la Direction des passeports vers des sites extérieurs.

Faisant suite à cette demande, par lettre n° 000816/MEF/DCMP du 11 avril 2008, la Direction centrale des Marchés publics a sollicité la communication des pièces relatives au marché initial, en vue « de la finalisation de la revue de dossier ».

En réponse, par lettre en date du 25 avril 2008, le Directeur du Budget et des Matériels a confirmé sa demande, fondant son choix de passer par entente directe le marché envisagé, sur le caractère secret et sécuritaire des travaux à réaliser.

Par lettre n°001206/MEF/DCMP du 14 mai 2008, reçue le 15 mai 2008, comme en attestent les mentions ci-dessus portées, la DBM a été informée de l'avis défavorable de la DCMP à sa demande. La DBM, estimant cet avis contraire au paragraphe b) de l'article 76 du code des marchés publics a saisi le Comité de Règlement des Différends pour arbitrage.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS :

La DBM qui invoque l'application des dispositions du paragraphe a) de l'article 76, estime celles-ci parfaitement applicables au marché qu'elle souhaite passer par entente directe ; qu'en effet, elle a fait appel à la société MCS pour assurer la protection des accès du serveur central de la Direction de la Police des Etrangers et des Titres de Voyage (DPETV) pour faire face à tout risque de contrefaçon et de piratage des fichiers de la Sûreté nationale ; MCS qui a installé le réseau de transmission de la Police a reçu à cet effet une formation pointue opérée par le fabricant et attestée par des certifications délivrées par Alvarion, détenteur du produit WIMAX.

De plus, MCS est la seule société sénégalaise à avoir installé un réseau de cette dimension au Sénégal (voir la lettre n°000251/DBM/S P du 25 avril 2008).

Par ailleurs, le passeport numérisé est doté d'une puce contenant des informations très sensibles dont l'accès par des individus mal intentionnés peut donner lieu à des duplications préjudiciables à la sécurité et à la souveraineté nationale.

Enfin, les caractères secret et sécuritaire que revêtent les travaux d'interconnexion des sites de production des passeports numérisés et de l'importance des mesures de protection à déployer pour verrouiller les accès au serveur de la DPETV sont des éléments suffisants à justifier le mode de passation du marché par entente directe.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP :

Au Soutien de son avis la DCMP expose :

- 1) la violation des dispositions de l'article 7 du code des marchés publics, en ce que le requérant a ciblé une technologie particulière alors que les dispositions sus visées proscrivent toute référence à des noms de marque ou spécifications exclusives émanant d'un fournisseur ou d'un prestataire particulier ;
- 2) que la capacité de la SONATEL à proposer une solution prouve que MCS n'est pas détenteur d'un droit d'exclusivité au sens du paragraphe b) de l'article 76 du code des marchés publics ;
- 3) qu'en matière de sécurité, WIMAX est une solution réseau basée sur la transmission radio alors que la définition d'une politique de sécurité est de la compétence d'un administrateur de réseau quelle que soit la technologie utilisée et ne peut pas être assujettie à l'utilisation de la technologie WIMAX ;
- 4) que le contrat « opérateur » dont dispose la société MCS, relativement à la plate forme LINKSTAR de Intelsat, n'indique pas que cette société est la seule structure capable d'implémenter des solutions techniques pouvant répondre aux besoins du Ministère de l'Intérieur.

SUR L'OBJET DU LITIGE :

Considérant que la demande de règlement porte sur l'application des dispositions de l'article 76 du code des marchés publics ; qu'en effet, le requérant se prévaut desdites dispositions et sollicite leur application. La DCMP, au contraire, estime les conditions d'application desdites dispositions non réunies et par conséquent, les écarte.

EN DROIT :

Considérant que les dispositions litigieuses constituent une dérogation aux principes fondamentaux qui gouvernent la commande publique, à savoir : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures ;

Considérant que ces principes fondamentaux sont des règles de valeur constitutionnelle que le code des obligations de l'Administration (art.24) et le code des marchés publics ne font que rappeler ; que leur mise en œuvre exige, de la part de l'acheteur public, une définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ;

Considérant que, s'il peut être dérogé aux obligations de publicité et de mise en concurrence, ce n'est que dans les conditions définies par la loi (art. 26 du COA) et les cas limitativement énumérés par les articles 76 et 77 du décret portant code des marchés publics ;

Considérant qu'aux termes du paragraphe a) de l'article 76, il ne peut être passé de marché par entente directe que pour les travaux, fournitures ou services dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité lorsque la protection des intérêts supérieurs de l'Etat l'exige ;

Considérant comme toute dérogation, que les dispositions de l'article 76 doivent s'interpréter strictement ; qu'il appartient aux personnes qui s'en prévalent d'apporter au cas par cas la preuve de la nécessité de protéger l'intérêt supérieur de l'Etat ;

Considérant que dans le cas d'espèce, le requérant ne démontre pas en quoi les intérêts supérieurs de l'Etat peuvent être menacés par l'accès au serveur central des passeports ;

Considérant que, comme le relève la DCMP, « en matière de sécurité, WIMAX est une solution réseau basée sur la transmission radio ; que la politique de sécurité, devant être définie par un administrateur réseau quelle que soit la technologie utilisée, n'est pas assujettie à l'utilisation de la technologie WIMAX » ;

Qu'à cet égard, il appartient donc à la Direction générale de la Sûreté nationale de définir ses propres règles de sécurité, de garantir l'intégrité des données traitées et de s'engager dans une voie qui ne compromette pas une future migration vers des technologies plus performantes ;

Considérant par ailleurs, suivant en cela la DCMP, que « le contrat opérateur dont dispose la société MCS, relativement à la plate forme LINKSTAR de Intelsat, n'indique nullement que cette société est la seule structure capable d'implémenter des solutions techniques » pouvant répondre aux besoins du requérant ;

En effet, ni la complexité des travaux, ni le fait que le même opérateur ait déjà fourni et installé les équipements de base invoqués par le requérant, ne suffisent à démontrer que les besoins exprimés ne peuvent être satisfaits que par un seul et même opérateur ;

Considérant qu'il n'est pas non plus démontré que le fait pour MCS de disposer d'un contrat pour opérer auprès d'Intelsat lui donne l'exclusivité de ce droit ;

Considérant, en conséquence, que les éléments fournis par le requérant ne suffisent pas à déroger aux principes essentiels de publicité et de concurrence qui gouvernent la commande publique ;

Considérant ces éléments, par adoption des motifs développés au soutien de l'avis défavorable de la DCMP et par application des articles 21 et 22 du décret n°2007-546, et des articles 86 et 87 du décret n°2007-545, il convient de dire que le marché sollicité n'entre pas dans les prévisions des dispositions de l'article 76 du code des marchés publics.

DECIDE :

- 1) Déclare recevable le recours de la Direction du Budget et du Matériel du Ministère de l'Intérieur;
- 2) Confirme la décision de la DCMP ;
- 3) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier à la Direction du Budget et Matériel du Ministère de l'Intérieur et à la DCMP la présente décision qui sera rendue publique.

Fait à Dakar, le 11 juin 2008

**Le Président du Comité
de Règlement des Différends**

Mansour DIOP