AVIS N° 007/09/ARMP/CRD DU 11 MAI 2009
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE DE LA DCMP DE SAISIR LA COMMISSION DE L'UEMOA SUR LA CONDUITE A TENIR PAR RAPPORT AUX GARANTIES DELIVREES PAR LES BANQUES ETRANGERES

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° 1247/MEF/DCMP du 01er avril 2009 du Directeur de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP) ;

Après avoir entendu le rapport de M. Oumar SARR, Conseiller Juridique, rapporteur présentant la requête du demandeur ;

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, assisté de MM. Abd'El Kader N'DIAYE 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 et Oumar SARR, Conseiller juridique, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité de la saisine, les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre mémoire en date du 01er avril 2009, enregistrée le 02 avril 2009, sous le numéro 478/09, au Secrétariat de la Direction générale de l'ARMP, le Directeur de la DCMP a introduit auprès du Directeur général de l'ARMP d'une demande de saisine de la Commission de l'UEMOA aux fins de définir les modalités de délivrance des garanties exigées des soumissionnaires ou titulaires étrangers ; Saisi pour compétence, le Président du Conseil de Régulation a soumis la question au CRD.

A l'appui de sa demande, la DCMP expose se trouver dans une impasse lorsque les garanties que doivent fournir les soumissionnaires et titulaires des marchés lorsque ces garanties sont livrées par des organismes étrangers notamment ceux des pays membres de l'UEMOA ; qu'en effet, outre que les autorités contractantes éprouvent

des difficultés sinon se trouvent dans l'impossibilité de les réaliser, les autorités nationales, Ministre chargé de l'Economie et des Finances et la Caisse des Dépôts et Consignations, ne peuvent respectivement ni agréer les organismes financiers étrangers ni les contraindre.

L'OBJET DE LA DEMANDE :

Il résulte de ce qui précède que la question est de savoir le sort que l'autorité contractante doit réserver à la garantie lorsque l'organisme apportant sa garantie est étranger.

EXAMEN DE LA DEMANDE :

Considérant que selon l'article 114 alinéa 3 du décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics « *les candidats des marchés publics doivent fournir des garanties émanant d'organismes financiers ayant reçu l'agrément du Ministre chargé des Finances* » ;

Considérant que lorsque les garanties émanent des organismes financiers étrangers, il convient d'interroger les conventions bilatérales ou multilatérales auxquelles l'Etat du Sénégal est partie prenante ; que ce n'est qu'à défaut d'un règlement conventionnel du sort des garanties émanant de ces organismes, que l'autorité contractante, sous réserve du respect des dispositions des articles 112 à 117 du Code des marchés publics, reste libre de définir avec le titulaire du marché la nature, la forme et les conditions de constitution et de libération des garanties ainsi que des modalités de restitution ;

Qu'à cet égard, en ce qui concerne les garanties fournies par les organismes financiers relevant de l'espace UEMOA, l'article 83 de la Directive n°04/2005/cm/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marches publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire Ouest Africaine impose aux parties de se conformer aux dispositions du Traité OHADA et de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés ; que dans la définition des garanties requises, les Etats membres s'engagent à ce que les autorités contractantes ne prennent aucune disposition discriminatoire, notamment celle visant à faire obstacle à l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique ;

Considérant que ce renvoi porte plutôt sur le régime des garanties que sur l'admission des garanties émanant des organismes financiers étrangers.

Que s'agissant de ces organismes, sans que cela ne soit considéré comme un obstacle à l'accès aux marchés nationaux, il convient par une équivalence des conditions d'admettre que l'organisme apporteur de garantie doit être choisi parmi ceux agréés dans le pays d'origine conformément à la réglementation en vigueur ;

Considérant que pour les organismes financiers ne relevant pas de l'accord multilatéral UEMOA, à défaut d'accord bilatéral entre l'Etat du Sénégal et l'Etat d'origine, les modalités de constitution et de libération des garanties sont librement définies par les parties sous réserve du respect des dispositions des articles 112 à 117 du Code des Marchés publics ;

Qu'à cet effet, les cahiers des charges doivent préciser le régime des garanties qui seront exigées des candidats et des titulaires du marché ; qu'à défaut d'avoir une garantie acceptable d'un organisme satisfaisant aux conditions posées à l'alinéa 3 de l'article 114, l'autorité contractante peut accepter, conformément aux dispositions de l'alinéa 1 dudit article, une caution solidaire et personnelle de toute personne relevant de sa juridiction ;

Considérant qu'il résulte des considérations ci-dessus que pour les garanties émanant des organismes financiers étrangers, le principe est l'application des dispositions des accords bilatéraux ou multilatéraux auxquels le Sénégal est partie prenante ; qu'à défaut d'une prise en charge conventionnelle de la question, l'autorité contractante est libre d'accepter ou non les organismes apportant leur garantie ; en conséquence,

EMET L'AVIS QUI SUIT :

1. Dit n'y avoir pas lieu à saisir la Commission de l'UEMOA ;
2. Dit que, lorsque les garanties fournies émanent d'organismes financiers étrangers, il faut se référer aux conventions bilatérales ou multilatérales auxquelles le Sénégal et le pays d'origine de l'organisme financier sont parties prenantes ; qu'à cet égard,
3. Constate que la Directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marches publics et des délégations de service public dans l'union économique et monétaire ouest africaine qui renvoie aux dispositions du Traité OHADA et de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés pour les modalités de constitution, de libération ainsi que la restitution des retenues ne contient aucune disposition quant à l'exigence de fournir des garanties émanant d'organismes agréés ;
4. Dit que conformément aux buts et objectifs du Traité instituant l'Union, les garanties émanant des organismes financiers ayant reçu l'agrément des autorités compétentes des Etats membres de l'UEMOA sont éligibles aux appels d'offres nationaux ;
5. Dit qu'e dehors de l'espace UEMOA et à défaut d'accord bilatéral ou multilatéral réglementant les modalités de délivrance des garanties émanant de l'organisme étranger, l'autorité contractante reste libre de prendre une caution solidaire et personnelle ou de déterminer les modalités de constitution et de libération des garanties à fournir ; qu'ainsi,
6. Dit que l'autorité contractante pourra exiger que l'organisme financier passe par un correspondant local ;
7. Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier à la DCMP le présent avis qui sera publié.

Le Président

Mansour DIOP