



Copie certifiée
conforme à l'original
le.....1..0..001..2008.....

**DECISION N° 041/ARMP/CRD DU 03 OCTOBRE 2008
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES SUR LE RECOURS DU MINISTERE DE L'ECONOMIE MARITIME, DES
TRANSPORTS MARITIMES, DE LA PECHE ET DE LA PISCICULTURE CONTRE
L'AVIS DEFAVORABLE DE LA DCMP EN APPLICATION DE L'ARTICLE 45 DU
DECRET N° 2002-550 DU 30 MAI 2002 PORTANT CODE DES MARCHES
PUBLICS ET RELATIF A L'APPEL D'OFFRES POUR LE CONTROLE DES
TRAVAUX DE CONSTRUCTION DU DEBARCADERE DE L'ILE DE CARABANE**

**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 ;

Vu le décret n° 2002-550 du 30 mai 2002 portant code des marchés publics ;

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° 0005/ARMP/CRMP portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre n° 000623/MEMTMPP/DAGE/DAA du 22 septembre 2008 ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Oumar SARR, Conseiller Juridique, présentant les moyens et les conclusions des parties ;

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

De Monsieur Youssouf SAKHO, Directeur Général de l'ARMP, Monsieur Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques et Monsieur Oumar SARR, Conseiller Juridique, 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 :



Copie certifiée
conforme à l'original
le.....1..0..01..2008.....

Par lettre mémoire en date du 22 septembre 2008, enregistrée le même jour sous le numéro 210 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Ministère de l'Economie maritime, des Transports maritimes, de la Pêche et de la Pisciculture (MEMTMPP) a introduit un recours auprès du CRD en contestation de l'avis défavorable de la DCMP relatif à l'appel d'offres international pour la supervision des travaux de construction de l'embarcadère de l'île de Carabane.

Le requérant a joint à sa demande :

1. Une note explicative sur le contrôle des travaux de construction du quai de Carabane ;
2. Une copie du dossier d'appel d'offres.

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS :

Considérant que la saisine du CRD par le MEMTMPP, autorité contractante, intervient sur le fondement des dispositions de l'article 139 du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics ;

Considérant que le décret n° 2007-546 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP en son article 22 donne compétence à la Commission Litiges du Comité de Règlement des Différends 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 ;

Considérant que le présent litige oppose le MEMTMPP, en sa qualité d'autorité contractante, à la DCMP, organe de contrôle a priori de la passation des marchés publics, il convient de déclarer recevable le présent recours qui n'est soumis à aucun délai ;

SUR LES FAITS :

Le 08 février 2007, le MEMTMPP a lancé un appel d'offres international ouvert pour le contrôle des travaux de construction du débarcadère de l'île de Carabane.

Par lettre en date du 29 mai 2008, conformément aux dispositions de l'article 138 du Code des marchés publics, le MEMTMPP a saisi la DCMP pour avis sur le rapport d'analyse des offres et sur le procès verbal d'attribution provisoire du marché établis par la commission des marchés relatifs à la supervision des travaux de construction du débarcadère de l'île de Carabane.



Copie certifiée
conforme à l'original
le.....1..0..01..2008.....

Le 09 juin 2008, la DCMP émet un avis défavorable.

Le 22 septembre 2008, l'autorité contractante saisit le CRD en règlement du litige qui l'oppose à la DCMP.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS :

Le requérant reproche à la DCMP d'avoir émis un avis défavorable à sa sollicitation au motif que l'appel d'offres concerné ne pouvait être ni ouvert ni enregistrer la participation d'entreprises étrangères.

Ce que conteste le requérant qui soutient qu'aucune disposition du Code des marchés publics n'interdit d'organiser un appel d'offres international.

L'autorité contractante dit avoir procédé à un appel d'offres international, au regard du degré élevé des risques attachés aux travaux concernés, de la difficulté de trouver une expertise locale en matière de supervision de travaux portuaires et du fait que les cabinets locaux ne disposent pas de toute l'expérience requise dans la supervision des travaux envisagés ; que dans ces conditions, il convenait d'ouvrir largement l'accès au marché ;

Que les bureaux d'études locaux ont participé à la compétition, mais n'ont pas été retenus après analyse et évaluation des offres.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP :

La DCMP relève :

1. que le marché a pour objet une prestation intellectuelle ;
2. qu'il a été attribué au Cabinet EGIS BCEOM pour un montant de 270.673.165 francs CFA TTC ; et, enfin,
3. qu'il est entièrement financé par le budget national,

et en déduit, qu'au regard des dispositions des articles 45 et 55 du décret n° 2002-550 du 30 mai 2002 portant Code des marchés publics, le marché ne pouvait faire l'objet ni d'appel d'offres ouvert ni enregistrer la participation d'entreprises étrangères ;

SUR L'OBJET DU LITIGE :



Copie certifiée
conforme à l'original
le.....J..D..OCI..2008.....

Il résulte des moyens et conclusions des parties que le litige porte sur la question de savoir si un marché de prestation intellectuelle, soumis en principe à la liste restreinte, financé par le budget national, peut faire l'objet d'un appel d'offres international ouvert ;

AU FOND :

Sur le droit applicable :

Considérant qu'aux termes de l'article 151 du décret n° 2007-545 du 25 avril 2007, les marchés notifiés ou pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence publié antérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret demeurent régis pour leur exécution, par les dispositions du décret n°2002-550 du 30 mai 2002 portant code des marchés publics ;

Considérant que le présent appel d'offres a été lancé courant janvier 2007, donc antérieurement à l'entrée en vigueur du décret n°2 007-545 précité, en conséquence, il est régi par les dispositions du décret n°2002- 550 sus visé ;

Sur l'ouverture aux soumissionnaires étrangers du marché financé sur ressources internes du budget national

Considérant que la DCMP fonde sa décision sur les dispositions des articles 55 et 45 du décret 2002-550 ;

Considérant en effet, qu'en matière d'appel d'offres restreint, aux termes de l'article 55 alinéa^{1^{er}} du décret n° 2002-550 précité, en ce qui concerne « *les marchés d'études, le principe de liste restreinte est la règle* »

Mais considérant que l'appel d'offres peut être ouvert ou restreint ; que le choix entre l'appel d'offres ouvert et restreint est libre ; qu'en effet selon l'article 54 du décret n°2002-550, l'autorité contractante peut, si cela est nécessaire pour les raisons d'économie et d'efficacité, avoir recours à la procédure d'appel d'offres restreint dans les conditions définies par ledit article ;

Considérant que le recours à la liste restreinte n'est de règle que dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreint ;

Qu'en conséquence, l'autorité contractante qui décide de faire recours à la procédure d'appel d'offres ouvert n'est pas tenue par les exigences de l'article 55 sus visé ; que la liste restreinte ne s'impose que lorsque pour ses marchés d'études, l'autorité contractante décide d'organiser une compétition par appel d'offres restreint ;

Considérant, sur la participation d'entreprises étrangères à la commande publique sur financement du budget de l'Etat, que selon l'article 45.1 du décret n° 2002-550 :



Copie certifiée
conforme à l'original
le.....1..D..OCI..2008.....

« la participation aux appels à la concurrence et aux marchés de prestations et fournitures par entente directe 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 installées au Sénégal, régulièrement patentées ou exemptées de la patente et inscrites au registre du commerce et du mobilier ou au registre des métiers » ;

Que *« toutefois, il peut être dérogé à l'alinéa précédent en application d'accords internationaux et/ou régionaux lorsqu'il s'agit de fournitures, travaux ou services ne pouvant pas être livrés ou réalisés par des entreprises locales » ;*

Considérant que l'autorité contractante se prévaut de la spécificité du service qui consiste en la surveillance de travaux relatifs à la réalisation d'une infrastructure complexe pour laquelle aucun bureau d'études local ne peut justifier à lui tout seul toutes les compétences nécessaires pour assurer le contrôle requis ;

Considérant que les travaux envisagés consistent en effet en la réalisation d'ouvrage d'accostage en site maritime ouvert et d'une gare de transit et doivent être contrôlés par un cabinet spécialisé dans la supervision d'infrastructures portuaires ;

Considérant que la passation des marchés financés par le budget de l'Etat est soumise à l'obligation de limiter la participation des entreprises à celles installées sur le territoire national ; qu'ainsi, les personnes publiques doivent veiller à encourager le développement des entreprises locales ou à ne pas perturber le jeu de la concurrence sur le marché national en faisant participer des entreprises étrangères ;

Mais considérant que l'objectif recherché par la disposition de l'alinéa 1^{er} de l'article 45 du Code des marchés publics doit nécessairement s'apprécier en fonction des dérogations envisagées dans le second alinéa notamment les cas où les fournitures, travaux ou prestations, de par leur nature, exigent des conditions particulières de réalisation difficiles ou impossibles à satisfaire par les entreprises locales ;

Que se prévalant d'une telle situation, si l'autorité contractante décide de faire appel à une large concurrence, elle doit veiller au respect des principes fondamentaux qui gouvernent la commande publique et mentionnés à l'article 24 du Code des obligations de l'Administration : une définition préalable par l'acheteur public de ses besoins, la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ;

Considérant qu'il ressort des documents d'appels d'offres que les besoins de l'autorité contractante ont été clairement définis et consistent en la réalisation d'ouvrage d'accostage en site maritime ouvert et d'une gare de transit, que la procédure a été ouverte à toutes les entreprises, qu'elles soient nationales ou internationales, susceptibles de faire acte de candidature ; que la régularité et la transparence de la procédure ne sont pas mises en cause ;



Copie certifiée
conforme à l'original
le.....1..0..001..2008.....

Considérant que l'entreprise attributaire du marché de travaux a été désignée et ne peut commencer son travail que sous la surveillance du bureau d'études qui doit vérifier et approuver les notes de calculs et les plans qui lui sont soumis par l'entrepreneur ;

Considérant que la continuation de la procédure est moins préjudiciable pour les parties que sa reprise ; que tout retard dans la finalisation de la procédure peut être préjudiciable à l'Etat en raison de l'allongement des délais d'exécution du marché et des coûts des travaux consécutifs à l'actualisation des prix ;

Considérant ces éléments, et l'effet rattaché à la décision du CRD qui doit corriger les violations constatées à la réglementation ou empêcher que des dommages soient causés aux intérêts concernés, il convient d'accéder à la demande de l'autorité contractante ;

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la requête du MEMTMPP;
- 2) Constate que le marché relatif à la supervision des travaux de construction du débarcadère de Carabane, de par sa nature, exige du titulaire du marché une expérience et des compétences difficiles à satisfaire par les bureaux d'études locaux ; en conséquence,
- 3) Ordonne la continuation de la procédure d'attribution ;
- 4) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au MEMTMPP et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP