AVIS N° 015/11/ARMP/CRD DU 26 OCTOBRE 2011 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE D'AUTORISATION INTRODUITE PAR AGEROUTE SENEGAL POUR LA PRISE EN CHARGE SOUS FORME D'AVENANT, LE PREJUDICE FINANCIER SUBI PAR LE GROUPEMENT AREZKI/GREEN LINE SUITE A L'AUGMENTATION DES PRIX DU GAS OIL, DU BITUME ET DU CIMENT DANS LE CADRE DE L'EXECUTION DES TRAVAUX D'AMENAGEMENT DE LA ROUTE LABE- SERIBA- MEDINA GOUNASS- TAMBACOUNDA ET DE FACILITATION DU TRANSPORT SUR LE CORRIDOR CONAKRY/DAKAR (TRONCON MEDINA GOUNASS- FRONTIERE GUINEE), 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° 2011-1048 du 27 juillet 2011 portan t Code des marchés publics ;

Vu le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant o rganisation 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° 02368/AGEROUTE/DG/DGTOA/DTR en date du 17 octobre 2011 de 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. Abd'El Kader NDIAYE, Mamadou DEME et Ndiacé DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De Messieurs Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, 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, Ely Manel 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 régularité de la saisine, les faits et les moyens exposés ci-après :

Par lettre mémoire en date du 17 octobre 2011, enregistrée le lendemain sous le numéro 1092/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, AGEROUTE Sénégal a saisi le CRD aux fins de solliciter son avis relativement à la requête introduite par le groupement AREZKI/Green Line pour la prise en compte du préjudice financier subi du fait de l'augmentation des prix du gasoil, du bitume et du ciment lors de l'exécution des travaux d'aménagement de la route Labé- Sériba- Médina Gounass- Tambacounda et de facilitation du transport sur le corridor Conakry/ Dakar (tronçon Médina Gounass- Frontière Guinée).

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

• Copie de la notification de l'Ordre de service n° 29/DGTOA/AATR ;

• Lettre d'AREZKI n° 0200/YSR/AKS/2011/DAF du 25 mai 2011 et ses annexes (état des prix officiels en FCFA au titre du gasoil établi par le « Comité national des Hydrocarbures », l'Indice du Moniteur des prix du bitume, l'Etat des prix officiels en FCFA de la tonne de ciment CEM II 32,5 en sacs de 50 kgs établi par la SOCOCIM ;

• La lettre de la DCMP n° 4534/MEF/DCMP/13 du 03 oct obre 2011 ;

• Copie du procès verbal de réception provisoire des travaux.

SUR LA COMPETENCE

Considérant que, par lettre en date du 23 septembre 2011, AGEROUTE Sénégal a saisi la DCMP d'une demande d'avis suite à la requête introduite par le groupement AREZKI/Green Line dont l'objet est la prise en compte du préjudice financier subi lors de l'exécution du marché litigieux, du fait de l'augmentation des prix du gasoil, du bitume et du ciment ;

Considérant qu'en réponse, par lettre en date du 03 octobre 2011, la DCMP a donné un avis défavorable à la requête ainsi introduite ;

Considérant que, par lettre mémoire en date du 17 octobre 2011, AGEROUTE Sénégal a saisi le CRD aux fins de solliciter son avis relativement à la réclamation introduite par le titulaire du marché, pour la prise en charge du préjudice financier découlant de l'exécution du marché ;

Considérant qu'à cet égard, aux termes de l'article 140 du Code des marchés publics, la DCMP peut donner un avis sur les dossiers que lui soumettent spontanément les autorités contractantes ;

Considérant également que selon l'article 21 du décret 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, la Commission Litiges est également chargée, entres autres, de rendre des avis dans le cadre de la procédure de règlement amiable des litiges relatifs à l'exécution des marchés publics et délégations de service public ;

Qu'à cet égard, il y'a lieu de déclarer le CRD compétent.

MOYENS INVOQUES A L'APPUI DE LA DEMANDE

Dans le cadre de l'exécution du marché susnommé, le groupement AREZKI/Green Line, désigné titulaire à la suite d'un appel à la concurrence, a saisi par lettre du 25 mai 2011, AGEROUTE Sénégal pour demander l'actualisation des prix du marché à la suite des « très fortes hausses qui ont frappé les produits pétroliers, essentiellement le gasoil et le bitume depuis la date de remise de notre offre (le 18 mars 2009) à nos jours ».

Le titulaire du marché poursuit en faisant état d'un réel préjudice financier subi et demande en conséquence à l'autorité contractante, une compensation tout en produisant l'ensemble des factures de gasoil et de bitume consommés lors de l'exécution du marché.

Le montant total du marché litigieux est arrêté à la somme de 18 813 517 780 F CFA TTC, dont :

• 14 645 511 830 F CFA TTC au titre du marché initial,

• Avenant n° 1 : 2 656 022 435 F CFA TTC,

• Avenant n° 2 : 1 401 815 154 F CFA TTC,

Par ailleurs :

• La date de soumission à l'appel d'offres est le 18 mars 2009,

• L'ordre de service remonte au 09 novembre 2009,

• La date de démarrage des travaux est le 24 novembre 2009,

• La date de fin des travaux a eu lieu le 24 juillet 2011 ;

• L'architecture du financement des travaux se présente comme suit : Etat du Sénégal (33,5%), Fonds Koweitien pour le Développement Economique Arabe (33,5%) et Fonds Saoudien de Développement (33%).

Selon le titulaire du marché relayé par l'AGEROUTE Sénégal, le préjudice financier subi est évalué à un milliard cent dix neuf million huit cent soixante seize mille vingt neuf francs (1 119 876 029) TTC.

Pour illustrer ses propos, il avance que depuis la date de remise des offres du 18 mars 2009, le prix du gasoil et celui du bitume ont connu une augmentation assez consistante selon les proportions suivantes :

- Le gasoil est passé de 420 francs hors taxes le litre à 629 francs hors taxes le litre, soit une augmentation de 49,8% ;

- Le prix de la tonne de bitume est passé de 265 000 francs hors taxes à 426 371 francs hors taxes, soit une augmentation de 60,9 %.

Cette position du titulaire du marché est assez partagée par l'AGEROUTE Sénégal qui qualifie de disproportionnée, la variation des prix par rapport à ceux figurant sur le marché et par conséquent, estime que la situation vécu par le titulaire n'est pas compatible avec les dispositions de l'article 20 du Code des marchés publics qui prévoient un marché à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas susceptible d'exposer l'une des parties à des risques, du fait de l'évolution prévisible des conditions économiques.

Mais malgré les raisons avancées, la DCMP a rejeté la possibilité d'introduire, sous forme d'avenant, une clause de révision des prix pour la prise en charge des variations constatées.

MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

Au motif de sa décision de rejet, la DCMP avance qu'une clause de révision non prévue au contrat initial ne peut être introduite par voie d'avenant pour prendre en compte une fluctuation des prix.

Dès lors, il appartient à l'autorité contractante d'examiner toutes les justifications fournies à l'appui d'une demande d'indemnité.

L'OBJET DE LA DEMANDE

Il résulte de ce qui précède que la demande d'avis de l'AGEROUTE Sénégal porte sur la possibilité de prendre en charge, par avenant, une clause de révision des prix à la suite du préjudice financier subi par le titulaire d'un marché suite à l'augmentation des prix de certains intrants lors de l'exécution des prestations.

EXAMEN DE LA DEMANDE

Considérant qu'il ressort de l'article 21 du Code des Marchés publics la possibilité pour l'autorité contractante d'insérer, dans le dossier d'appel à la concurrence, une clause de révision afin de prendre en compte la variation du coût des éléments de la prestation concernée lorsque la durée du marché dépasse douze (12) mois ;

Considérant que selon l'article 23.2 du Code des Marchés publics, 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 10.4 du cahier des Clauses Administratives générales du dossier d'appel d'offres (DAO), les prix sont réputés fermes sauf si le marché prévoit qu'ils sont révisables ;

Que cette révision des prix ne peut intervenir que si elle est expressément prévue dans le Cahier des Clauses administratives particulières par le biais d'une formule de révision ;

Considérant qu'en application de cette disposition, l'autorité contractante a pris l'option, au niveau de la clause 4 de la Lettre de marché souscrite par les parties le 24 septembre 2009, de mentionner que les prix sont fermes et non révisables, malgré la durée de dix huit (18) mois prévue pour l'exécution des prestations ;

Considérant également que le groupement d'entreprises AREZKI/Green Line fait droit à une révision des prix des intrants, sur la base des quantités de gasoil, de bitume et de ciment consommés depuis le démarrage des travaux jusqu'en avril 2011, alors qu'il avait toute latitude d'introduire une requête pour la prise en charge desdites variations lors de la signature des avenants n° 1 e t 2 respectivement souscrits le 10 juin 2010 et le 18 octobre 2010 ;

Que ne l'ayant pas fait, il ne peut attendre la fin du marché litigieux dont les travaux ont fait l'objet d'une réception provisoire le 09 juillet 2011, pour introduire auprès de l'organe chargé du contrôle a priori, la demande de prise en charge du préjudice financier subi, si l'on se réfère aux dispositions de l'article 23.3 du Code des marchés publics modifié qui prévoit qu'aucun avenant relatif à un marché ne peut être conclu après la réception des fournitures, services ou travaux qui constituent son objet ; par conséquent,

EMET L'AVIS QUI SUIT :

1) Constate que la clause 4 de la Lettre de marché souscrite par les parties mentionne que les prix sont fermes et non révisables, malgré la durée de dix huit (18) mois prévue pour l'exécution des prestations ;

2) Constate que la demande de révision des prix du groupement d'entreprises AREZKI/Green Line a été introduite après la réception des travaux ;

3) Dit que quelque soit le motif invoqué pour justifier l'avenant demandé, la requête soumise n'entre dans aucun des quatre cas prévus à l'article 23.2 du Code des Marchés publics pour produire un avenant ;

4) Dit que toutefois, pour obtenir réparation du préjudice évoqué, l'attributaire du marché peut introduire, devant le juge, une requête pour obtenir une indemnité compensatrice dans les conditions fixées par le Code des Obligations de l'Administration modifié ;

5) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargée de notifier à l'AGEROUTE Sénégal et à la DCMP, le présent avis qui sera publié.

Le Président

Abdoulaye SYLLA

TELECHARGER LE PDF

LES AUTRES AVIS:

Avis n°011/12/ARMP/CRD du 1er aout 2012 du Comité de Règlement des Différends statuant en commission de litiges sur la saisine du CNHU   relative à la suite à donner à un « marché » de restauration.

Avis n°010/12/ARMP/CRD du 1er aout 2012 du Comité de Règlement des Différends statuant en commission de litiges sur la saisine du Ministère de l'Ecologie et de la Protection de la Nature sur la conduite à tenir suite au refus de la DCMP de se prononcer sur les rapports d'évaluation des offres de six (6) marchés.