

**DECISION N°035/12/ARMP/CRD DU 03 AVRIL 2012
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE DE LA HAUTE AUTORITE
CHARGEE DE LA COORDINATION DE LA SECURITE MARITIME, DE LA SURETE
MARITIME ET DE LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT MARIN (HASSMAR)
SOLLICITANT L'AUTORISATION DE POURSUIVRE LA PROCEDURE DE
PASSATION DU MARCHE RELATIF A L'INSTALLATION ET LA MISE EN SERVICE
D'UN SYSTEME NATIONAL INTEGRE DE SECURITE MARITIME, SUITE A L'AVIS
DEFAVORABLE DE LA DCMP**

**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 du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre de la Haute Autorité chargée de la Coordination de la Sécurité maritime, de la Sûreté maritime et de la Protection de l'Environnement marin (HASSMAR), enregistrée le 22 mars 2012 sous le numéro 248/12 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

Après avoir entendu le rapport de M. Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties,

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, de MM. Mamadou DEME, Abd'El Kader NDIAYE et Ndiacé DIOP, 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, Ely Manel FALL, Chef de la Division Réglementation 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 régularité du recours :

Par lettre en date du 22 mars 2012, enregistrée le même jour sous le numéro 248/12 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la Haute Autorité chargée de la Coordination de la Sécurité maritime, de la Sûreté maritime et de la Protection de l'Environnement marin (HASSMAR), a saisi le CRD pour être autorisée à poursuivre la procédure de passation du marché relatif à l'installation et la mise en service d'un système national intégré de sécurité maritime à son profit.

SUR LA RECEVABILITE DE LA SAISINE

Considérant que selon les dispositions de l'article 140 du Code des marchés publics, la DCMP assure le contrôle a priori des procédures de passation de marchés. A ce titre, elle :

- a) émet un avis sur les dossiers d'appel à la concurrence avant le lancement de la procédure de passation ;
- b) émet un avis sur le rapport d'analyse comparative des offres ou propositions et sur le procès-verbal d'attribution provisoire du marché ;
- c) effectue un examen juridique et technique avant leur approbation des projets de marchés ;

Considérant qu'aux termes des dispositions des articles 83.4 et 141.3 du Code des marchés publics, si l'autorité contractante n'accepte pas les avis et recommandations qui, le cas échéant, auront été formulés par la DCMP concernant la possibilité d'utiliser une procédure autre que l'appel d'offres ouvert ou relatif à la proposition d'attribution du marché, elle ne peut poursuivre la procédure de passation qu'en saisissant le CRD dans un délai de trois (3) jours ouvrables suivant la réception de ces recommandations ;

Considérant qu'il résulte des faits, qu'après réception du courrier en date du 20 mars 2012 de la DCMP donnant un avis défavorable à la proposition d'attribution du marché litigieux , l'autorité contractante a saisi le CRD par lettre du 22 mars 2012, enregistrée le même jour pour solliciter la poursuite de la procédure de passation ;

Considérant que la saisine du CRD a été faite dans les forme et délai prescrits, il convient de la déclarer recevable ;

LES FAITS

Après avoir obtenu du Royaume de Belgique, un prêt de quatre millions (4 000 000) d'euros, HASSMAR a lancé un appel d'offres relatif à l'installation et la mise en service d'un système national intégré de sécurité maritime.

A l'ouverture des plis, deux candidats, sur les six sociétés qui ont retiré le dossier d'appel d'offres, ont soumis une offre.

Après évaluation, la commission des marchés a déclaré non conforme l'offre du soumissionnaire Transas Marine International, puis a proposé de retenir celle de Sait Zenitel qui a soumis l'offre conforme évaluée la moins disante.

Saisi sur l'attribution du marché, l'organe chargé du contrôle a priori a donné un avis défavorable tout en proposant de déclarer l'appel d'offres infructueux.

Par lettre du 09 mars 2012, l'autorité contractante a répondu à la DCMP pour attirer son attention sur la sensibilité du marché litigieux, qui s'inscrit dans un contexte post Joola, tout en faisant des observations, d'une part, sur les raisons invoquées par la DCMP pour justifier sa décision et, d'autre part, sur le risque éventuel de perdre le financement.

Malgré tout, la DCMP a maintenu sa décision par lettre en date du 20 mars 2012.

Le 22 mars 2012, HASSMAR a saisi le CRD pour être autorisée à poursuivre la procédure d'attribution du marché.

MOYENS FOURNIS A L'APPUI DE LA SAISINE

A l'appui de sa demande, l'autorité requérante a exposé que par lettre du 08 mars 2012, la DCMP a estimé que l'appel d'offres devait être déclaré infructueux pour les raisons suivantes :

- a) l'arrêté ministériel, portant agrément de la CITIBANK Sénégal S.A à garantir les candidats aux marchés publics, est daté du 02 février 2012, alors que l'ouverture des plis a eu lieu le 26 janvier 2012. Par conséquent, selon la DCMP, la garantie de soumission délivrée par la CITIBANK Sénégal S.A au soumissionnaire SAIT ZENITEL n'est pas valable puisque la banque émettrice n'était pas agréée au moment de l'ouverture des plis ;
- b) l'offre du deuxième soumissionnaire, Transas Marine International n'a pas été déclarée conforme par la commission des marchés.

Pour justifier sa demande, HASSMAR soutient :

- 1) au niveau de l'opportunité du projet : le Sénégal s'est doté après le naufrage du bateau « Le Joola », d'un plan national de recherches et de sauvetage maritimes qui permettra de surveiller la mer, de détecter les risques et les menaces, d'identifier les auteurs d'infractions, ce qui est indispensable pour la prévention et la dissuasion ;
- 2) sur le pan sécuritaire : la porosité des frontières et les risques de pollution seront largement réduits, le trafic le long des côtes sénégalaises sera mieux surveillé et les risques de collusion et de naufrage seront circonscrits grâce au système intégré de sécurité maritime ;
- 3) sur le plan socio-économique : le système mis en place permettra de mieux combattre la pêche illégale et de détecter, de façon précoce, les risques de pollution marine ;
- 4) Sur le plan politico-diplomatique : le système national intégré de sécurité maritime va contribuer à donner au Centre de coordination des secours maritimes du Sénégal, qui est déjà construit, une vocation de coordination sous-régionale ;

- 5) Sur le plan technique : le projet est éminemment complexe en raison de sa technicité, ce qui explique le nombre très limité de soumissionnaires ayant déposé une offre ;
- 6) Sur les inconvénients liés à la relance de l'appel d'offres : en cas de relance, il est très probable que les deux soumissionnaires déposent à nouveau une offre. Des difficultés pourront alors apparaître du fait que chaque candidat connaît les prix de son concurrent et qu'une collusion entre les candidats n'est pas à écarter.
- 7) Sur le financement du projet : la Coopération technique Belge qui est le bailleur de fonds a été représentée à l'ouverture des plis et à l'évaluation des offres. Si on devait suivre la DCMP pour annuler l'appel d'offres, les crédits devant financer l'acquisition de ce matériel risquent d'être perdus.

En conclusion, l'autorité contractante déclare que si l'arrêté d'agrément de la CITIBANK Sénégal S.A a été numéroté et daté le 02 février 2012 au niveau des services de la Primature, c'est bien parce que la procédure d'agrément a été initiée bien avant cette date.

De surcroît, ledit arrêté était disponible à la date d'élaboration du rapport d'évaluation des offres.

Compte tenu de ce qui précède, l'autorité contractante sollicite, à titre exceptionnel, l'autorisation de poursuivre la procédure de passation dudit marché.

MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

Dans son avis défavorable à la proposition d'attribution du marché litigieux transmis à l'autorité contractante par lettre du 20 mars 2012, la DCMP a constaté que la caution litigieuse qui a été délivrée à Sait Zenitel n'est pas conforme puisqu'au moment de l'ouverture des plis, l'établissement financier n'était pas encore agréé.

C'est pourquoi, faute d'offre conforme, elle a proposé que l'appel d'offres soit déclaré sans suite et qu'une relance de la procédure soit effectuée.

OBJET DE LA DEMANDE

Il ressort des faits, moyens et motifs ci-dessus développés que la demande porte sur l'autorisation de poursuivre, à titre exceptionnel, la procédure de passation du marché, avec l'attributaire qui a fourni une garantie de soumission d'un établissement financier qui n'était pas agréé au moment de l'ouverture des plis.

EXAMEN DE LA DEMANDE

Considérant que selon les dispositions des articles 44 et 113 du Code des marchés publics, tout candidat à un marché public doit justifier qu'il dispose des capacités juridiques, techniques, financières et environnementales requises pour exécuter le marché, en présentant tous documents et attestations appropriés énumérés par le dossier d'appel à la concurrence, comprenant, entres autres, une garantie de soumission, pour les marchés d'un montant supérieur aux seuils fixés par arrêté du

Ministre chargé des Finances ; que le défaut de fournir la garantie de soumission à l'ouverture des plis entraîne le rejet de l'offre ;

Considérant qu'il ressort des dispositions de l'article 116 du Code des marchés publics, que les candidats aux marchés publics doivent fournir des garanties émanant d'organismes financiers ayant reçu l'agrément du Ministre chargé des finances ou ayant un correspondant local ayant obtenu ledit agrément ;

Considérant que selon l'article 68 du Code des marchés publics, avant de procéder à l'analyse, à l'évaluation et à la comparaison des offres, la commission des marchés compétente procède à un examen préliminaire, afin de déterminer si les candidatures sont recevables en application de l'article 43 et sont accompagnées des pièces mentionnées à l'article 44, puis rejette les offres non recevables ;

Qu'en application de cette disposition, la clause 20 des Instructions aux candidats (IC) prévoit que la garantie de soumission devra, au choix du candidat, être sous l'une des formes ci-après: (i) une lettre de crédit irrévocable, ou (ii) une garantie bancaire provenant d'une institution bancaire agréée par le Ministère des Finances, ou (iii) une garantie émise par une institution habilitée à émettre des garanties agréée par le Ministre chargé des finances, ou (iv) un chèque de banque ; que toute offre non accompagnée d'une garantie de soumission, selon les dispositions de la clause 20.1 des IC, sera écartée par l'autorité contractante comme étant non conforme ;

Considérant qu'il résulte des faits, qu'après ouverture des plis et évaluation des deux offres reçues, la commission des marchés de HASSMAR a saisi la DCMP qui, en retour, a fait des observations sur ledit rapport, attirant l'attention de l'autorité contractante sur le défaut d'agrément de la CITIBANK Sénégal S.A au moment de l'ouverture des plis ;

Considérant qu'il n'est pas contesté que l'arrêté portant agrément de la CITIBANK Sénégal S.A a garantir les candidats aux marchés publics, est daté du 02 février 2012, donc postérieur à la date d'ouverture des plis qui s'est tenue le 26 janvier 2012 ; qu'à cet égard, force est de constater que CITIBANK Sénégal S.A n'était pas habilitée à délivrer des garanties dans le cadre des marchés publics ;

Considérant que contrairement aux affirmations de l'autorité contractante, la procédure d'agrément a été initiée pendant l'évaluation des offres, puisque la CITIBANK Sénégal S.A a introduit, par lettre en date du 31 janvier 2012, reçue le 1^{er} février 2012, ladite demande qui a été traitée dans les 24 heures ;

Considérant que par conséquent, si l'on doit admettre que l'offre de Sait Zenitel doit être déclarée conforme, alors que celle de son concurrent, Transas Marine International, a été rejetée pour non-conformité, pareille décision irait à l'encontre du principe du traitement équitable des candidats ;

Qu'à cet égard, l'article 24 nouveau du Code des obligations de l'Administration dispose que la conclusion des contrats d'achats passés à titre onéreux par les acheteurs publics doit respecter l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures, sous peine de nullité de la procédure de passation ou du marché passé ;

Qu'en considération de ces éléments, il convient de déclarer l'appel d'offres infructueux et de relancer la procédure de passation ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la saisine de l'autorité contractante ;
- 2) Constate que CITIBANK Sénégal S.A n'était pas habilitée, au moment de l'ouverture des plis, à délivrer une garantie dans le cadre des marchés publics ;
- 3) Constate que la procédure d'agrément a été initiée par CITIBANK Sénégal S.A pendant l'évaluation des offres ; par conséquent,
- 4) Dit qu'admettre la conformité de la garantie émise par la CITIBANK Sénégal S.A, revient à violer le principe du traitement équitable des candidats, en référence à l'article 24 nouveau du Code des obligations de l'Administration ;
- 5) Confirme la décision de la DCMP déclarant l'appel d'offres infructueux ;
- 6) Ordonne la relance de la procédure de passation ;
- 7) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la Haute Autorité chargée de la Coordination de la Sécurité maritime, de la Sûreté maritime et de la Protection de l'Environnement marin (HASSMAR) et à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA

Les membres du CRD

Abd'El Kader NDIAYE

Mamadou DEME

Ndiacé DIOP

**Le Directeur Général
Rapporteur**

Saër NIANG