

**DECISION N°064/11/ARMP/CRD DU 11 MAI 2011  
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN  
COMMISSION LITIGES SUR LA DENONCIATION DU SYNDICAT NATIONAL DES  
ENTREPRISES DE BATIMENT ET DES TRAVAUX PUBLICS CONTESTANT LES  
CRITERES DE SELECTION DES CANDIDATS ET LES MODALITES DE  
DEVOLUTION DU MARCHE RELATIF AUX TRAVAUX DE CONSTRUCTION DE  
L'AUTOROUTE CONCERNANT LES TRONÇONS AIBD-MBOUR-THIES LANCE PAR  
AGEROUTE**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION  
LITIGES,**

Vu l'article 30 du Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 ;

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/CR du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre en date du 25 Mars 2011 du Syndicat national des Entreprises du Bâtiment et des Travaux publics (SNBTP) ;

Après avoir entendu le rapport de M. Oumar SARR, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties ;

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, et de Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

M. Abd'El Kader N'DIAYE, membre représentant le secteur privé s'est retiré en application de l'article 19 alinéa 2 du décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP ;

Sur décision du Président du CRD, il a été remplacé par M. Baye Ibrahima DIAGNE qui a pris part à l'examen de la dénonciation du Syndicat national des Entreprises du Bâtiment et des Travaux publics ;

De MM Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, Oumar SARR, Conseiller juridique 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 en date du 25 Mars 2011, enregistrée le 28 mars 2011, sous le numéro 208/11 au Secrétariat du CRD, Syndicat national des Entreprises du Bâtiment et des Travaux publics a dénoncé les critères de sélection des candidats et les modalités de dévolution du marché relatif aux travaux de construction de l'autoroute sur les tronçons AIBD-MBOUR-THIES commandé par AGEROUTE.

Par lettre n°064/ARMP/CRD du 31 mars 2011, le Président du CRD a saisi le Directeur général d'AGEROUTE aux fins de transmission du DAO et des avis de publication.

### **SUR LA RECEVABILITE**

Aux termes de l'article 20 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007, le Comité de Règlement des Différends auprès de l'ARMP reçoit les dénonciations des irrégularités constatées par les parties intéressées ou celles connues de toute autre personne avant, pendant et après la passation ou l'exécution des marchés et délégations de service public ; Si ces faits caractérisent des violations de la réglementation relative à la passation des marchés publics, le Président du CRD saisit la Commission Litiges.

Se prévalant de cette disposition, le 25 mars 2011, le Syndicat national des Entreprises du Bâtiment et des Travaux a saisi le CRD d'une dénonciation relative à l'avis d'appel d'offres relatif à la construction des tronçons de l'autoroute AIBD-MBOUR-THIES publié le 21 mars 2011 dans le journal Sud Quotidien par AGEROUTE.

Considérant que cette saisine a obéi aux conditions de saisine du CRD prescrites à l'article 20 susvisé, il convient de la déclarer recevable ;

### **LES FAITS**

Des éléments de la procédure, il ressort que AGEROUTE a fait publier un avis d'appel d'offres, initialement qualifié national et sans pré-qualification ; puis, par un avis rectificatif paru dans le journal Sud Quotidien du 21 mars 2011, il a été qualifié d'appel d'offres international.

Le 25 mars 2011, le Syndicat national du Bâtiment et des Travaux publics a saisi le CRD en contestation des critères de sélection des candidats et la dévolution en trois (3) lots du marché.

### **LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS**

A l'appui de sa demande, le requérant a soutenu que, d'une part, les clauses du DAO relatives aux critères de sélection des candidats sont discriminatoires et excluent d'office de l'appel d'offres les entreprises locales relevant du secteur routier et, d'autre part, la dévolution du marché en trois lots n'assure pas l'accès des PME aux différents lots, donc aux marchés.

Par note en date du 02 mai 2011, le requérant a développé ses moyens.

Il a exposé que l'appel d'offres litigieux est financé sur ressources nationales, en particulier sur le BCI ; que donc l'appel d'offres ne peut pas être ouvert aux candidatures étrangères, hors communautaires.

S'agissant des critères de sélection définis par l'autorité contractante, le requérant les a trouvés « super-sélectifs quant aux formes de candidature que ce soit à titre individuel

ou dans le cadre d'un groupement pour lequel les critères ne tiennent pas compte du principe de la complémentarité ».

S'agissant du système d'allotissement retenu par l'autorité contractante, il est inadapté par rapport aux capacités des entreprises locales et ne prend pas en compte les corps d'état spécialisés.

Enfin, le requérant a conclu en soutenant que « *l'Autorité de Régulation des marchés publics a aussi la mission de veiller à l'harmonisation des politiques de développement économique et social avec les stratégies de concurrence pour les raisons ci-après :*

- *la Charte nationale sur les PME, consacrée par la loi d'orientation relative à la promotion et au développement des Petites et Moyennes Entreprises ;*
- *le secteur des BTP est composé à plus de 90% de PME qui n'ont aucune ambition de prétendre réaliser ces gros marchés qui dépassent largement leur capacité, mais elles plaident pour la ristourne de leur part de marché afin de sauvegarder la survie de leur entreprise »*

### **LES MOTIFS DONNES PAR AGEROUTE**

Par lettre n°00905/AGEROUTE/DG/DGTOA/DPU du 27 avril 2011, le Directeur général de AGEROUTE a exposé que le projet objet de l'appel d'offres concerne 55 km de route en 2X2 voies et des bretelles de longueur cumulée de 7 km ; que les travaux ont été scindés en trois lots homogènes et indépendants d'environ 20 km chacun, là où selon les normes, le linéaire minimum pour les autoroutes est d'environ 40 km pour pouvoir réaliser des économies d'échelle.

AGEROUTE a soutenu que l'allotissement des travaux en trois lots répond au souci, d'une part, de permettre la participation d'un maximum d'entreprises ayant des compétences avérées en travaux d'envergure similaire et, d'autre part, de tirer avantage de la compétition en vue d'obtenir un bon rapport qualité/coût.

L'autorité contractante a, par ailleurs, soutenu que les critères de sélection des candidats, en particulier les critères financiers, ont été définis au regard des coûts estimatifs de chacun des lots qui s'élèvent à soixante dix (70) milliards ; que si l'on avait tenu compte des seuils fixés par les dossiers types pour les grands travaux routiers, le montant du chiffre d'affaires aurait dû être fixé entre 130 et 140 milliards.

Mais qu'en lieu et place, et après consultation de la DCMP, le chiffre d'affaire moyen annuel requis pour chaque lot a été fixé à 70 milliards environ, soit la moitié des minima consacrés par les dossiers types ; que cependant, en cas de groupement, le chiffre d'affaires réclamé aux membres du groupement est fixé respectivement à 35 milliards pour le chef de file et 21 milliards pour chacun des autres membres du groupement.

En ce qui concerne les critères techniques, les exigences qui sont fixées sont en tous points de vue en adéquation avec la consistance et la complexité des travaux ; que s'agissant de travaux de construction d'autoroute, dans aucun pays, ils ne sont confiés, en considération également des objectifs de délai et de qualité, à des PME qui n'ont pas les moyens de réaliser de tels projets de complexité bien connue ; que cependant, les travaux relatifs aux routes connexes et aux ouvrages simples du projet, qui feront l'objet d'un appel d'offres ouvert, ont été réservés aux PME.

Enfin, l'autorité contractante a soutenu qu'en raison de l'origine des financements et du souci de recevoir les meilleures offres techniques au meilleur prix, l'appel d'offres a été ouvert aux entreprises étrangères.

### **SUR L'OBJET DU LITIGE**

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

1. sur les modalités de dévolution du marché;
2. sur l'ouverture du marché aux entreprises étrangères ;
3. sur le caractère discriminatoire ou non des critères de sélection des candidats en particulier le caractère disproportionné du chiffre d'affaires annuel exigé des candidats.

### **AU FOND**

#### 1) Sur les modalités de dévolution du marché :

Considérant qu'il résulte du dossier d'appel d'offres que pour allouer le marché, les travaux ont été répartis ainsi qu'il suit :

- Lot 1 : Thiambookh-Somone sur une longueur de 19 km consistant en la construction d'une branche d'autoroute neuve en 2X2 voies, extensibles en 2X3 voies, y compris la construction :
  - ✓ d'un échangeur ;
  - ✓ de neuf passages supérieurs et inférieurs ;
  - ✓ d'un giratoire ;
  - ✓ d'ouvrages hydrauliques ;
  - ✓ l'assainissement routier et l'aménagement des carrefours, etc. ;
- Lot 2 : Somone-Mbour sur une longueur de 20 km consistant en la construction d'une branche d'autoroute neuve en 2X2 voies, extensibles en 2X3 voies, y compris la construction :
  - ✓ de deux (2) échangeurs ;
  - ✓ de neuf (9) passages supérieurs et inférieurs ;
  - ✓ d'un (1) giratoire ;
  - ✓ d'ouvrages hydrauliques ;
  - ✓ l'assainissement routier et l'aménagement des carrefours, etc. ;
- Lot 3 : AIDB-Thiambokh sur une longueur de 16 km consistant en la construction d'une branche d'autoroute neuve en 2X2 voies, extensibles en 2X3 voies, y compris la construction :
  - ✓ de voies de connexion à AIBD et DIZEZ pour une longueur de 7 km ;
  - ✓ d'un(1) échangeur ;
  - ✓ de sept (7) passages supérieurs et inférieurs ;

- ✓ d'un(1) giratoire ;
- ✓ d'ouvrages hydrauliques ;
- ✓ l'assainissement routier et l'aménagement des carrefours, etc. ;

La construction de sept (7) km de voies de connexion à la DISEZ et à AIBD porte sur :

- ✓ la bretelle d'accès à l'aéroport à partir de la RN1 (Route de Kirène) ;
- ✓ la bretelle de connexion à la DISEZ à partir de l'autoroute ;
- ✓ la connexion de la zone militaire ;
- ✓ la bretelle de liaison AIBD-DISEZ et,
- ✓ le carrefour giratoire sur la RN1 pour raccorder la route du terminal cargo et la route de Kirène à la RN1 ;

Considérant que le Syndicat national des Entrepreneurs du Bâtiment et des travaux publics conteste cette répartition au motif qu'elle est inadaptée aux capacités des entreprises locales et ne tient pas compte des corps d'état spécialisés ;

Considérant, sur le principe et les modalités de l'allotissement, qu'aux termes de l'article 8 du Code des marchés publics, les fournitures, services et travaux peuvent être repartis en lots donnant lieu chacun à un marché distinct lorsque cette division est susceptible de présenter des avantages économiques, techniques ou financiers, y compris en vue de faciliter la candidature des petites et moyennes entreprises ; que ce choix ne doit pas avoir pour objet ou pour effet de soustraire les marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du Code des marchés publics ;

Considérant qu'il résulte de cette disposition que le choix de passer un marché global ou un marché alloti obéit aux principes suivant :

- le choix du mode de dévolution et les conditions dans lesquelles il est mis en œuvre ne doivent avoir ni pour objet ni pour effet d'entraver la concurrence en favorisant certains opérateurs ;
- sauf contrainte imposée par une législation particulière applicable pour la définition de certains lots, chaque lot doit constituer une unité autonome pouvant être attribuée séparément et ne comporter que des prestations homogènes susceptibles d'être réalisées par une même entreprise ; qu'à cet égard, les lots peuvent comporter des prestations dissociables ;
- la procédure applicable à la passation de chaque lot doit être celle qui correspond au montant global de l'ensemble des lots, les offres étant examinées lot par lot ;

Considérant que, certes, l'objectif visé par les dispositions de l'article 8 susvisé est de permettre aux petites et moyennes entreprises de répondre à certains lots ; mais que la réalisation de cet objectif est subordonnée à la condition pour l'autorité contractante d'en tirer des avantages économiques, techniques ou financiers ;

Qu'à cet égard, n'est pas superflu l'argumentaire de l'autorité contractante selon lequel le linéaire maximum proposé par lot ne dépasse pas 20 km là où la règle pour les autoroutes est d'environ 40 km au moins pour réaliser des économies d'échelle ;

Que par ailleurs, à l'exception du lot 3 AIBD-Thiambokh-Thiès, qui comporte des voiries de connexion à la DISEZ et à l'AIBD sur sept (7) km, les lots ne comportent pas de routes connexes, de connectivité et les ouvrages simples lesquels ont été soustraits du présent marché en vu de les confier aux PME ;

Qu'en considération de ces éléments et ceux relatifs aux principes ci-dessus prévalant en matière d'allotissement, il convient de relever que n'est pas contraire à l'obligation de mise en concurrence le fait que l'autorité contractante ait choisi de mettre en concurrence des lots en nombre limité et d'une importance relative, 20 km de route, ce qui est exceptionnel dans un marché routier ; que par conséquent la demande du requérant, de ce chef, doit être rejetée ;

2) sur l'ouverture du marché aux entreprises étrangères alors que le financement a pour source les ressources nationales :

Considérant qu'aux termes de l'article 52, modifié, du Code des marchés publics : « *la participation aux appels à concurrence et aux marchés de prestations et de fournitures par entente directe dont le financement est prévu par les budgets de l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics, des sociétés nationales ou sociétés à participation majoritaire, est réservée aux seules entreprises sénégalaises et communautaires, régulièrement patentées ou exemptées de patentes 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* » ;

Qu'il peut être dérogé à cette disposition « *lorsque l'appel d'offres concerné ne peut être satisfait par les entreprises ci-dessus visées* » et, en ce cas, l'accès aux marchés concernés est alors autorisé aux groupements constitués d'entreprises communautaires et non communautaires »

Considérant que l'article 52 contient deux prescriptions :

- la première, relative au financement du marché, impose que celui-ci doit provenir des budgets des autorités contractantes correspondant à celles visées à l'article 2 du Code des marchés publics. Dans le cas d'espèce, il ressort des DPAO, clause IC 2.1, que le marché est financé par l'Etat du Sénégal sur le Budget consolidé d'investissement (BCI). Contrairement à ce qu'a soutenu l'autorité contractante, le fait que ces ressources soient constituées à partir d'emprunts ne modifie en rien son caractère national ;
- La seconde réserve aux seules entreprises sénégalaises et communautaires la participation aux appels à concurrence et aux marchés dont le financement est prévu par les budgets de l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics, des sociétés nationales ou sociétés à participation majoritaire ;

Mais considérant que l'article 52, dans sa rédaction actuelle, ne fait pas obstacle à la participation d'entreprises étrangères lorsque celles-ci relèvent d'Etat appliquant le principe de la reconnaissance mutuelle ou lorsque l'appel d'offres ne peut pas être satisfait par les entreprises locales ou communautaires ;

Considérant qu'à cet égard, le respect des dispositions de l'article 52 ne peut être vérifié qu'à l'occasion de l'ouverture des plis où il pourra être constaté ou non la participation d'entreprises non visées par ce texte ;

Considérant que l'appel d'offres litigieux est à sa phase de lancement ; que l'ouverture des plis est fixée au 17 mai 2011 ; qu'en l'état, il ne peut être statué sur la demande du requérant qui est sans objet ;

3) Sur le caractère discriminatoire ou non des critères de sélection des candidats en particulier le chiffre d'affaires annuel exigé des candidats :

Considérant que le Syndicat national des Entreprises du Bâtiment et des Travaux publics a trouvé prohibitif le chiffre d'affaires moyen annuel concernant l'exécution de travaux de construction pour les cinq (5) dernières années, à partir de 2005, exigé par l'autorité contractante ;

Considérant que selon l'avis d'appel d'offres, à la clause 7 du règlement, il est exigé aux soumissionnaires un chiffre d'affaires moyen annuel supérieur ou égal à soixante dix milliards (70 000 000 000) F CFA ;

Qu'en cas de groupement, joint-venture/consortium, chacun des membres autres que le chef de file devra disposer d'un chiffre d'affaire moyen annuel d'au moins 30% du chiffre d'affaires exigé au groupement pour la période considérée, soit vingt un milliards (21 000 000 000) F CFA ;

Que le mandataire du groupement, chef de file, devra réaliser un chiffre d'affaires moyen annuel d'au moins 50% du chiffre d'affaires moyen annuel exigé au groupement pour la période considérée, soit trente cinq milliards (35 000 000 000) F CFA ;

Qu'en outre, le soumissionnaire doit pouvoir justifier de liquidité et/ou de facilités de crédits d'au moins huit milliards (8 000 000 000) F CFA auprès d'un établissement financier ;

Considérant qu'aux termes de l'article 27, nouveau, du Code des obligations de l'Administration, pour apprécier la capacité notamment financière des candidats, l'autorité contractante peut réclamer des renseignements relatifs au chiffre d'affaires ou tout autre document lui permettant d'apprécier l'aptitude de l'entreprise à assurer les risques financiers du marché ;

Considérant que la détermination du chiffre d'affaires des candidats doit s'apprécier de manière proportionnelle au regard du montant du marché ; qu'en effet, le chiffre d'affaires minimal que l'acheteur peut exiger des candidats doit être en rapport quantitatif et qualitatif avec les caractéristiques du marché, c'est-à-dire être en rapport avec les capacités nécessaires à la bonne exécution du marché en cause ; qu'au regard du montant du marché et le rapport de celui-ci à la durée du délai prévisionnel de réalisation des travaux estimé à dix huit (18) mois, le chiffre d'affaires moyen annuel pouvant être exigé de celles-ci est compris entre soixante six (66) milliards et soixante dix (70) milliards francs CFA ;

Qu'à cet égard, telles que définies aux articles 2 et 3 de la loi d'orientation n°2007-49 du 06 février 2007 relative à la promotion et au développement des Petites et Moyennes entreprises, pour lesquelles le chiffre d'affaires moyen annuel maximal est plafonné à cinq (5) milliards hors taxe, les PME ne disposent pas des capacités nécessaires à la bonne exécution du marché litigieux, quel que soit le lot concerné ; en conséquence,

**DECIDE :**

- 1) Reçoit le Président du Comité en sa saisine ;
- 2) Dit que, sur les modalités de dévolution du marché, le fait que l'autorité contractante ait choisi de mettre en concurrence des lots en nombre limité et d'une importance relative, en considération de la nature des travaux, n'est pas contraire à l'obligation de mise en concurrence prescrite par la réglementation ;
- 3) Dit que le chiffre d'affaires minimal que l'acheteur peut exiger des candidats doit être en rapport avec les capacités nécessaires à la bonne exécution du marché en cause ;
- 4) Constate que le montant de soixante dix (70) milliards de chiffres d'affaires moyen annuel exigé des candidats n'est pas disproportionné par rapport au montant du marché ; en conséquence,
- 5) Rejette les demandes formulées par le requérant ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au Syndicat national des Entreprises du Bâtiment et des Travaux publics et à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

**Le Président**

**Abdoulaye SYLLA**