DECISION N° 103/2021/ARMP/CRD/DEF DU 23 JUILLET 2021 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE ECOTRA SA CONTESTANT LES CRITERES DU DOSSIER D'APPEL D'OFFRES INTERNATIONAL LANCE PAR L'AGENCE DES TRAVAUX ET DE GESTION DES ROUTES POUR LES TRAVAUX DE REHABILITATION DE LA ROUTE NATIONALE N°7 : TRONCON MAKO-KEDOUGOU-SARAYA-MOUSSALA.

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 en ses articles 30 et 31 ;

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, modifié ;

VU le décret n°2020-969 du 20 avril 2020 portant nomination des membres du Conseil de Régulation de l'ARMP ;

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

VU la résolution n°07-20 du 28 avril 2020 portant nomination des membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP ;

VU le recours de la société ECOTRA SA, reçu le 15 juillet 2021 sous le numéro 2087 ;

VU la quittance de consignation N° 100012021002927, éditée le 15 juillet 2021 ;

Monsieur Ousseynou CISSE, entendu en son rapport ;

En présence de Monsieur Mamadou DIA, Président ; de Madame Aïssé Gassama TALL, Messieurs Moundiaye CISSE et Mbareck DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De Monsieur Saër NIANG, Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics, 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 le 15 juillet 2021 au bureau du courrier de l'ARMP sous le numéro 2087, la société anonyme « Etude-Coordination-Travaux », dénommée ECOTRA SA, a saisi le Comité de Règlement des Différends (CRD) pour contester les critères de qualification prévus dans le cadre de l'Appel d'Offres International en deux lots, lancé par l'Agence des Travaux et de Gestion des Routes (AGEROUTE) pour les travaux de réhabilitation de la Route nationale n°7 : tronçon Mako-Kédougou-Saraya-Moussala.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 89 du Code des Marchés publics que tout candidat à un marché public doit, préalablement à tout recours contentieux, saisir l'autorité contractante d'un recours gracieux, dans un délai de cinq (5) jours francs et ouvrés à compter de la publication de l'avis d'attribution provisoire du marché, de l'avis d'appel à la concurrence ou de la communication du dossier d'appel à la concurrence ;

Considérant que selon l'article 90 dudit Code, le candidat qui décide de saisir le Comité de Règlement des Différends (CRD) après un recours gracieux, doit agir dans les trois (3) jours ouvrables à compter de la réception de la réponse de l'autorité contractante au recours gracieux ou de l'expiration du délai de trois (3) jours ouvrables imparti à cette dernière pour répondre ;

Considérant que dans le cas de la procédure contestée, après la publication de l'avis d'appel d'offres dans le journal « l'AS » du 25 juin 2021, la société ECOTRA SA a reçu le Dossier d'Appel d'Offres (DAO) le 06 juillet 2021 et a saisi AGEROUTE d'une lettre intitulée « demande d'éclaircissements », reçue le 07 juillet 2021 comme en atteste la décharge ;

Que n'ayant pas reçu de réponse de la part de l'autorité contractante, ECOTRA SA a saisi le CRD par lettre enregistrée au bureau du courrier de l'ARMP le 15 juillet 2021 sous le numéro 2087 ;

Considérant que dans sa saisine adressée à l'autorité contractante, ECOTRA SA argue d'une violation des articles 7, 10 et suivants du Code des Marchés publics ainsi que de l'article 12 du Code des Obligations de l'Administration (COA) ;

Que dès lors, la réclamation apparait comme un recours gracieux visant les critères du DAO et la date de publication de l'avis d'appel d'offres constitue le point de départ pour la computation du délai dudit recours, au sens de l'article 89 du Code des Marchés publics ;

Qu'ainsi, l'avis d'appel d'offres ayant été publié le 25 juin 2021, ECOTRA aurait dû saisir l'autorité contractante au plus tard le 06 juillet 2021 ;

Qu'en conséquence, la réclamation reçue par AGEROUTE le 07 juillet 2021 est tardive ;

Qu'il s'ensuit que le recours contentieux introduit devant le CRD en l'absence de réponse de l'autorité contractante est irrecevable ;

Qu'il y a lieu d'ordonner la confiscation de la consignation ;

Considérant toutefois, qu'il résulte de l'article 2.5 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 que l'ARMP est chargée de veiller à l'application de la règlementation et des procédures relatives à la passation des marchés publics, des documents standards et contribuer à la promotion d'un environnement transparent favorable au jeu de la concurrence ;

Considérant que, conformément aux dispositions de l'article 21 du décret susvisé, la Commission Litiges du Comité de Règlement des Différends (CRD) peut ordonner toute mesure conservatoire, corrective, ou suspensive de l'exécution de la procédure de passation ;

Considérant que, suivant le procédé ci-dessus décrit, le CRD a déjà déclaré dans sa décision n°142/2020/ARMP/DEF du 16 septembre 2020, qu'au titre du critère relatif à l'expérience spécifique, le fait de ne pas accepter les références capitalisées en qualité de sous-traitant constitue un écart par rapport au « dossier-type standard d'appel d'offres travaux », adopté par résolution n°08-17 du 22 juin 2017 du Conseil de Régulation de l'ARMP, en conformité avec les Documents standards régionaux d'Acquisition (DSRA), de l'UEMOA pour la passation des marchés ;

Que toutefois, la sous-traitance dans les marchés publics est réglementée, conformément à l'article 49 du Code des Marchés publics qui dispose que l'agrément de chaque sous-traitant doit être demandé et qui définit les conditions de la sous-traitance ;

Que dès lors, s'il est vrai qu'une référence réalisée par un candidat en qualité de sous-traitant doit être acceptée au titre de l'expérience spécifique, pour autant, faire délivrer l'attestation de services faits, directement par l'autorité contractante en lieu et place de l'entrepreneur principal, permet de prouver la référence avec objectivité ;

Qu'ainsi, le fait de ne pas accepter les attestations fournies par l'entrepreneur principal ne constitue pas une violation de la décision du CRD si toutefois la référence réalisée en qualité de sous-traitant est admise ;

Considérant qu'en ce qui concerne l'expérience spécifique, le modèle de dossier d'appel d'offres standard indique que « *le nombre de marchés doit être de un à trois (et est normalement de deux), selon la taille et la complexité du marché en objet, du risque de défaillance de la part de l'entrepreneur... La période couverte est normalement de trois à cinq ans)* » ;

Qu'à cet égard, il y a lieu de suivre les recommandations du dossier-type afin de permettre l'accès au plus grand nombre d'entreprises et d'éviter les contentieux susceptibles de retarder la procédure d'attribution du marché ;

Considérant qu'à propos de l'attestation de ligne de crédits, le document requis est différent des garanties exigées dans les marchés publics et qui sont délivrées par des banques et compagnies d'assurances ayant reçu l'agrément du Ministère des Finances ;

Que cet agrément est destiné à garantir les candidats aux marchés publics et ne couvre pas l'activité d'ouvrir des lignes de crédits pour le financement des marchés ;

Qu'en effet, l'exigence d'une attestation de ligne de crédits dans les marchés publics vise à assurer la mobilisation de ressources financières pouvant permettre au futur titulaire du marché d'exécuter les travaux pendant trois (03) à quatre (04) mois, sans tenir compte de l'avance de démarrage, en attendant de recevoir le premier décompte ;

Que dès lors, l'autorité contractante est en droit de refuser une attestation de ligne de crédits émanant d'une compagnie d'assurances, à moins de justifier par un document autre que l'agrément relatif aux garanties, que ladite compagnie d'assurances est autorisée à exercer une telle activité ;

Considérant, enfin, qu'en ce qui concerne la clause IC 37, la partie « Instructions aux candidats » n'est pas modifiable et qu'en conséquence, l'intitulé de l'article contesté est bien conforme au modèle de DAO standard qui s'impose aux autorités contractantes ;

PAR CES MOTIFS :

1) Constate qu'à la suite de la publication de l'avis d'appel d'offres dans le journal « L'AS » du 25 juin 2021 du marché relatif aux travaux de réhabilitation de la Route nationale n°7 : tronçon Mako-Kédougou-Saraya-Moussala, la société ECOTRA SA a reçu le DAO le 06 juillet 2021, puis a introduit une lettre intitulée « Demande d'éclaircissements » reçue par AGEROUTE le 07 juillet 2021 ;

2) Constate qu'en l'absence de réponse de l'autorité contractante, la société ECOTRA SA a saisi le CRD d'un recours contentieux reçu le 15 juillet 2021 ;

3) Dit que la réclamation de la société ECOTRA SA aurait dû parvenir à l'autorité contractante au plus tard le 06 juillet 2021 ;

4) Dit que la saisine reçue le 07 juillet 2021 est tardive ;

5) Dit, en conséquence, que le recours introduit au CRD est irrecevable ;

6) Ordonne la confiscation de la consignation ;

7) Dit toutefois, que, malgré l'irrecevabilité du recours, le CRD peut, conformément aux dispositions de l'article 21 du décret portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, ordonner toute mesure conservatoire, corrective, ou suspensive de l'exécution de la procédure de passation ;

8) Constate qu'en ce qui concerne le critère d'expérience spécifique, certes, le fait de ne pas accepter l'expérience acquise en qualité de sous-traitant, constitue un écart par rapport aux indications du « dossier-type » ;

9) Dit toutefois, que l'autorité contractante qui accepte une référence réalisée par un candidat en qualité de sous-traitant, a le droit d'exiger que l'attestation y relative ne soit pas délivrée par l'entrepreneur principal, mais plutôt par le maître d'ouvrage ;

10) Dit que l'attestation de ligne de crédits n'ayant pas la même finalité que les garanties aux marchés publics, ce document ne peut pas être délivré par les compagnies d'assurances dont l'agrément couvre les garanties aux marchés publics ;

11) Dit que la clause IC 37 de la partie « Instructions aux candidats » n'est pas modifiable et qu'ainsi, AGEROUTE s'est conformée au dossier-type standard, validé par le Conseil de Régulation de l'ARMP ;

12) Recommande à AGEROUTE, pour ce qui concerne l'expérience spécifique, de suivre les recommandations du dossier-type sur le nombre de marchés similaires et la période de référence ;

13) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société ECOTRA SA, à l'AGEROUTE ainsi qu'à la Direction centrale des Marchés publics (DCMP), la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics.

Le Président

CONSEIL DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS
Le Président

Mamadou DIA

Les membres du CRD

Aïssé Gassama TALL **Mbareck DIOP** **Moundiaye CISSE**

Le Directeur Général
Rapporteur

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS

Saër NIANG