

AVIS N° 012/11/ARMP/CRD DU 07 SEPTEMBRE 2011 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE D'AVIS DE L'AGENCE DES TRAVAUX ET DE GESTION DES ROUTES (AGEROUTE) SUR L'AVIS DE LA DCMP IMPUTANT LE FINANCEMENT DU MARCHE DES TRAVAUX RELATIFS A LA CONSTRUCTION DE L'AUTOROUTE AIBD-MBOUR-THIES AU BUDGET NATIONAL ET, EN CONSEQUENCE, LA LIMITATION DE SON ACCES AUX SEULES ENTREPRISES NATIONALES ET COMMUNAUTAIRES.

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES,

Vu la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 en ses articles 30 et 31 ;

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, modifié ;

Vu la décision n° 0005/ARMP/CRD du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre n°001895/AGEROUTE/DG/SG du 17 août 2011 du Directeur général d'AGEROUTE ;

Écrit par ARMP

Samedi, 15 Décembre 2012 18:39 - Mis à jour Lundi, 17 Décembre 2012 12:06

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Oumar SARR, Conseiller juridique, présentant les faits et conclusions des parties ;

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

De MM Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP assurant le secrétariat du CRD, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques et René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité du recours, les faits et moyens exposés

ci-après :

Par lettre du 17 août 2011, enregistrée le 18 août 2011, sous le numéro 858/11, au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, AGEROUTE a saisi le CRD pour être éditée sur l'avis de la DCMP estimant que le financement du marché des travaux relatifs à la construction de l'autoroute AIBD-Mbour-Thiès est imputable au budget national, et en conséquence, réservant l'accès audit marché aux seules entreprises nationales et communautaires et à celles des pays appliquant le principe de réciprocité.

SUR LA RECEVABILITE :

Considérant qu'aux termes de l'article 30 nouveau du Code des obligations de l'Administration, l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) est chargée de conseiller et d'assister les autorités compétentes de l'Etat dans l'élaboration des textes législatifs et réglementaires concernant la passation et l'exécution des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat, lors de l'analyse des résultats de l'application de ces textes, et pour leur adaptation ou modification ;

Qu'aux termes de l'article 2.5 du décret n°2007-54 6 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, elle est également chargée de veiller, par ses avis et recommandations, à l'application de la réglementation et des procédures relatives à la passation des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat, des documents standards et de contribuer à la promotion d'un environnement transparent favorable au jeu de la concurrence et au développement des entreprises et de compétences nationales stables et performantes ;

Considérant qu'à ce titre, l'ARMP peut être saisie par toute autorité contractante, tout candidat ou titulaire de marchés pour avis sur l'application, le sens ou la portée de la réglementation et des procédures relatives à la passation des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat, des documents standards, ou des décisions relatives aux procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics ;

Considérant que le recours à une telle demande n'est soumise à aucune condition de délai et de forme ;

Considérant qu'en lieu et place d'une contestation de l'avis défavorable émis par la DCMP sur le dossier d'attribution du marché de travaux relatifs à la construction de l'autoroute AIBD-THIES-MBOUR, AGEROUTE a saisi le CRD pour avis sur la portée de l'article 52 du Code des marchés publics;

Considérant que par ce choix, AGEROUTE n'a pas entendu placer son action sur le fondement de l'article 81.4 du Code des marchés publics qui lui donnait la possibilité de contester l'avis émis par la DCMP dans un délai de trois (3) jours et d'obtenir du CRD une décision ayant force exécutoire ;

Écrit par ARMP

Samedi, 15 Décembre 2012 18:39 - Mis à jour Lundi, 17 Décembre 2012 12:06

Que le sollicitant a un avis, elle a entendu disposer d'un éclairage sur la portée d'une disposition réglementaire applicable aux procédures de passation des marchés publics;

Qu'en considération de cet élément et de ce qui précède, il convient de déclarer recevable AGEROUTE en sa demande ;

LES FAITS

Dans le cadre de la mise en oeuvre du projet d'autoroute AIBD-Mbour-Thiès, agissant au nom et pour le compte du Ministère de la Coopération internationale, des Transports aériens, des Infrastructures et de l'Energie, et en collaboration avec l'APIX SA, AGEROUTE a lancé le 09 mars 2011 un appel d'offres international pour la réalisation des travaux relatifs à la construction de l'autoroute AIBD-Mbour-Thiès.

Lesdits travaux ont été répartis en trois (3) lots.

Vingt trois (23) candidats ont retiré le dossier d'appel d'offres. Le 28 juin 2011, à l'ouverture des plis, neuf (09) offres ont été enregistrées et ouvertes.

Après évaluation et correction des offres, la Commission a proposé l'attribution de chacun des lots au soumissionnaire CWE, qui a offert un rabais de 12% sur le lot 1, 10% sur le lot 2 et 11% sur le lot 3. Ainsi :

- le lot 1 a été attribué pour le montant de quarante milliards huit cent six millions trois cent quatre vingt quinze mille six cent soixante sept (40 806 395 667) F TTC ;

-le lot 2 a été attribué pour le montant de cinquante milliards six cent quarante huit millions quatre vingt dix mille quatre cent cinquante huit (50 648 090 458) F CFA TTC ;

-le lot 3 a été attribué pour le montant de soixante deux milliards trois cent quatre vingt six millions cinq cent quatre vingt dix huit mille quatre cent soixante dix (62 386 598 470) F CFA TTC.

Sur cette base, saisie pour avis sur la décision d'attribution du marché, la DCMP a émis un avis défavorable.

MOTIFS DONNES PAR LA DCMP AU SOUTIEN DE SON AVIS :

A l'appui de son avis défavorable, la DCMP a donné, entre autres, les motifs qui suivent :

•relativement au financement, il ressort des avis publiés et du DAO qui a reçu son avis favorable que celui-ci a pour source le Budget d'Investissement consolidé (BCI) alors que dans le rapport d'analyse il est indiqué que le financement est conjoint : « Etat du Sénégal et marché financier international » ; que si cette dernière indication résulte d'un changement dans la source de financement, celle-ci doit être portée à la connaissance des candidats par additif ; que, cependant, s'il y a lieu de prendre en compte la décision n°064/11/ARMP/CRD du 11 mai 2011, de l'autorité de Régulation des marchés publics qui a spécifié que les ressources résultant d'emprunts opérés sur le marché financier international demeurent nationales ; en ce cas,

•aux termes de l'article 52 du Code des marchés publics, la participation à l'appel d'offres est réservée aux seules entreprises sénégalaises et communautaires et aux entreprises des Etats appliquant la réciprocité avec le Sénégal ainsi qu'aux groupements constitués d'entreprises communautaires et d'entreprises non communautaires ; que l'attributaire proposé n'entrant dans aucune de ces hypothèses, l'autorité contractante doit reprendre l'évaluation des offres ;

• **relativement à l'économie de plus de soixante milliards induit par l'ouverture du marché à la concurrence des entreprises non communautaires et le risque de surenchérissement de vingt sept milliards (27 000 000 000) F CFA TTC, il y a lieu de relever :**

1. qu'au regard du montant estimatif communiqué, qui est de deux cent six milliards (206 000 000 000) F CFA dont soixante six milliards (66 000 000 000) pour le lot 1 et soixante dix milliards (70 000 000 000) pour les lots 2 et 3. Sur la base de ce montant, l'économie induite serait de quarante neuf milliards (49 000 000 000) F au lieu de soixante milliards (60 000 000 000) F CFA ;

2. que le Groupement d'entreprises constitué par SINTRAM/HOUAR, éligible à l'appel d'offres en vertu de la Convention d'établissement signée le 27 mars 1964 entre le Gouvernement du Sénégal et le Gouvernement du Royaume de Maroc est moins disant sur les lots 1 et 3 et peut être, de ce fait, déclaré attributaire de ces lots en application de l'article 52 du Code des marchés publics.

ELEMENTS FOURNIS A L'APPUI DE LA DEMANDE

A l'appui de sa demande, AGEROUTE a soutenu :

1) qu'en ce qui concerne le financement du marché, confirmation a été donnée aux candidats que la source du financement est le BCI ; que, cependant, compte tenu que les ressources internes ne peuvent pas prendre en charge le coût du projet, estimé à plus de deux cents milliards de francs CFA, l'option a été prise, dès l'entame du projet de recourir à un emprunt sur le marché financier international pour assurer sa couverture.

Par ailleurs, comme il résulte des mentions du procès verbal établi à l'issue de la réunion préparatoire organisée avec les candidats, ceux-ci ont été informés que la source du financement est toujours le BCI que le recours au marché

Écrit par ARMP

Samedi, 15 Décembre 2012 18:39 - Mis à jour Lundi, 17 Décembre 2012 12:06

financier n'a pas modifiée. La DCMP, qui a, du reste, émis un avis favorable à la liste restreinte constituée sur cette base relativement au marché de supervision des travaux objet de l'attribution contestée, ne peut pas ignorer cet état de fait (V. lettre n°01365/MEF/DCMP/53 du 29 mars 2011) ; qu'en effet, cette liste comporte des cabinets qui ne relèvent pas de l'espace communautaire et, à leur sujet, la DCMP n'a formulé aucune objection pour inobservation des dispositions de l'article 52 susvisé ;

Que sur l'option d'ouvrir le marché aux entreprises non communautaires, elle a été dictée, compte tenu de l'envergure du projet qui va induire un enjeu financier, technique et organisationnel très important, par le souci de réaliser les travaux au meilleur rapport qualité/coût dans des conditions optimales de transparence et d'efficacité ; que le résultat, par rapport à la concurrence et à l'économie, qui en résulte, soit vingt sept milliards (27 000 000 000) F CFA, entre le premier moins disant (CWE) et le deuxième moins disant

(HOUAR/SINTRAM), prouve le bien fondé de l'ouverture du marché aux entreprises non communautaires ; au surplus, l'évaluation a montré que le groupement HOUAR/SINTRAM ne satisfait aux critères de qualification que pour un seul lot là où HENAN CHINE/CDE n'est qualifié pour aucun des deux lots.

• Enfin, AGEROUTE a conclu que la reprise de l'évaluation, sans la participation des entreprises étrangères à la communauté ou bénéficiant de la réciprocité, serait préjudiciable à l'Etat du fait du surcoût que va entraîner cette option et risquerait de bloquer le projet du fait de la non qualification des entreprises dites éligibles à l'article 52 susvisé.

OBJET DU LITIGE

Il ressort des faits ci-dessus exposés que le litige porte principalement :

1) sur le caractère national ou non du financement ; et, en conséquence,

2) sur l'application et la portée de l'article 52 du Code des marchés publics qui limite l'accès des marchés financés sur ressources nationales aux seules entreprises sénégalaises et communautaires ainsi qu'à celles des Etats appliquant la réciprocité.

EXAMEN DU LITIGE

1. Sur le caractère national ou non du financement :

Considérant qu'il ressort des DPAO, clause IC 2.1, que le financement du marché est pris en charge par le Budget Consolidé d'Investissement (BCI) de l'Etat du Sénégal;

Considérant que, relativement à la mention selon laquelle le financement est conjoint « Etat du Sénégal et marché financier international », AGEROUTE a soutenu sans être contesté que dès la finalisation du projet, pour assurer la couverture financière des travaux, il a été décidé de recourir à un emprunt sur le marché financier international;

Que donc les ressources constituées pour assurer le financement du projet

proviennent d'emprunt obligataire placé en dehors du Sénégal, pays débiteur ;

Considérant qu'à ce propos, la décision n°064/11/AR MP/CRD du 11 mai 2011 du CRD a admis que les ressources résultant d'emprunts opérés sur le marché financier international sont considérées comme nationales ;

Que dans ces conditions, le recours à un emprunt obligataire placé en dehors du pays

du débiteur n'a pas pour effet de modifier le caractère national de la source de financement qui est le BCI ;

Qu'en conséquence, il y a lieu de considérer dans le cas d'espèce que le financement du projet relève du budget de l'Etat ;

2. Sur l'application et la portée de l'article 52 du Code des marchés publics qui limite l'accès des marchés financés sur ressources nationales aux seules entreprises sénégalaises et communautaires ainsi qu'à celles des Etats appliquant la réciprocité :

Considérant qu'aux termes de l'article 52 nouveau 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 par les budgets de l'Etat, des établissements publics, des collectivités locales et des sociétés nationales ou sociétés à participation publique majoritaire, est réservée aux seules entreprises sénégalaises et communautaires, régulièrement patentées ou exemptées de la patente et inscrites au registre du commerce et du crédit mobilier ou au registre des métiers au Sénégal ou dans l'un des Etats membres de l'UEMOA ou aux entreprises des Etats appliquant le principe de réciprocité.

Toutefois, il est dérogé à l'alinéa précédent lorsque l'appel d'offres concerné ne peut être satisfait par les entreprises ci-dessus visées. L'accès aux marchés concernés est alors autorisé aux groupements constitués conjointement d'entreprises communautaires et non communautaires »

Considérant qu'il résulte de la disposition précitée, en particulier de l'alinéa premier, que l'accès aux marchés dont le financement est prévu par les budgets de l'Etat, des établissements publics, des collectivités locales et des sociétés nationales ou sociétés à participation publique majoritaire est limité aux seules entreprises communautaires ou relevant de la juridiction d'un Etat qui accorde les mêmes faveurs aux entreprises sénégalaises ; que peu importe que le marché soit passé par appel d'offres ouvert ou par entente directe ;

Considérant que selon l'article 30 de la Directive 04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et délégations de service public dans l'Union économique et monétaire Ouest Africaine (UEMOA) : « l'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout candidat, qui n'est pas visé par les restrictions visées aux articles 17 (relatif aux cas de conflits d'intérêt) et 18 (relatif aux restrictions liées à la personne des candidats et soumissionnaires), peut soumettre une demande de pré qualification ou une offre »

Considérant que pour la mise en œuvre de cette disposition, la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'Administration a été modifiée, en son article 26, par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006. L'article 26 nouveau du COA dispose que

« l'appel d'offres est la procédure par laquelle les autorités contractantes attribuent le marché, après appel à la concurrence et ouverture publique des offres, sans négociation, au candidat réunissant les conditions de qualification, qui remet l'offre la moins disante, sur la base des critères quantifiés en termes monétaires préalablement portés à la connaissance des candidats »

Que selon le même texte, l'appel d'offres « est dit ouvert lorsque tout candidat peut remettre une offre ».

Considérant qu'il y est également indiqué que « le Code des marchés publics définit les modes d'appel à la concurrence autres que l'appel d'offres ouvert ainsi que les autres méthodes de passation, tels que l'entente directe avec un fournisseur ou la demande de renseignements et de prix, qui ne peuvent être utilisés que dans les conditions qu'il prévoit limitativement et sous le contrôle de l'autorité administrative chargée du contrôle de la passation des marchés »

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'appel d'offres ouvert est défini par la loi comme le mode de passation des marchés auquel tout candidat peut participer ;

Qu'il ne peut être dérogé au caractère égalitaire de l'appel d'offres ouvert que dans les

cas prévus à l'article 28 nouveau du Code des obligations de l'Administration ;

Qu'en effet, selon ledit article, « par dérogation au principe d'égalité de traitement des candidats, une préférence peut être attribuée lors de la passation d'un marché aux offres portant sur des fournitures, services ou travaux d'origine ou de fabrication sénégalaise présentés par une entreprise nationale dans les conditions et limites déterminées par le Code des marchés publics et dans le respect des dispositions des traités et accords internationaux conclus par la République du Sénégal »

Considérant que cette prescription doit être interprétée conformément aux dispositions de l'article 62 de la Directive 04/2005/CM/UEMOA précitée qui dispose que « Lors de la passation d'un marché public ou d'une délégation de service public, une préférence doit être attribuée à l'offre présentée par une entreprise communautaire.

Cette préférence communautaire remplace les préférences nationales existant dans les Etats membres. Elle doit être quantifiée sous forme de pourcentage du montant de l'offre. Un tel pourcentage ne peut en aucun cas excéder quinze (15) pour cent.

La marge de préférence communautaire doit être prévue au dossier d'appel d'offres... »

Qu'en considération du caractère hautement concurrentiel et égalitaire de l'appel auquel il ne peut être porté de dérogation que par application du droit de préférence, les dispositions de l'alinéa premier de l'article 52, qui limitent l'accès des marchés dont le financement est assuré par les ressources nationales aux seules entreprises nationales et communautaires, vont au-delà des prévisions de la Directive communautaire et de la loi nationale.

Par conséquent, en considération de la hiérarchie des normes, conclut que l'alinéa premier de l'article 52 n'est pas applicable à l'appel d'offres ouvert.

Considérant qu'cependant, qu'aux termes de l'alinéa 2 de l'article 52 il est autorisé la constitution de groupements réunissant des entreprises communautaires avec des entreprises non communautaires ;

Considérant que cette disposition vise à encourager la mise en place de coentreprises ou d'associations d'entreprises pour favoriser le transfert de technologies, et parallèlement, assurer un niveau suffisant de participation à l'échelle nationale ;

Considérant toutefois que si l'application de cette disposition est obligatoire en cas d'appel d'offres restreint ou de marché par entente directe, elle demeure facultative en cas d'appel d'offres ouvert ;

Qu'en conséquence, l'autorité contractante aurait pu prévoir, dans le dossier d'appel d'offres, la constitution de groupements d'entreprises communautaires avec des entreprises non communautaires. Que ne l'ayant pas fait, elle n'a pas, cependant, commis de faute susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure ;

EMET L'AVIS QUI SUIIT :

1) Constate que l'article 30 de la Directive 04/2005/CM/UEMOA susvisée et l'article 28 de la loi n°2006-13 précitée définissent l'appel d'offres ouvert comme la procédure par laquelle tout candidat peut remettre une offre ;

2) Constate que le premier alinéa de l'article 52 du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics réserve l'accès des marchés financés sur ressources nationales aux seules entreprises nationales et communautaires quel que soit le mode de passation desdits marchés ;

3) Constate que cette disposition est antinomique avec celles des articles 30 de la directive communautaire et 28 de la loi nationale ;

4) Dit qu'en raison de la hiérarchie des normes, l'alinéa premier de l'article 52 n'est pas applicable en cas d'appel d'offres ouvert ;

5) Dit qu'en cas d'appel d'offres ouvert, il est recommandé par l'alinéa 2 de l'article 52 susvisé de favoriser la mise en place de coentreprises ou d'associations d'entreprises pour favoriser le transfert de technologies, et, parallèlement, assurer un niveau suffisant de participation à l'échelle nationale ;

6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier AGEROUTE et à la DCMP le présent avis qui sera publié.

Le Président

Abdoulaye SY

[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](#)

Écrit par ARMP

Samedi, 15 Décembre 2012 18:39 - Mis à jour Lundi, 17 Décembre 2012 12:06

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.**
