

**DECISION N° 145/19/ARMP/CRD/DEF DU 18 SEPTEMBRE 2019
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE DELGAS ASSAINISSEMENT
CONTESTANT L'ATTRIBUTION PROVISoire DU LOT 2 DU MARCHE PORTANT SUR
LES TRAVAUX D'ENTRETIEN ET D'EXPLOITATION DES RESEAUX D'EAUX USEES
ET D'EAUX PLUVIALES A DAKAR ET DANS LES REGIONS, LANCE PAR L'OFFICE
NATIONAL DE L'ASSAINISSEMENT DU SENEGAL (ONAS)**

**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, modifiée par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006 ;

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 le décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des Marchés publics ;

VU le décret n° 2017-527 du 11 avril 2017 portant nomination des membres du Conseil de Régulation (CR) de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), modifié par le décret n° 2018-802 du 30 avril 2018 ;

VU la décision n° 0005/ARMP/CRMP du 20 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

VU la résolution n°09-12 du 13 décembre 2012 instituant le versement d'une consignation pour la saisine du Comité de Règlement des Différends ;

VU la résolution n° 04-17 du 20 avril 2017 portant nomination des membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP ;

VU le recours de la société DELGAS Assainissement du 03 juin 2019 ;

VU la quittance de consignation n°100012019001584 du 03 juin 2019 ;

Madame Henriette DIOP TALL, entendue en son rapport ;

En présence de monsieur Ibrahima SAMBE, Président par intérim ; de messieurs Alioune Badara FALL et Abdourahmane NDOYE, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De Monsieur Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, assisté par ses collaborateurs, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation ;

Adopte la présente décision :

Par lettre reçue et enregistrée à l'ARMP le 3 juin 2019, la société DELGAS ASSAINISSEMENT SUARL a saisi le Comité de Règlement des Différends (CRD) pour contester l'attribution provisoire du lot 2 du marché relatif aux travaux d'entretien et d'exploitation des réseaux d'eaux usées et d'eaux pluviales à Dakar et dans les régions, lancé par l'Office national de l'Assainissement du Sénégal (ONAS).

SUR LES FAITS ET LA PROCEDURE

L'ONAS a fait publier dans la parution du journal « Le Soleil » du 20 août 2018, un appel d'offres national ouvert, pour les travaux d'entretien et d'exploitation des réseaux d'eaux usées et pluviales à Dakar ainsi que dans les régions, alloti comme suit :

- Lot 1 : Gestion bassin du plateau de Soumbédioune – Malick SY ;
- Lot 2 : Gestion bassin Hann Fann ;
- Lot 3 : Gestion banlieue (DK2 – DK3);
- Lot 4 : Gestion des réseaux et station de Mbour-Saly ;
- Lot 5 : Gestion des réseaux du service de Rufisque.

Cinq offres ont été reçues à la date limite de dépôt des offres ; les montants ci-après ont été mentionnés sur le procès-verbal d'ouverture des plis daté du 25 septembre 2019 :

Nom des soumissionnaires	Montant des offres en FCFA TTC
DELGAS ASSAINISSEMENT	Lot 1 : 492 431 700 Rabais conditionnel de 15% Lot 2 : 599 381 000 Rabais conditionnel de 15% Lot 3 : 541 915 000 Rabais conditionnel de 15% Lot 4 : 424 800 000 Rabais conditionnel de 15% Lot 5 : 397 424 000 Rabais conditionnel de 15%
DELTA SA	Lot 1 : 486 199 530 Rabais conditionnel de 2% Lot 3 : 572 239 230 Rabais conditionnel de 2% Lot 5 : 281 018 180 Rabais conditionnel de 2%
VICAS	Lot 1 : 462 088 000 Lot 3 : 593 479 230 Lot 5 : 309 255 580
GROUPEMENT DELTA / VICAS	Lot 2 : 568 052 000 Lot 4 : 247 800 000
SOSENAV	Lot 1 : 447 044 180 Lot 4 : 259 836 000 Lot 5 : 437 100 910

Au terme de l'évaluation des offres, la Commission des marchés avait proposé d'attribuer provisoirement les lots ainsi qu'il suit :

- Lot 1 : VICAS pour un montant de quatre cent soixante-deux millions quatre-vingt-huit mille (462 088 000) F CFA TTC ;
- Lot 2 : Groupement DELTA/VICAS pour un montant de cinq cent soixante-huit millions cinquante-deux mille (568 052 000) F CFA TTC ;
- Lot 3 : DELTA pour un montant de cinq cent soixante millions sept cent quatre-vingt-quatorze mille quatre cent quarante-cinq (560 794 445) F CFA TTC ;
- Lot 4 : Groupement DELTA/VICAS pour un montant de deux cent quarante-sept millions huit cent mille (247 800 000) F CFA TTC ;
- Lot 5 : DELTA pour un montant de deux cent soixante-quinze millions trois cent quatre-vingt-dix-sept mille huit cent seize (275 397 816) F CFA TTC.

Dès qu'il a reçu les résultats de l'évaluation, DELGAS ASSAINISSEMENT a introduit un recours gracieux, le même jour, suivi d'un recours devant le CRD, le 27 décembre 2018.

Par décision n° 003/ARMP/CRD du 03 janvier 2019, le CRD a jugé le recours recevable, ordonné la suspension de la procédure de passation du marché et, après examen du dossier au fond, annulé l'attribution provisoire par décision n°016/ARMP/CRD/DEF du 30 janvier 2019.

Consécutivement à la décision du CRD, l'autorité contractante a procédé à la reprise de l'évaluation et, par la suite, publié un nouvel avis d'attribution provisoire dans la parution du journal « Le Soleil » des 06 et 07 avril 2019. Les résultats ci-dessous ressortent de l'avis publié par voie de presse :

- VICAS : Lot 1 462 088 000 F CFA TTC ;
- DELTA : Lot 3 560 794 445 F CFA TTC ;
- Groupement DELTA/VICAS Lot 4 : 247 800 000 F CFA TTC ;
- DELTA Lot 5: 275 397 816 F CFA TTC.

Informé des résultats de la nouvelle attribution provisoire, DELGAS Assainissement a saisi l'autorité contractante d'un recours gracieux, puis le CRD d'un recours contentieux.

Ayant jugé le recours de cette dernière recevable, le CRD a ordonné la suspension de la procédure par décision n°029/19/ARMP/SUS du 18 avril 2019. Après examen du dossier au fond, le CRD a, dans sa décision n° 079/19/ARMP/CRD/DEF du 8 mai 2019, rejeté le recours.

La requérante, dès publication par l'ONAS d'un avis d'attribution provisoire portant sur le lot 2 dans le quotidien « Le Soleil » du 23 mai 2019, a saisi l'autorité contractante d'un recours gracieux, puis le CRD d'un recours contentieux.

Par décision n° 046/19/ARMP/CRD/SUS du 20 juin 2019, le CRD a jugé le recours recevable, ordonné la suspension de la procédure de passation du marché portant sur le lot 2 et demandé à l'autorité contractante la transmission des pièces du dossier.

L'ONAS a transmis les documents demandés par courrier n°00002265/ONAS/DG/CPM/nn du 4 septembre 2019.

SUR LES MOYENS DU REQUERANT

DELGAS ASSAINISSEMENT précise que l'objet de son recours porte, non sur sa disqualification mais sur la publication de l'avis d'attribution provisoire du lot 2 et la légalité du procédé utilisé par l'ONAS, à savoir le « saucissonnage » du marché global en deux, l'un portant sur les lots 1,3,4,5 et l'autre sur le lot 2 avec l'existence de deux avis d'attribution provisoire distincts pour un même marché.

Le requérant invoque les décisions portant les numéros 16/19/ARMP du 30 janvier 2019 et 16/19/ARMP du 30 juin 2019 dans lesquelles le CRD avait demandé l'annulation de l'attribution provisoire des différents lots ainsi que la reprise de l'évaluation des offres.

L'ONAS, au lieu de suivre les prescriptions du CRD, a extrait le lot 2 du marché global qui est non divisible au regard des dispositions pertinentes du Dossier d'Appel d'Offres (DAO) prévoyant, à travers la clause 32.5 des Instructions aux Candidats, l'hypothèse d'octroi de cinq lots à un soumissionnaire ayant fait des rabais substantiels.

Avec le rabais qu'elle a consenti sur les différents lots, le montant total du marché serait de 2.087.515.850 FCFA au lieu de 2.114.132.261 FCFA, soit une différence de 26.616.411 FCFA par rapport à la valeur du marché hors rabais. Ainsi, en vertu de l'économie, le marché ne peut être conçu que dans sa globalité et non fractionné.

L'ONAS a procédé à une fausse reprise de l'évaluation des offres, trompant la conviction de la Direction centrale des Marchés publics (DCMP), en procédant à une soustraction du lot 2 du marché global, ce qui est constitutive de fractionnement, compte tenu de la consistance et de l'objet du marché. L'urgence invoquée ne peut prévaloir puisque l'autorité contractante disposait de temps pour finaliser la procédure dans les délais prévus par la réglementation.

A cet égard, DELGAS ASSAINISSEMENT conteste la décision n°079/19/ARMP /CRD/DEF du 8 mai 2019 rendue par le CRD, qu'elle dit avoir attaquée devant la Cour Suprême en vue d'obtenir son annulation.

Le requérant soutient, en outre, que l'avis d'attribution du lot 2 est entaché, d'une part, d'une illégalité interne car fondé sur la décision n° 079/19/ARMP/CRD/DEF du 8 mai 2019 contestée devant la chambre administrative de la Cour Suprême et, d'autre part, d'une illégalité externe en ce qu'il vise une entité inexistante. En effet, la réglementation impose au groupement de désigner un mandataire solidaire et responsable de l'exécution des obligations contractuelles de chacun des membres du groupement à l'égard du maître de l'ouvrage. Dès lors, la défaillance de l'un d'eux fait obstacle à ce qu'un groupement puisse être appelé de multiples façons (DELTA-VICAS, VICAS -DELTA) sans l'accomplissement de formalité requise pour déterminer avec exactitude le chef de file du groupement et l'acte de constitution du groupement. L'entité DELGAS-VICAS, titulaire du lot 2, n'avait pas qualité à soumissionner au nom des entreprises pour lesquelles elle prétend agir, faute d'y avoir été habilité à la date du dépôt des offres (acte de constitution, désignation chef de file et acceptation du mandat font défaut). Par conséquent les marchés tantôt attribués à DELTA-VICAS, tantôt à VICAS-DELTA doivent être déclarés nuls et de nul effet.

Par ailleurs, la constitution de leur groupement dans le secteur de l'assainissement viole la jurisprudence de l'ARMP (CF décision n°092/18/ARMP/CRD du 11 juillet 2018 Ets Alger c/ Sénégal).

Plus décisivement, il ressort de l'article 47 du Code des Marchés publics qu'il est interdit aux candidats ou soumissionnaires de présenter pour le même marché ou le même lot plusieurs offres, notamment, en agissant à la fois en qualité de candidats individuels et de membre d'un ou plusieurs groupements, or aussi bien VICAS SARL que DELTA SA, qui sont titulaires du lot 4 dans le cadre du groupement DELTA VICAS, sont attributaires séparément pour VICAS du lot 1 et DELTA des lots 3 et 5. Ainsi, ces derniers ont pour le même marché présenté plusieurs offres en violation de l'article 47 précité.

En outre, l'examen de leurs offres sur les lots 1, 2, 3 et 5 révèle qu'elles présentent les mêmes types de prestations et cadres de devis estimatifs ainsi que les mêmes caractères de saisie et fautes d'orthographe. Seules les quantités diffèrent, ce qui augure d'une entente évidente sur les prix unitaires qui ne manquera pas d'être relevée par le juge de l'évidence.

Par ailleurs, à la date du 1^{er} avril 2019, la DCMP a émis des avis de non objection séparés sur les lots n° 1,2,3,4 et 5 alors qu'il devait donner un avis global sur tout le marché suite à une ruse de l'ONAS lui faisant croire à l'existence de deux marchés distincts et séparés.

DELGAS ASSAINISSEMENT conclut en demandant au CRD de rapporter la décision n°079/19/ARMP/CRD/DEF du 8 mai 2019 et d'annuler la procédure relative aux travaux d'entretien et d'exploitation des réseaux d'eaux usées et pluviales à Dakar ainsi que dans les régions.

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

L'ONAS, dans sa lettre de transmission du fond de dossier, n'a pas fait valoir d'arguments. Cependant, dans sa réponse au recours gracieux, il a précisé à la requérante qu'il n'y a eu ni soustraction, encore moins de fractionnement d'un quelconque lot dans le cadre de ce marché et que à la suite de la décision n° 016/19/ARMP/DEF du 30 janvier 2019 de l'ARMP, le dossier a été réévalué et transmis à la DCMP pour avis. Par courrier en date du 1^{er} avril 2019, la DCMP a donné son avis de non objection (ANO) sur les lots 1, 3, 4, 5 et a demandé de prendre en compte certaines observations qui ont été décelées sur le lot 2. C'est ainsi que, par courrier du 16 avril 2019, elle a transmis à cette dernière, le rapport corrigé et obtenu l'ANO sur ce lot.

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et moyens ci-dessus exposés que le litige porte sur :

- le bien-fondé de la publication par l'ONAS d'un avis d'attribution provisoire portant sur le lot 2 du marché précité, suite à son fractionnement ;
- le caractère bien-fondé de la décision n°079/19/ARMP/CRD/DEF du 8 mai 2019 du CRD.

EXAMEN DU RECOURS

Considérant qu'il ressort de l'analyse des arguments présentés par la société DELGAS ASSAINISSEMENT SUARL, à l'appui de son recours sur le lot 2, que cette dernière sollicite le retrait de la décision n°079/19/ARMP/CRD/DEF du 8 mai 2019 ainsi que l'annulation de la procédure de passation du marché précité en faisant valoir divers arguments relatifs à :

- la division dudit marché en deux grandes parties, en méconnaissance de l'indivisibilité des lots ;
- une erreur manifeste d'appréciation du CRD par rapport au critère de qualification relatif à l'âge des engins hydro cureurs (carte grise), à l'expérience similaire, au faux procès-verbal d'ouverture des plis, et au rabais de 15% sur le montant global du marché ;
- l'entente entre candidats et enfin l'irrégularité dans la constitution du groupement ainsi que l'irrespect des dispositions de l'article 47 du Code des marchés publics ;

Sur l'allotissement du marché et le caractère bien-fondé de la publication par l'ONAS d'un avis d'attribution provisoire portant sur le lot 2

Considérant que l'article 8 du Code des marchés publics prévoit que les travaux, fournitures et services peuvent être répartis en lots donnant chacun lieu à un marché distinct lorsque cette division est susceptible de procurer à l'autorité contractante des avantages techniques, économiques ou financiers ;

Considérant qu'en application de cette disposition, l'ONAS a alloti le marché relatif aux travaux d'entretien et d'exploitation des réseaux d'eaux usées et pluviales à Dakar ainsi que dans les régions en 5 lots comme le renseigne la clause 32.5 des Instructions aux candidats et des données particulières de l'appel d'offres référencé T-DE-120 qui précisent que ces lots peuvent faire l'objet de marchés séparés, attribués à des soumissionnaires distincts ;

Considérant qu'il y a lieu de préciser que l'allotissement est différent du fractionnement impliquant une sous-estimation de la valeur du marché de manière à le soustraire aux règles qui lui sont applicable en vertu du Code des marchés publics ;

Qu'en l'espèce, la requérante procède à de simples allégations en faisant état de fractionnement consécutif à l'extraction du lot 2 du marché global, alors que tel n'est pas le cas au regard de ce qui précède, et sans démontrer, de surcroît, par des éléments objectifs et probants que la valeur dudit lot a été minorée par l'autorité contractante en violation des règles sur les marchés publics ; que son argumentaire, sur ce point, ne peut prospérer ;

Considérant qu'en outre, il reste constant que la DCMP a donné son avis de non objection sur ce lot, par lettre n° 1865/MEFP/DCMP/DCV/51 du 19 avril 2019, postérieurement à la publication des avis d'attribution provisoire portant sur les lots 1,3,4, et 5 dans le journal « Le Soleil » des 6 et 7 avril 2019, suite à l'avis de non objection de l'organe de contrôle a priori sur lesdits lots (CF lettre n°001537/MEFP/DCMP/DCV/51 du 1er avril 2019), que dans ces conditions, l'ONAS s'est conformé à la réglementation en publiant un autre avis d'attribution provisoire portant sur le lot 2 dans « Le Soleil » du 23 mai 2019 ;

Sur l'erreur manifeste d'appréciation du CRD

Considérant que DELGAS ASSAINISSEMENT SUARL invoque une erreur manifeste d'appréciation commise par le CRD, dans sa décision n°079/19/ARMP/CRD/DEF du 8 mai 2019, excipant d'arguments liés aux critères de qualification relatifs à l'âge des engins hydro-cureurs (carte grise), à l'expérience similaire, au faux procès-verbal d'ouverture des plis et au rabais de 15% sur le montant global du marché ;

Considérant qu'il importe de rappeler l'article 92 du Code des Marchés publics dont il ressort que les décisions rendues par le CRD sont finales et immédiatement exécutoires par les parties, que toutefois, ces dernières ont le droit d'exercer un recours de légalité devant les juridictions compétentes ;

Considérant qu'il s'infère de cette disposition que le CRD est dessaisi, aussitôt sa décision rendue, et ne peut, sauf éléments nouveaux sur les mêmes faits, réexaminer des arguments déjà tranchés à l'occasion des recours portant sur les lots 1,3,4 et 5 et sur lesquels la Cour Suprême est actuellement saisie d'un pourvoi en annulation comme en atteste l'exploit du 29 mai 2019, signifié à l'ARMP pour ce motif ;

Qu'il s'ensuit que la demande relative au retrait de cette décision doit être rejetée ;

Sur l'entente entre candidats et l'irrégularité dans la constitution du groupement

Considérant que comme l'a précisé le CRD, dans sa décision n° 079/19/ARMP/CRD/DEF du 8 mai 2019, l'entente entre candidats n'est pas prouvée ;

Que s'agissant de la constitution du groupement DELTA/VICAS, attributaire provisoire du lot 2, l'examen de leur dossier de soumission révèle un accord de groupement solidaire entre ces sociétés (CF protocole d'accord de groupement et habilitation du signataire du groupement datés du 25 septembre 2018) ainsi que la désignation de Mme Faye TALL, es-qualité de PDG de Delta SA, comme mandataire et chef de file pour le lot 2 dûment mandatée, à cet effet, lors du dépôt de leur soumission ;

Que ces arguments ne sont pas justifiés et devront être rejetés ;

Sur l'irrespect des dispositions de l'article 47 du Code des marchés publics ;

Considérant que l'article 47 du Code des Marchés publics interdit aux candidats et soumissionnaires de présenter, pour le même marché ou le même lot, plusieurs offres notamment en agissant à la fois en qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ;

Considérant que dans le cas du présent marché alloti, l'interdiction de participer à la fois en qualité d'entreprise individuelle et de membres de groupements vise un ou plusieurs lots donnés ;

Que tel n'est pas le cas en l'espèce puisque, s'agissant du lot 2, seul le groupement DELTA/VICAS a soumissionné, les membres de ce groupement n'ayant déposé d'offres, à titre individuel, que pour les lots 1, 3 et 5 ;

Que la réglementation a été bien respectée sur ce point ;

Qu'en considération de ce qui précède, il y a lieu de déclarer le recours mal fondé, d'ordonner la poursuite de la procédure de passation du marché portant sur le lot 2 et la confiscation de la consignation ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Constate que l'ONAS a publié dans le quotidien « Le Soleil » du 23 mai 2019 un avis d'attribution provisoire portant sur le lot 2 après avis de non objection de la DCMP donné par lettre n° 1865/MEFP/DCMP/DCV/51 du 19 avril 2019 ;

- 2) Dit que les moyens de DELGAS ASSAINISSEMENT relatifs au fractionnement et à l'illégalité de la publication par l'ONAS d'un avis d'attribution provisoire portant sur ledit lot ne sont pas fondés ;
- 3) Dit que le CRD est dessaisi, aussitôt sa décision rendue, et ne peut, sauf éléments nouveaux, réexaminer des arguments déjà tranchés à l'occasion des recours et sur lesquels la Cour Suprême est saisie d'un pourvoi en annulation ;
- 4) Dit que, par conséquent, la demande relative au retrait de la décision n°079/19/ARMP/CRD/DEF du 8 mai 2019 doit être rejetée ;
- 5) Dit que les griefs soulevés, relatifs à l'entente entre candidats, l'irrégularité dans la constitution du groupement et à la violation de l'article 47 du Code des marchés Publics ne sont pas fondés ;
- 6) Dit, en définitive, que le recours est mal fondé et le rejette ;
- 7) Dit qu'il y a lieu d'ordonner la poursuite de la procédure de passation du marché portant sur le lot 2 ainsi que la confiscation de la consignation ;
- 8) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) est chargé de notifier à DELGAS Assainissement, à l'Office national de l'Assainissement du Sénégal (ONAS), ainsi qu'à la Direction centrale des Marchés publics, la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics.

Le Président, par intérim,



Ibrahima SAMBE

Les membres du CRD



Alioune Badara FALL



Abdourahmane NDOYE

Le Directeur Général,
Rapporteur.



Saër NIANG