

**DECISION N°192/11/ARMP/CRD DU 05 OCTOBRE 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE GENERALE DE
SURVEILLANCE (SGS) SENEGAL S.A CONTESTANT LE REJET DE SON OFFRE
CONCERNANT LA DEMANDE DE PROPOSITIONS (DP) N°D/758 /A3 DE
L'AGENCE DES TRAVAUX ET DE GESTION DES ROUTES (AGEROUTE
SENEGAL) AYANT POUR OBJET LA SELECTION DE CONSULTANTS POUR LA
SUPERVISION DES TRAVAUX DE CONSTRUCTION DE L'AUTOROUTE
DIAMNIADIO- AEROROPORT INTERNATIONALE BLAISE DIAGNE (AIBD)-
MBOUR - THIES**

**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, notamment en son article 30 ;

Vu le décret n° 2011-1084 du 27 juillet 2011 portant Code des Marchés publics modifié, notamment en ses articles 86, 87 et 88 ;

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

Vu la lettre n°L.025/11/DIR/YS de la SGS en date du 07 septembre 2011 ;

Après avoir entendu le rapport de M. René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes, rapporteur, présentant la requête du demandeur ;

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

De MM. Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD et Ababacar DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, observateur ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

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

Par lettre du 07 septembre 2011, enregistrée le surlendemain sous le numéro 930 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Directeur Général de la SGS Sénégal S.A saisi le CRD d'un recours en contestation de l'attribution provisoire du marché précité.

LES FAITS

AGEROUTE Sénégal a lancé la Demande de Proposition n°758/A3 pour la sélection de Consultant pour la Supervision des travaux de construction de l'Autoroute Diamniadio – AIBD – Mbour – Thiès.

Suite à la publication de l'avis d'attribution provisoire dudit marché dans le journal quotidien « Le Soleil » du 23 août 2011, le candidat SGS a adressé à AGEROUTE un recours gracieux par courrier en date du 29 août 2011 pour contester la décision d'attribution de ce marché au Groupement Louis Berger / SC Afrique / GIC.

Ce recours étant resté sans suite, SGS a saisi le CRD d'un recours par lettre du 07 septembre 2011.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa requête, le requérant déclare qu'il a noté lors de la préparation de l'offre que SC Afrique, membre du groupement Louis Berger / SC Afrique / GIC a préparé les études détaillées et le DAO de ce projet. Ce fait n'est pas contesté par AGEROUTE.

A cet égard, le requérant expose les points suivants :

- **A) Nature incompatible des activités et des missions de SC Afrique et Caractère inéquitable de la concurrence sur le projet cité en objet.**

Selon les IC de la Demande de Proposition (DP), article 2 « Conflit d'intérêt » de la section 2 aux pages 11 et 12 :

- i) **Activités incompatibles** *Aucun bureau engagé pour fournir des services de conseil en vue de la préparation ou de l'exécution d'un projet, ni aucune entreprise qui lui est affiliée, n'est admis ultérieurement à fournir des biens, ou de réaliser des travaux.*

Ce marché comprend la fourniture et la remise à l'administration, à la fin du projet, de 30 véhicules stations wagons et pick-ups (§IV.2.1 Véhicules, p.78. de la DP). Il s'agit manifestement de fourniture de « biens ». Nous estimons que, par cette fourniture de biens à l'administration, la nature incompatible des activités est avérée.

- ii) **Missions incompatibles** *Le candidat (y compris son personnel et sous-traitant) ni aucune entreprise qui lui est affiliée ne peuvent être engagés pour une mission qui, par sa nature, risque de s'avérer incompatible avec une autre de leurs missions exécutées pour le même Client ou pour un autre.*

Pour le requérant, il est évident que la réalisation des études détaillées et du DAO de l'Appel d'offres susvisé par SC Afrique influence forcément le contenu des TDR et donc les tâches à exécuter pour ce marché.

En outre, pour lui, il existe un risque significatif que lors de la conception du projet et de la rédaction des pièces techniques, SC Afrique a pu insérer des conditions les avantageant durant leur mission de supervision, éventuellement au détriment de l'administration, par exemple via l'introduction, ou la non prise en compte intentionnelle d'aléas ayant un impact sur la mission de supervision.

Ainsi, il est convaincu que la nature incompatible des missions doit être retenue.

iii) **2.5 Concurrence inéquitable** *Si un candidat présélectionné est avantage du fait d'avoir offert dans le passé des services de conseil liés à la mission. L'autorité contractante joindra à sa DP toutes les informations qui pourraient donner audit Candidat un avantage par rapport aux concurrents. L'autorité contractante fournira ces informations à tous les Candidats présélectionnés.*

A propos du devoir de fourniture d'information de l'AGEROUTE :

- Une description générale des travaux de 35 lignes (reprises 3 fois : p. 5, 6 puis 27, 28 puis enfin p. 69, 70) a été introduite dans la DP. Cependant, le requérant pense que ces 35 lignes ne peuvent nullement se substituer ou être comparées à la totalité des relevés hydrauliques, des relevés géotechniques, des études, du DAO et autres informations dont a disposé SC Afrique et qui n'ont pas été fournies par un processus d'information spécifique à l'ensemble des candidats, ainsi que l'exige le point 2.5 des Instructions aux Candidats.

A son avis, ce défaut de fourniture d'information donne incontestablement un double avantage, technique et financier, au groupement par rapport aux concurrents au motif que :

- S'agissant de l'avantage technique : La notation de la méthodologie du groupement Louis Berger / SC Afrique / GIC a été obtenue compte tenu d'une asymétrie manifeste d'informations. Si les informations communiquées à CS Afrique l'avaient été à tous les candidats, il est impossible de prévoir quelle aurait été la hiérarchie des notations. SGS considère donc que l'avantage technique est établi.
- Concernant l'avantage financier : Grâce à l'asymétrie d'information, le groupement Louis Berger / SC Afrique / GIC a pu faire une offre financière, qui n'est certes pas la moins élevée de l'ensemble des candidats, mais lui confère la note finale consolidée la plus élevée. De nombreux facteurs influencent le positionnement en termes de prix, notamment le prix de revient des experts principaux, la quantité et la qualité du personnel de soutien, le type de formation... de sorte que l'avantage financier est établi.
- **B) Demande de vérification du contrat d'étude pour le projet cité en objet :**

Le Code des Marchés Publics stipule en section 3 « disposition spécifique aux marchés de prestations intellectuelles – Article 79 – alinéa 3 » :

« ...Le dossier de consultation indique également les exclusions à la participation future aux marchés de travaux, fourniture et services qui résulteraient des prestations qui font l'objet de la consultation. »

SGS souhaite la vérification de ce point dans le dossier de consultation des études techniques de ce projet confié à SC Afrique. SGS estime ainsi que si la règle mentionnée dans le Code des Marchés Publics a été suivie, SC Afrique ne serait nullement en droit de participer à des prestations de surveillance de travaux de constructions de l'autoroute, puisque cette même société en a réalisé les études afférentes.

En conclusion, pour chacune des raisons mentionnées ci-dessus, SGS conteste l'attribution provisoire du marché litigieux au Groupement Louis Berger / SC Afrique / GIC.

Du reste, SGS souligne qu'il avait alerté AGEROUTE sur ce conflit d'intérêts en demandant une exclusion de ce groupement de la liste des candidats préqualifiés dans leurs courriers du 09 août et du 19 août 2011. Et comme l'atteste les réponses d'AGEROUTE en date des 12 et 26 août 2011, ces demandes sont restées vaines.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES D'AGEROUTE

En réponse, l'autorité contractante a fourni les précisions suivantes :

- la DP a été transmise à tous les candidats depuis le 05 avril 2011 ;
- le candidat SGS a accusé réception de la DP le 07 avril 2011 ;
- les documents disponibles sur le projet (études, plans DAO, DAO) ont été mis à la disposition de tous les candidats (voir point 1.4 des Données Particulières de la DP à la page 28) ;
- d'autres candidats présélectionnés, au même titre que SGS, ont consulté ces mêmes documents ;
- la consistance des prestations a été portée à plusieurs reprises dans la DP (page 5 ; 6 ; 27 ; 28 ; 69 ; 70) ;
- le bureau SC Afrique n'a pas préparé les Termes de Référence (TDR) de la mission de supervision, ces TRD, à l'instar de tous les projets exécutés par l'Agence, ayant été élaboré par AGEROUTE qui sait, par ailleurs, qu' « un consultant engagé pour préparer les TDR d'une mission (d'études) ne peut pas être engagé pour **ladite mission** » ;
- le Candidat SGS dès que les tendances se sont dessinées après la séance publique d'ouverture des offres financières et avant la fin de la procédure d'évaluation des offres, avait envoyé une lettre « confidentiel/urgent » pour demander le rejet de l'offre du groupement Louis Berger / SC Afrique / GIC. Cette lettre constituait une tentative manifeste d'influencer la procédure d'évaluation des offres (voir article 14 des IC) ;
- le candidat SGS a également introduit un « premier » recours auprès de l'Agence, la veille de la publication de l'avis d'attribution provisoire du contrat. Du point de vue de l'article 86 du Code des Marchés Publics, ce recours ne respectait pas la forme. Pourtant malgré cette démarche, l'Autorité Contractante avait bien voulu apporter des réponses aux différents courriers de SGS.

L'autorité contractante réfute au vu de ce qui précède, l' « asymétrie d'information » évoquée par le candidat SGS qui a disposé, auprès d'AGEROUTE, de tous les documents qu'il reconnaît avoir consulté. D'ailleurs, selon AGEROUTE, l'examen du rapport d'évaluation des propositions techniques prouve tout le contraire, puisque le groupement SGS/INGEROP a obtenu avec le groupement Louis Berger / SC Afrique / GIC, les mêmes notes quant à la compréhension des TRD de la mission de supervision, à la conformité du plan de travail et à la méthodologie proposée ; elle précise, au surplus, que le système de notation pour l'expérience du bureau et la qualification du personnel demeure très ferme et très claire et ne peut faire l'objet d'aucune appréciation subjective.

En outre, l'autorité contractante ne comprend pas qu'il puisse être évoqué la notion de conflit d'intérêts dont la définition est très claire du point de vue des Instructions aux candidats contenues dans la DP.

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, motifs et constatations faites par les parties que le litige porte, d'une part, sur l'existence d'un conflit d'intérêts en raison d'activités incompatibles avec les prestations objet du marché litigieux eu égard aux missions précédentes qu'aurait exercé SC Afrique, membre du groupement attributaire provisoire du marché, pour le compte d'AGEROUTE, et, d'autre part, sur la violation du principe d'égalité entre les candidats et la possibilité pour SC Afrique d'être candidat audit marché.

1- Sur le conflit d'intérêts

1.1- Les activités incompatibles

Considérant que la SGS a excipé de l'incompatibilité d'activités, motif pris de ce qu'il est stipulé dans la DP qu'à la fin du projet les trente véhicules stations wagons et pick-up deviendront la propriété de l'Administration et en a conclu qu'il s'agit de fourniture de « biens », alors qu'il est précisé au point 2.2.(i) de la Note d'information aux Consultants que « aucun bureau d'études engagé pour fournir des services de conseil en vue de la préparation ou de l'exécution d'un projet, ni aucune entreprise qui lui est affiliée, n'est admis ultérieurement à fournir des biens, ou réaliser des travaux » ;

Considérant que, toutefois, il résulte des Formulaires FIN-2 Bordereau des Prix Unitaires en FCFA et FIN-3. Devis Estimatif (FCFA) de la Section 5. Proposition financière-Tableaux Types que l'achat de véhicules (véhicules X4 Wagon 6 cylindres, véhicule Pick up double cabine) constitue un élément de la rubrique « prix à remboursement » ;

Que ces véhicules constituent des supports nécessaires à l'exécution du marché qui porte non sur la fourniture de « véhicules » mais sur la supervision des travaux de construction d'une autoroute ;

Que la circonstance qu'il est mentionné dans la DP que les véhicules deviendront propriété de l'Administration à la fin de la mission n'emporte pas la qualification de « fourniture de biens » ;

Qu'il s'ensuit que ce moyen doit être rejeté ;

1.2- Les missions incompatibles

Considérant que SGS soulève l'incompatibilité entre la mission ayant consisté pour SC Afrique d'avoir réalisé des études détaillées et du DAO de l'appel d'offres concernant les travaux de construction de l'Autoroute et celle relative à la confection des TDR, et donc des tâches à exécuter pour le marché attaqué ;

Considérant que sur ce point, SGS s'est contentée de simples allégations, en invoquant « un risque significatif » et la probabilité d'insertion par SC Afrique de conditions les avantageant durant leur mission de supervision ;

Qu'au total, SGS n'a pas apporté de preuve de ses allégations ni en ce qui concerne l'insertion de conditions favorables à SC Afrique lors de la conception du projet et de la rédaction des pièces techniques, ni en ce qui concerne les biais dans les TDR, lors même que, sans être contredite, l'autorité contractante a affirmé que les TDR ont été élaborés par elle ;

Qu'en conséquence, ce motif n'est pas fondé ;

2- Sur la violation du principe d'égalité entre candidats

Considérant que la SGS fait grief à AGEROUTE d'avoir violé le point 2.5 de la Note d'information aux candidats qui stipule que « si un candidat présélectionné est avantagé du fait d'avoir offert dans le passé des services de conseil liés à la mission, l'Autorité contractante joindra à sa DP toutes les informations qui pourraient donner audit candidat un avantage par rapport aux concurrents. L'Autorité contractante fournira ces informations à tous les candidats présélectionnés » ;

Qu'au soutien de ce grief, elle met en cause le caractère sommaire et général de la description des travaux et la non communication d'informations relatives aux relevés hydrauliques, géotechniques, aux études, au DAO et autres informations dont a pu disposer le groupement attributaire du marché ;

Qu'elle en infère un double avantage technique ayant influencé positivement la notation de la méthodologie dudit groupement, et financier en raison de l'impact final de la note financière du groupement sur sa note finale consolidée ;

Considérant qu'il y a lieu de faire observer qu'au point 1.4 des Données Particulières, il est stipulé que « l'Autorité contractante fournit le personnel de contrepartie, et les services et installations suivantes : les études techniques d'avant projet, le DAO soumis aux entreprises et tout autre document disponible et ayant trait à l'objet des présentes prestations » ;

Considérant qu'il est constant que dans la DP et les TDR, la consistance de la mission a été amplement décrite;

Qu'au surplus, les affirmations d'AGEROUTE selon lesquelles les documents disponibles sur le projet (études, plans DAO, DAO) ont été mis à la disposition de tous les candidats et consultés par eux, ont été confirmées par SGS qui soutient que le fait que SC Afrique, membre du groupement attributaire provisoire du marché, a préparé les études détaillées et le DAO du projet, « peut être confirmé par un ensemble de documents techniques... qui ont pu être consultés dans les locaux de l'AGEROUTE lors de la phase de préparation de l'offre » ;

Considérant que par ailleurs l'avantage technique et financier accordé au groupement est contredit par les éléments objectifs du dossier, en ce qu'il résulte du rapport d'évaluation des offres techniques que d'une part le groupement attributaire provisoire du marché et le groupement SGS-INGEROP ont obtenu la même note (14,5) en ce qui concerne la conformité du plan de travail et de la méthode proposés par rapport aux TDR et que, d'autre part, l'offre financière du Groupement Louis Berger- SC Afrique-GIC n'est pas la moins élevée;

Que les explications de SGS pour établir l'avantage technique et financier allégué relèvent de simples hypothèses ou spéculations sans lien avec les données objectives du dossier ;

Qu'il convient de rejeter le motif tiré de la violation du principe d'égalité entre candidats ;

3- Sur la demande de vérification du contrat d'étude pour le projet cité en objet

Considérant que la SGS invoque les dispositions de l'article 79, alinéa 3 de la Section 3 du Code des marchés publics qui dispose que « ... le dossier de consultation indique également les exclusions à la participation future aux marchés de travaux, fournitures et services qui résulteraient des prestations qui font l'objet de la consultation. », pour demander la vérification de ce point dans le dossier de consultation des études techniques de ce projet confié à SC Afrique ;

Qu'en cas de respect de cette disposition du code des marchés publics, elle en conclut l'incapacité de SC Afrique à participer à des prestations de surveillance de travaux de construction de l'autoroute, pour en avoir réalisé les études techniques afférentes ;

Considérant qu'il résulte des vérifications faites par le CRD et des documents fournis par AGEROUTE que les études géotechniques (études des sols de fondation des ouvrages) ont été réalisées par le cabinet Bureau d'Etudes Techniques (BET) Plus SA et le reste du Cahier des Prescriptions techniques confectionné par les services techniques de l'Autorité contractante ;

Que par ailleurs, les études techniques préparatoires à la confection du DAO ont été faites par SC Afrique ;

Que, toutefois, au regard de la mission de supervision objet de la DP, il ne peut être invoqué l'interdiction à SC Afrique de soumissionner, puisque l'incompatibilité visée à l'article 79, alinéa 3 concerne le cas où un candidat aurait réalisé précédemment les études techniques des travaux, fournitures ou services et participé à l'appel d'offres subséquent pour l'exécution des travaux, fournitures ou services ;

Que tel n'est pas le cas en l'espèce où les prestations ont pour objet la supervision et non l'exécution des travaux ;

Qu'en sus, SC Afrique n'ayant participé ni à la rédaction des TDR ni à l'élaboration de la DP concernant la supervision des travaux de l'Autoroute, il s'ensuit que l'hypothèse de la violation de l'article 79, alinéa 3 du code des marchés publics n'est pas avérée ; en conséquence,

DECIDE

- 1) Constate que l'achat de véhicules (véhicules X4 Wagon 6 cylindres, véhicule Pick up double cabine) constitue un élément de la rubrique « prix à remboursement » du devis estimatif ;

- 2) Dit que la qualification de « fourniture de biens » évoquée par SGS est erronée et écarte le motif tiré de l'incompatibilité d'activités ;
- 3) Dit que le grief relatif à l'incompatibilité entre la mission de supervision et les faits ayant consisté pour SC Afrique d'avoir réalisé des études détaillées et le DAO de l'appel d'offres concernant les travaux de construction de l'autoroute, n'est pas fondé ;
- 4) Constate que dans la DP et les TDR, la consistance de la mission a été amplement décrite ;
- 5) Constate que les documents disponibles sur le projet (études, plans DAO, DAO) ont été mis à la disposition de SGS, conformément au point 1.4 des Données Particulières de la DP ;
- 6) Dit que les allégations de SGS concernant l'avantage technique et financier accordé au groupement attributaire provisoire du marché du marché ne sont pas prouvées ;
- 7) Constate après vérification que les études géotechniques du projet ont été faites par le cabinet BET Plus et non par SC Afrique ;
- 8) Constate que les études techniques préalables à la confection du DAO ont été réalisées par SC Afrique ;
- 9) Constate que SC Afrique n'a pas soumis d'offres pour lesdits travaux ;
- 10) Dit qu'il ne peut être imputé à AGEROUTE la violation de l'article 79, alinéa 3 du Code des marchés publics ;
- 11) Déclare le recours de SGS mal fondé et l'en déboute ;
- 12) Ordonne la continuation de la procédure ;
- 13) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la Société Générale de Surveillance SA, à AGEROUTE ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA