

**AVIS N°008/12/ARMP/CRD DU 03 AVRIL 2012
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA SAISINE D'AGEROUTE DEMANDANT, D'UNE
PART, L'AUTORISATION DU CRD SUITE A L'AVIS DEFAVORABLE DE LA DCMP
SUR LA PROPOSITION D'OUVRIR, AUX CABINETS ETRANGERS, LA
MANIFESTATION D'INTERETS PORTANT SUR LE MARCHE D'ETUDES POUR LES
TRAVAUX DE CONSTRUCTION DE L'AUTOROUTE MBOUR- KAOLACK-
TAMBACOUNDA – KEDOUGOU – FALEME, D'AUTRE PART, L'AVIS DU CRD SUR
LA POSSIBILITE D'ELARGIR LES APPELS A LA CONCURRENCE AUX
ENTREPRISES NON COMMUNAUTAIRES POUR LES PROJETS COMPLEXES ET
DE GRANDE ENVERGURE.**

**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 ;

Vu le décret n°2011-1048 du 27 juillet 2011 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) notamment en ses articles 20 et 21 ;

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

Vu la lettre mémoire de AGEROUTE en date du 23 mars 2012 ;

Monsieur Cheikh Saad Bou SAMBE entendu en son rapport ;

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

De M. Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, Mme Takia Nafissatou FALL CARVALHO, Conseillère chargée de la Coordination et du Suivi, MM. René Pascal DIOUF, Coordonnateur de la Cellule d'enquête sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, Elimanel FALL, Chef de Division à la Direction de la Réglementation et des Affaires juridiques, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente délibération fondée sur la recevabilité du recours ;

Par lettre datée du 23 mars 2012, enregistrée le 26 mars 2012 sous le numéro 270/12 au Secrétariat du CRD, l'AGEROUTE a saisi le CRD pour demander l'autorisation de poursuivre la procédure de passation suite à l'avis défavorable de la DCMP sur la proposition d'ouvrir, aux cabinets étrangers, la manifestation d'intérêts portant sur le

marché d'études pour les travaux de construction de l'autoroute Mbour- Kaolack- Tambacounda – Kédougou – Falémé. L'AGEROUTE sollicite également l'avis du CRD sur la possibilité d'élargir les appels à la concurrence aux entreprises non communautaires pour les projets complexes de grande envergure.

A l'appui de sa demande, le requérant a produit copie de la lettre de la DCMP n°0803/MEF/DCMP/4 du 23 février 2012.

SUR LA RECEVABILITE DE LA SAISINE

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 22 du décret 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, le CRD statue sur les litiges entre 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 dont elle est saisie ;

Considérant qu'il ressort des dispositions de l'article 2 du décret 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, que l'organe chargé de la régulation des marchés publics est chargé de veiller, par ses avis et recommandations, à l'application de la réglementation sur les marchés publics et délégations de service public et de contribuer à la promotion d'un environnement transparent favorable au jeu de la concurrence et au développement des entreprises ;

Considérant que par lettre en date du 16 février 2012, l'AGEROUTE a saisi la DCMP d'une demande d'autorisation pour ouvrir à l'international, la manifestation d'intérêts pour la sélection de candidats en vue du marché litigieux ;

Considérant qu'en réponse par lettre du 23 février 2012, la DCMP a déclaré qu'elle ne saurait donner une telle dérogation, sans outrepasser ses prérogatives et a conclu en demandant à AGEROUTE de se référer au CRD ;

Considérant que AGEROUTE a saisi le CRD par lettre en date du 23 mars 2012 reçue le 26 mars 2012 ;

Considérant que la saisine du CRD n'est soumise à aucun délai, elle doit être déclarée recevable ;

LES ELEMENTS FOURNIS A L'APPUI DE LA DEMANDE

Dans le cadre de la procédure de sélection d'un cabinet chargé des études et de la supervision des travaux de construction de l'autoroute Mbour- Kaolack- Tambacounda – Kédougou – Falémé, l'AGEROUTE a l'intention de lancer une manifestation d'intérêts à laquelle seront invitées les entreprises étrangères.

A l'appui de sa demande, l'AGEROUTE a déclaré que l'élargissement de la concurrence aux entreprises étrangères demeure la meilleure démarche susceptible de procurer à l'Administration le meilleur rapport qualité/prix, tout en permettant aux entreprises nationales d'acquérir progressivement les compétences et expériences nécessaires à la bonne exécution des projets.

Or, il résulte de l'expérience vécue ces dernières années, qu'il n'existe pas suffisamment de bureaux d'études et d'entreprises ayant une expérience avérée des grands projets structurants et dotés à la fois de ressources humaines, matérielles et financières suffisantes pour mener à bien les missions projetées.

Dès lors, la restriction de la compétition aux seules entreprises communautaires ne garantit pas la sauvegarde des principes de transparence et d'économie à cause des risques d'entente illicite et de renchérissement des coûts.

C'est la raison pour laquelle l'AGEROUTE a pris l'option de lancer les appels à la concurrence au niveau international pour les projets d'infrastructures de grande envergure dont le financement est assuré par le budget national, ce qui va amener les entreprises de la zone UEMOA à se mettre en groupement avec les entreprises étrangères, occasionnant, de ce fait, une augmentation de leur savoir faire.

L'AGEROUTE rappelle également que par décision n° 197/11/ARMP/CRD du 05 octobre 2011, le CRD s'est prononcé favorablement sur la question portant sur le dossier relatif à la construction de l'autoroute AIDB- Mbour-Thiès, ce qui a permis à l'Etat d'engranger des bénéfices de plus de vingt sept (27) milliards de francs CFA, suite à l'attribution du marché à une entreprise étrangère.

C'est pourquoi elle sollicite l'avis du CRD, d'une part, sur la possibilité d'élargir la concurrence aux entreprises étrangères, relativement à la manifestation d'intérêts portant sur la sélection d'un bureau d'études sur les travaux de construction de l'autoroute et, d'autre part, sur la nécessité de recourir à l'échelon international chaque fois que de besoin, pour les projets complexes de grande envergure.

L'avis du CRD permettra de résoudre les retards dus aux nombreux échanges avec la DCMP dans le processus de passation des marchés publics et de garantir la réussite desdits projets dans le respect des principes directeurs que sont l'efficacité, l'équité, la transparence et l'économie.

Pour justifier son choix, l'AGEROUTE a joint à sa requête, une liste de cinq projets routiers qu'elle envisage de lancer, après avis du CRD.

MOTIFS DONNES PAR LA DCMP AU SOUTIEN DE SA DECISION DE REJET

En réponse à la demande d'autorisation de l'AGEROUTE d'ouvrir, aux entreprises étrangères, la demande de manifestation d'intérêts visée en objet, la DCMP déclare avoir pris acte des arguments avancés, mais déclare qu'en l'état actuel de la réglementation sur les marchés publics, il n'est pas autorisé la participation des entreprises étrangères aux marchés dont le financement est assuré par le budget national.

Dès lors, étant habilitée à exercer un contrôle de conformité en se fondant sur le Code des marchés publics et les textes subséquents, elle ne peut autoriser pareille demande et recommande à AGEROUTE de saisir le CRD sur la question.

L'OBJET DE LA DEMANDE

Il résulte de ce qui précède que la présente demande d'avis porte sur la possibilité d'élargir, aux entreprises non communautaires, les appels à la concurrence relatifs aux marchés complexes et de grande envergure, dont le financement est assuré par le budget national.

EXAMEN DE LA DEMANDE

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 52 du Code des marchés publics, la participation aux appels à la concurrence et aux marchés de prestations et fournitures par entente directe dont le financement est prévu sur le budget national, est réservée aux entreprises sénégalaises et communautaires sauf lorsque l'appel d'offres concerné ne peut être satisfait par les entreprises susvisées, auquel cas, l'accès auxdits marchés est autorisé aux groupements réunissant les entreprises communautaires et non communautaires ;

Considérant que sur ce fondement, l'AGEROUTE a sollicité l'autorisation d'ouvrir, à l'international, la manifestation d'intérêts portant sur le marché litigieux ;

Considérant qu'il ressort des arguments avancés par l'AGEROUTE, qu'il n'existe pas suffisamment de bureaux d'études et d'entreprises au sein de l'espace UEMOA pouvant exécuter dans les règles de l'art lesdits marchés, au vu de l'expérience vécu dans un passé récent ;

Considérant que dès lors, l'AGEROUTE a l'obligation de justifier ses allégations sur la base d'un rapport, étude ou document corroborant un tel constat, ou par la disponibilité d'une base de données officielle classifiant les cabinets et bureaux d'études de l'espace UEMOA, selon leur importance technique et financière et leur capacité à réaliser les grands travaux ; ce qui n'a pas été fait ;

Considérant que pour justifier cette intention d'ouvrir cette catégorie de marchés aux entreprises hors UEMOA, l'AGEROUTE devra de prime abord, publier une manifestation d'intérêts au niveau communautaire, évaluer les résultats de la procédure avant d'envisager l'ouverture du marché ;

Considérant qu'en tout état de cause, une autorisation tendant à ouvrir les marchés financés sur budget national, ne pourra être délivrée par le CRD que si les conditions matérielles non cumulatives ci-après définies sont remplies :

1. l'autorité contractante a justifié le non aboutissement d'une procédure d'appel à la concurrence lancée dans les formes prévues, déclarée infructueuse ou sans suite ;
2. l'autorité contractante a justifié l'absence d'entreprises au niveau national et communautaire disposant des qualifications exigées pour assurer une compétition satisfaisante, lorsqu'il s'agit de prestations ayant un caractère spécifique ;

3. l'entreprise étrangère bénéficie d'un droit de participation en vertu d'un accord de réciprocité signé entre le Sénégal et le pays d'origine ;

EMET L'AVIS QUI SUIVIT :

- 1) Déclare recevable la saisine d'AGEROUTE ;
- 2) Dit que l'ouverture à la compétition aux entreprises étrangères, pour les marchés financés par les ressources nationales, est soumise à des conditions préalables ; par conséquent,
- 3) Dit que la manifestation d'intérêts du marché d'études pour les travaux de construction de l'autoroute Mbour- Kaolack- Tambacounda – Kédougou – Falémé doit concerner, dans un premier temps, les seules entreprises nationales et communautaires ;
- 4) Dit qu'en référence aux dispositions de l'article 25 nouveau du Code des obligations de l'Administration, aucune réglementation ou procédure particulière à un acheteur public, à une catégorie d'acheteurs ou à une catégorie de fournitures, services ou travaux ne peuvent déroger aux règles fixées par le Code des marchés publics ;
- 5) Dit que les décisions du CRD, lorsqu'elles visent la régulation des procédures de passation des marchés, n'ont pas une portée générale ; à cet égard,
- 6) Dit qu'une demande d'autorisation devra donc être soumise au cas par cas au CRD pour les six (6) marchés que l'AGEROUTE a planifié de lancer ;
- 7) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à l'AGEROUTE et à la DCMP, le présent avis qui sera publié.

Le Président

Abdoulaye SYLLA

Les membres du CRD

Abd'El Kader NDIAYE

Mamadou DEME

Ndiacé DIOP

**Le Directeur Général
Rapporteur**

Saër NIANG