

**AVIS N°007/11/ARMP/CRD DU 20 AVRIL 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE D'AUTORISATION INTRODUITE
PAR L'AGEROUTE SENEGAL POUR LA PRISE EN CHARGE DES TAXES ET
DROITS DE DOUANE RELATIFS AU LOT 2 DU MARCHE DE TRAVAUX
D'EXTENSION, D'AMENAGEMENT ET D'EMBELLISSEMENT DE LA VOIE DE
DEGAGEMENT NORD (VDN) EXECUTE PAR LA COMPAGNIE SAHELIENNE
D'ENTREPRISES (CSE) SUBSEQUEMMENT A L'AVIS DEFAVORABLE DE LA
DIRECTION CENTRALE DES MARCHES PUBLICS (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° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics modifié ;

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

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

Vu la lettre n° 000715/AGEROUTE/DG/DGTOA/DPU en date du 30 mars 2011 de l'AGEROUTE SENEGAL ;

Après avoir entendu le rapport de M. Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, rapporteur présentant la requête du demandeur ;

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, MM. Mamadou DEME et Ndiacé DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De Messieurs Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, Oumar SARR Conseiller juridique, et René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

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

Par lettre mémoire en date du 30 mars 2011, enregistrée le même jour sous le numéro 253/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, l'AGEROUTE Sénégal a saisi le CRD aux fins de solliciter son arbitrage relativement à la décision défavorable de la DCMP portant sur la prise en charge, par avenant, des droits et taxes attachés au marché portant travaux d'extension, d'aménagement et d'embellissement de la VDN ;

A l'appui de sa demande, le requérant a produit les copies des pièces suivantes :

- La lettre de la DCMP n°003634/MEF/DCMP/oc du 04 septembre 2009 ;
- La lettre de la Compagnie Sahélienne d'Entreprises n° DK 689-BD/PB du 31 juillet 2009 ;
- Un fax BID n°42/SEN-0097/4041 du 09 décembre 2006 précisant le caractère HTT du marché du lot 2 financé 100% par la Banque Islamique de Développement (BID) ;
- La copie du marché n° T/141/FM Lot 2 incluant le devis quantitatif et estimatif et le sous-détail des prix unitaires ;
- La lettre de la Direction de la Dette et de l'Investissement du MEF n°6550/MEF/DGF/DDI du 31 décembre 2010 ;

SUR LA COMPETENCE

Considérant que par lettres respectives en date des 2 et 21 juillet 2009 et 5 août 2009, l'Agence nationale de l'OCI (ANOCI) a saisi la DCMP d'une autorisation portant sur la prise en charge, par avenant, des droits et taxes attachés au marché portant travaux d'extension, d'aménagement et d'embellissement de la VDN ;

Considérant qu'en réponse, par lettre en date du 4 septembre 2009, la DCMP a donné un avis défavorable à la requête ainsi introduite ;

Considérant que par lettre mémoire en date du 04 février 2010, reçue le 10 février 2010, la CSE a saisi le CRD aux fins de solliciter son arbitrage relativement à la réclamation introduite auprès de l'Agence Nationale de l'Organisation de la Conférence Islamique (ANOCI) et la prise en charge par cette autorité contractante, par avenant, des droits et taxes attachés au marché portant travaux d'extension, d'aménagement et d'embellissement de la VDN ;

Considérant que par décision n°032/10/ARMP/CRD du 16 avril 2010, le CRD, statuant en Comité Litiges, a déclaré que la CSE n'a pas qualité pour déférer les avis de la DCMP devant le CRD et a décidé en conséquence que la requête ainsi introduite est irrecevable ;

Considérant qu'à la suite de la dissolution de l'ANOCI intervenue le 30 octobre 2010, l'AGEROUTE s'étant vu confiée par l'Etat du Sénégal, le suivi des activités laissés en instance, a saisi à nouveau le CRD par lettre mémoire datée du 30 mars 2011, pour solliciter son arbitrage relativement à la décision défavorable de la DCMP justifiée par l'inscription du montant du marché en HTVA et TTC, ce qui signifie que le montant attribué comprend les droits de douanes et les taxes autres que la Taxe sur la Valeur Ajoutée (TVA) ;

Considérant qu'à cet égard, aux termes de l'article 22 du décret 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, la Commission Litiges 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 publics dont le Comité a été saisi ;

Qu'il y'a lieu de déclarer le CRD compétent.

MOYENS INVOQUES A L'APPUI DE LA DEMANDE

Dans le cadre de l'exécution de la préparation du sommet de l'Organisation de la Conférence Islamique, l'ANOCI et la CSE ont conclu un marché ayant pour objet des travaux d'extension, d'aménagement et d'embellissement de la Voie de Dégagement Nord ;

En cours d'exécution, la CSE a soumis à l'ANOCI un projet d'avenant aux fins de prendre en charge les taxes et droits de douane arrêtés à la somme de 632 093 220 FCFA compte tenu du fait que la Banque Islamique de Développement (BID), bailleur de fonds, ne finance pas cette rubrique mais supporte à 100 % le montant hors taxes hors douane du marché ;

A l'appui de sa demande, par lettre en date du 05 août 2009, l'ANOCI a relevé que par fax de la BID daté du 11/12/2006, adressé au Ministère de l'Economie et des Finances, le bailleur de fonds indiquait que le financement sur lequel elle participe ne concerne que les montants hors toutes taxes. Par ailleurs, le sous détail des prix unitaires montre que les prix ne comprennent pas les taxes et droits de douane et que le devis estimatif indique le montant pris en charge par le bailleur qui n'intègre pas non plus les taxes et droits de douane ;

Que pour ces raisons, elle conclut que l'Etat du Sénégal doit prendre en charge, sous forme d'avenant, la totalité des taxes et droits de douane ;

L'AGEROUTE qui assure le suivi des activités de la défunte ANOCI a saisi le CRD d'un arbitrage sur la question.

MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

Au motif de sa décision de rejet, la DCMP a fait sienne l'avis émis par les services fiscaux du Ministère de l'Economie et des Finances confirmant que le montant du contrat est de 10.02.394.459 francs hors TVA et est réputé donc comprendre les droits de douane et les taxes autres que la TVA ;

Pour cette raison, un avenant prenant en compte lesdits droits et taxes ne peut être conclu ;

L'OBJET DE LA DEMANDE

Il résulte de ce qui précède que le litige porte sur la demande d'une autorisation du CRD à prendre en charge, par avenant, les taxes et droits de douane portant sur le lot 2 du marché d'extension, d'aménagement et d'embellissement de la VDN, suite à l'avis défavorable de la DCMP.

EXAMEN DE LA DEMANDE

Considérant que selon l'article 23.2 du Code des Marchés publics modifié, un avenant ne peut porter que sur les objets suivants :

- a) la modification de clauses du marché initial n'ayant aucune incidence sur son montant ni sur le volume des fournitures, services ou travaux mais nécessaires à son exécution, y compris les changements affectant l'autorité contractante ou

ceux affectant la forme ou la structure juridique du titulaire sans remettre en cause les éléments du choix initial, ni l'économie du marché, ni le titulaire du marché;

- b) l'augmentation ou la réduction de la masse des fournitures, services ou travaux excédant les variations maximales prévues par le dossier d'appel à la concurrence ;
- c) la réalisation de fournitures, services ou travaux non prévus au marché mais nécessaires à l'exécution de son objet du fait de la survenance de sujétions imprévues;
- d) la prolongation ou la réduction du délai d'exécution du marché initial ;

Considérant que selon les dispositions de l'article 4 du marché susvisé, le montant des travaux pour la réalisation complète du projet (non compris l'aménagement architectural) s'élève à la somme de dix milliards vingt cinq millions trois cent quatre vingt quatorze mille quatre cent cinquante neuf francs (10 025 394 459) hors TVA , soit onze milliards huit cent vingt neuf million neuf cent soixante cinq mille quatre cent soixante deux francs toutes taxes comprises (11 829 965 462 F CFA TTC) ;

Considérant qu'un prix exprimé en hors TVA est réputé comprendre les droits d'entrées, notamment les droits de douane et les taxes autres que la TVA ;

Considérant que la modification envisagée des clauses du marché initial, par avenant, va indubitablement augmenter le montant du marché en raison de la prise en charge, par l'Etat, des droits de douane alors qu'il n'y a pas d'augmentation de la masse des travaux, encore moins la réalisation de fournitures, services ou travaux complémentaires ;

Considérant qu'à cet égard, la prise en compte de la requête envisagée n'entre dans aucun des quatre cas prévus à l'article 23.2 du Code des Marchés publics modifié ;

Considérant, par ailleurs, que les travaux qui constituent l'objet du marché sont terminés alors qu'il ressort des dispositions de l'article 23.3 du Code des marchés publics qu'aucun avenant relatif à un marché ne peut être conclu après la réception des fournitures, services ou travaux qui constituent son objet ;

Qu'il y a lieu de déclarer la demande d'autorisation non fondée ;

EMET L'AVIS QUI SUIT :

- 1) Constate que le montant des travaux indiqué sur le marché susvisé est libellé en hors TVA ; par conséquent,
- 2) Dit qu'il est réputé comprendre les droits d'entrées, notamment les droits de douane et les taxes autres que la TVA ;
- 3) Constate que les travaux, objet du marché litigieux, ont été entièrement exécutés ; qu'à cet égard,

- 4) Dit qu'aucun avenant relatif à un marché ne peut être conclu après la réception des fournitures, services ou travaux qui constituent son objet, en référence à l'article 23.3 du Code des Marchés publics modifié ;
- 5) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier à l'AGEROUTE Sénégal et à la DCMP, le présent avis qui sera publié.

Le Président

Abdoulaye SYLLA