

**DECISION N°123/11/ARMP/CRD DU 29 JUIN 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SARL D'INGENIERIE ET
DE REALISATION (SIR) CONTESTANT LA DECISION DE AGEROUTE DE NE
PAS ATTRIBUER LE MARCHE RELATIF AUX TRAVAUX DE SIGNALISATION
VERTICALE ET HORIZONTAL SUR LE RESEAU ROUTIER CLASSE.**

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

Vu la lettre du 20 avril 2011 de la SIR ;

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, 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 :

Par lettre du 20 avril 2011, reçue le même jour et enregistrée sous le numéro 262/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la SARL SIR a saisi le CRD d'un recours en contestation de la décision de AGEROUTE de ne pas attribuer le marché relatif aux travaux de signalisation verticale et horizontale sur le réseau routier classe .

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS

Considérant que par lettre n° 00753 AGEROUTE/DG/DGER/AT du 06 Avril 2011, AGEROUTE a notifié au requérant la décision de ne pas donner suite à l'appel d'offre objet du recours ;

Que le 11 avril 2011, le requérant a saisi l'autorité contractante d'un recours gracieux ;

Que par lettre n°00854 AGEROUTE/DG/DGER/AT du 19 Avril 2011, l'autorité contractante a émis un avis négatif audit recours ;

Que le 20 avril 2011, SIR a saisi le CRD du présent recours ;

Considérant qu'il résulte des dispositions combinées des articles 86 et 87 que tout candidat dans une procédure de passation peut saisir la personne responsable du marché d'un recours gracieux dans le délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la notification de la décision faisant grief, que la personne responsable du marché saisie dispose d'un délai de cinq (5) jours ouvrables pour apporter une réponse au requérant ; qu'à défaut, son silence sera considéré comme un rejet implicite du recours ;

Que le requérant dispose d'un délai de 3 jours pour saisir le CRD lorsque la décision de la personne responsable du marché ne lui paraît pas satisfaisante ; qu'il peut saisir le CRD dès l'expiration du délai de 5 jours ouvrables imparti à la personne responsable du marché pour donner suite au recours ;

Qu'il est constant que AGEROUTE a répondu au recours dans les délais contrairement à ce qu'avance le requérant, qui semble oublier que si un délai exprimé en jours ouvrables expire un samedi, il est prolongé jusqu'au jour ouvrable suivant, ce qui fait dire que l'autorité contractante a répondu dans les délais ;

Qu'également, le requérant a saisi le CRD dans la limite des délais à lui impartis (3 jours ouvrables à compter de la notification de la décision) ;

Qu'en conséquence, le CRD a déclaré recevable la SARL SIR en son recours et a prononcé par décision n°045/11/ARMP/CRD du 29 avril 2011, la suspension de la procédure de passation du marché jusqu'au prononcé de la décision du Comité Litiges ;

Considérant que suite à la notification de la suspension de la procédure aux parties concernées, par lettre n°00117/ARMP/CRD/PR/CJ du 09 juin 2011, il a été transmis à l'autorité contractante copie du recours et demandé communication du DAO et des documents connexes ainsi que ses observations sur le recours ;

Que par lettre n°01238/AGEROUTE/DG/DGER/A.T du 10 juin 2011, l'autorité contractante a fait parvenir au CRD le DAO et les documents connexes avec la précision que le dossier d'appel d'offres pour la relance des travaux est finalisé et sera relancé dans les prochains jours ;

Que cependant, en sa séance du 17 juin 2011, le CRD a ordonné un complément d'information relative à la saisine de la DCMP et de l'autorité contractante, pour vérification des éléments qui ont déterminé l'une et l'autre à déclarer les offres trop élevées par rapport aux montants estimés des lots constituant le marché ;

LES FAITS :

Le Gouvernement du Sénégal, dans le cadre d'un vaste programme dit « zéro nid de poule » a entrepris la mise à niveau du réseau routier ;

A cet effet, l'AGEROUTE, agissant en qualité de maître d'ouvrage délégué, a obtenu de l'Etat des fonds dans le cadre du « Fonds d'Entretien Routier Annuel (FERA) » et a entendu utiliser une partie de ces fonds pour effectuer des paiements au titre du marché de travaux de signalisation horizontale et verticale sur le réseau routier classé, réparti en 2 lots :

- Lot 1 : Travaux de signalisation verticale
- Lot 2 : travaux de signalisation horizontale

Ce qui a donné lieu à l'avis d'appel public national à la concurrence N°D/ 591/AI publié dans le journal « L'AS » en date du 01 Septembre 2010 ; avec comme date prévue pour l'ouverture des plis le 05 Octobre 2010 ; laquelle date a fait l'objet d'un report publié dans le journal « SUD QUOTIDIEN » pour la date du 21 Octobre 2011 ;

Suite à ce report, il a été demandé au candidat de proroger la durée de son offre pour permettre à l'autorité contractante de poursuivre dans les meilleures conditions la procédure d'attribution ;

Par lettre n°00434/AGEROUTE/DG/DGER/AT du 23 février 2011, l'autorité contractante a saisi la DCMP aux fins d'être autorisée à relancer l'appel d'offres.

Suite à sa demande de précision sur les motifs de la relance, par lettre n°001327/MEF/DCMP/48 du 28 mars 2011, la DCMP a autorisé l'autorité contractante à déclarer sans suite l'appel d'offre et a procédé à sa relance ;

Saisie par le requérant pour être édifié sur la suite donnée à l'appel d'offres, l'autorité contractante a, d'une part, par lettre n°00667/AGEROUTE/DG/DGER/AT du 25 mars 2011, informé le candidat de la poursuite de la procédure, d'autre part, lui a signifié par lettre n°00763/AGEROUTE/DG/DGER/AT du 06 avril 2011, sa décision de ne pas donner suite à l'appel d'offres ;

Le 11 avril 2011, le requérant a saisi l'autorité contractante d'un recours gracieux ;

Par lettre n°00854 AGEROUTE/DG/DGER/AT du 19 Avril 2011 l'autorité contractante a émis un avis négatif audit recours ;

Le 20 avril 2011, SIR a saisi le CRD du présent recours pour contester la décision de ne pas donner suite à l'appel d'offres.

LES MOYENS PRESENTES A L'APPUI DE SA SAISINE :

A l'appui de son recours, le requérant a exposé, d'une part, l'inexactitude des motifs et du fondement donnés à la décision de ne pas donner suite à l'appel d'offres, d'autre part, le manque d'objectivité de l'autorité contractante ;

Sur le premier point, au regard du motif invoqué par l'autorité contractante, il ressort que celle-ci a fondé sa décision sur le deuxième cas d'ouverture donnant lieu à une décision de ne pas donner suite à l'appel d'offres. Contrairement à ce qu'a avancé l'autorité contractante qui estime que : « lorsque les montants des offres sont jugés trop élevés par rapport à la valeur estimée du marché, un appel d'offres peut être classé sans suite après consultation de la direction chargée du contrôle des marchés publics », l'article 65 dispose : « des montants trop élevés par rapport à la valeur estimée du marché peuvent conduire à un classement sans suite après consultation de la DCMP » ;

Il s'en déduit, le besoin existant, les paramètres étant maîtrisés, que la seule interprétation qui peut être donnée à cette disposition est la suivante :

- Le montant des offres = Quantités X Prix unitaires ;

Disposant des mêmes quantités, à moins d'une manipulation, les prix qu'il a offerts étant à la disposition de l'autorité contractante, celle-ci, pour plus de transparence, doit communiquer les prix estimés ou de références qui ont permis de déterminer la valeur estimée. A défaut de fournir ces éléments, l'autorité contractante serait mal fondée à se prévaloir des dispositions de l'article 65 relatives aux offres trop élevées par rapport à la valeur estimée. A cet égard, la DCMP ne devrait pas suivre AGEROUTE dans sa façon d'interpréter la disposition litigieuse, car en réalité, AGEROUTE n'avait pas de valeur estimée au départ ou alors, celle-ci est fortement erronée ;

Par ailleurs, il a exposé avoir baissé les prix unitaires d'au moins 25 % pour ce qui concerne la signalisation horizontale et 10% sur le prix unitaire entre 2007 et 2010 ;

Sur le deuxième point, à savoir le manque d'objectivité de l'autorité contractante, se référant au marché N°AT1/422/ATR conclu en 2004, à l'occasion de la notification du marché, le Directeur général lui a confirmé le marché avec tranche ferme et tranche conditionnelle après sa conclusion au motif d'une insuffisance de budget ;

Pour le présent appel d'offres, elle répète le même comportement, après avoir traîné en longueur la procédure d'attribution, refusé de justifier sa décision, le tout couronné par une interprétation équivoque de la disposition de l'article 65 relative au montant trop élevé des offres par rapport à la valeur estimée du marché ;

MOTIFS DONNES A LA DECISION PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

En réponse au recours gracieux de SIR, par lettre n°00854/AGEROUTE/DG/DGER/A.T du 19 avril 2011, l'autorité contractante a déclaré :

- Un appel d'offres classé sans suite ne peut faire l'objet de recours ;
- L'article 65 du Code des marchés dispose que : « *lorsque les montants des offres sont jugés trop élevés par rapport à la valeur estimée du marché un appel d'offres peut être classé sans suite après consultation de la DCMP* » ;
- L'appel d'offres sera relancé au courant de l'année, nous vous invitons à redéposer des offres.

Par lettre n°00794/AGEROUTE/DG/DGER/A.T, du 31 avril 2011, en réponse à la lettre n°000063/ARMP/CRD/PR/CE du 30 mars 2011 du CRD saisie par le requérant, l'autorité contractante a exposé qu'après évaluation des offres, il a été constaté que les montants attribués étaient largement supérieurs au budget prévisionnel. En outre, le budget global du fonds d'entretien a été amputé de plus de dix milliards (10 000 000 000) francs F CFA, entraînant la suppression de plusieurs projets.

Dans sa lettre n°1236/ AGEROUTE/DG/DGER/A.T du 10 juin 2011 de transmission du dossier d'appel d'offres et des documents connexes, AGEROUTE a déclaré que le dossier d'appel d'offres pour la relance des travaux est finalisé et sera relancé dans les prochains jours.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et moyens présentés par les parties que le litige porte sur les motifs de la décision de ne pas attribuer le marché, à savoir le montant trop élevé des offres reçues par rapport à la valeur estimée du marché.

EXAMEN DU LITIGE

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier d'appel d'offres notamment les procès-verbaux d'ouverture des prix et du rapport d'analyse des offres, que la Commission des marchés a proposé après évaluation des offres, l'attribution du marché ainsi qu'il suit :

- Lot n°1 relatif à signalisation verticale au candidat SIR pour le montant d'un milliard quatre cent un millions quatre cent soixante quatorze cinq cent soixante dix (1 401 470 570) francs CFA ;
- Lot n°2 relatif à la signalisation horizontale au candidat SIR pour Trois cent trente six millions six cent soixante treize mille deux cent soixante deux (336 673 262) francs CFA ;

Considérant que l'autorité contractante a sollicité de la DCMP l'autorisation de relancer l'appel d'offres ; que AGEROUTE a entendu se prévaloir de ce seul motif sur le fondement de l'article 65 précité ;

Que suite à la demande de la DCMP, pour justifier sa demande de relance, l'autorité contractante a soutenu que les montants des offres étaient trop élevés *par rapport à la valeur estimée du marché*, la valeur du marché ayant été sous estimée ;

Considérant qu'en justifiant sa décision de relance de l'appel d'offres par l'insuffisance de son budget prévisionnel par rapport aux montants des offres jugés trop élevés au regard de la valeur estimée du marché, l'autorité contractante a entendu se prévaloir des dispositions de l'article 65 du Code des marchés publics ;

Considérant qu'aux termes desdites dispositions, « *l'autorité contractante peut, après consultation de la Direction chargée du Contrôle des Marchés publics, ne pas donner suite à un appel d'offres pour des motifs d'intérêt général, tels que la disparition du besoin qui était à l'origine de la procédure ou des montants d'offres trop élevés par rapport à la valeur estimée du marché* » ;

Considérant que cette disposition comporte, outre l'obligation de consulter préalablement la DCMP, la faculté pour l'autorité contractante de ne pas donner suite à l'appel d'offres lorsque les montants des offres sont trop élevés par rapport à la valeur estimée du marché ; qu'elle doit justifier sa demande de ne pas donner suite à l'appel d'offres pour des motifs d'intérêt général ;

Considérant qu'aux termes de l'article 9 du Code des marchés publics : « au cours de la phase de préparation des marchés, l'autorité contractante doit :

- a) évaluer le montant estimé des fournitures, services ou travaux, objet du marché et s'assurer de l'existence de crédits budgétaires suffisants ainsi que du respect des règles d'engagement des dépenses de l'autorité contractante concernée. Avant signature de tout marché, les services compétents de l'autorité contractante doivent remettre au cocontractant le document portant engagement ou autorisation des dépenses relatives au marché » ;
- b) obtenir, le cas échéant, les autorisations préalables auxquelles la conclusion du marché est soumise, sous peine de nullité conformément au Code des obligations de l'Administration »

Considérant qu'il ressort de la grille d'analyse de la DCMP relative à l'examen du rapport d'analyse et du procès verbal d'attribution provisoire du marché, transmise au CRD sur sa demande, que le montant de l'offre du soumissionnaire SIR, seul candidat qualifié ayant proposé une offre conforme, se présente comme suit par rapport aux montants estimés des différents lots :

- Lot 1 : montant estimatif 393 708 220 F CFA contre 1 401 474 570 F CFA représentant l'offre de SIR ;
- Lot 2 : montant estimatif 380 830 000 F CFA contre 336 673 262 F CFA représentant l'offre de SIR.

Qu'au regard de ces éléments, l'examineur, qui a noté la variation de AGEROUTE sur le montant estimé du lot 2, chiffré à 300 788 844 F CFA dans sa lettre n°1771/AGEROUTE/DG/DGER du 03 août 2010 adressée à la DCMP alors que dans le rapport d'évaluation transmis à la DCMP, à la page 17, tableau 1 (V. lettre DCMP n°000914/MEF/DCMP/48 du 02 mars 2011) le montant est de 380 830 000 F CFA, a proposé de ne pas émettre un avis favorable à la demande d'autorisation de relancer l'appel d'offres ;

Considérant que si la demande de relance pour offre trop élevée peut se justifier pour le lot 1, pour le lot 2, elle serait inéquitable, d'autant que l'autorité contractante a eu à faire prolonger par le soumissionnaire la garantie de soumission alors qu'elle est censée savoir dès l'ouverture des plis que les offres sont trop élevées par rapport à son budget prévisionnel ;

Qu'en effet, l'autorité contractante ayant alloué le marché a manifesté sa volonté de diviser le projet en plusieurs lots dont chacun correspond à un marché différent, signé au terme d'une procédure de passation distincte ; qu'en conséquence, elle doit assumer la responsabilité de conclure le marché relatif au lot 2 pour lequel sa demande n'est pas justifiée ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Déclare recevable le Candidat SIR SARL en son recours ;
- 2) Constate que l'autorité contractante a divisé le projet en deux lots susceptibles d'être attribués séparément ;

- 3) Constate que l'offre financière du soumissionnaire entre dans les prévisions du budget pour le lot 2 ;
- 4) Constate que l'autorité contractante, qui a déroulé la procédure de passation du marché litigieux jusqu'à l'attribution du marché et réclamé a soumissionnaire de prolonger sa garantie de soumission a sollicité et obtenu de la DCMP l'avis favorable de déclarer sans suite l'appel d'offres ;
- 5) Dit que le motif de montant de l'offre trop élevé par rapport au lot 2 n'est pas justifié ; en conséquence,
- 6) Prononce l'annulation de la décision de ne pas donner suite à l'appel d'offres en ce qui concerne le lot 2 ;
- 7) Dit que le lot 2 qui correspond à un marché différent du lot 1 ne peut pas faire l'objet de relance ;
- 8) Ordonne à AGEROUTE de se conformer à la réglementation en particulier au respect du principe de l'équité ;
- 9) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à SIR, à AGEROUTE ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Pour le Président

**Mamadou DEME
Chargé de l'intérim**