



**DECISION N° 027/19/ARMP/CRD/DEF DU 13 FEVRIER 2019
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SENEGALAISE DES EAUX
CONTESTANT L'ATTRIBUTION PROVISoire DU MARCHÉ RELATIF À LA
SELECTION D'UN OPERATEUR POUR LA GESTION DU SERVICE PUBLIC DE
PRODUCTION ET DE DISTRIBUTION D'EAU POTABLE EN ZONE URBAINE ET PERI-
URBAINE AU SENEGAL.**

**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 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 Sénégalaise des Eaux (SDE) du 05 novembre 2018 ;

VU la quittance de consignation n°100012018003264 du 05 novembre 2018 ;

Vu la décision n°077/18/ARMP/SUS du 07 novembre 2018 ordonnant la suspension de la procédure ;

Monsieur Ousseynou CISSE entendu en son rapport ;

En présence de monsieur Oumar SAKHO, Président ; de messieurs Ibrahima SAMBE, Alioune Badara FALL et Abdourahmane NDOYE, 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 courrier du 05 novembre 2018, reçu et enregistré au secrétariat du CRD sous le n°267/CRD, la Sénégalaise des Eaux (SDE) a introduit un recours pour contester l'attribution provisoire de la procédure de sélection d'un opérateur pour la gestion du service public de production et de distribution d'eau potable en zone urbaine et péri-urbaine au Sénégal.

LES FAITS

Le Ministère de l'Hydraulique et de l'Assainissement (MHA) a lancé un appel d'offres international en deux étapes, précédé d'une pré-qualification, pour la sélection d'un opérateur chargé de la gestion du service public de production et de distribution d'eau potable en zone urbaine et péri-urbaine au Sénégal.

L'avis de pré-qualification a été publié au journal « Le Soleil » dans sa parution du 24 mai 2017 et à l'hebdomadaire « Jeune Afrique » du 08 juin 2017. Un avis rectificatif a été publié au journal « Le Soleil » du 19 juin 2017.

A l'ouverture des dossiers de pré qualification, trois plis ont été reçus :

- SDE ;
- SUEZ GROUPE ;
- VEOLIA EAU-COMPAGNIE GENERALE DES EAUX.

Au terme de l'évaluation des dossiers, toutes les trois entreprises susnommées ont été pré-qualifiées. C'est ainsi que le dossier d'appel d'offres de la première étape, qui au préalable, avait reçu l'avis de non objection de la DCMP, leur a été transmis.

A la date limite de remise des offres de la première étape, les trois candidats ont déposé une offre technique sans prix, accompagnée de commentaires et suggestions.

Le Comité technique d'Evaluation des Offres (CTEO), mis en place, a proposé, au terme de ses travaux, de déclarer les trois offres recevables et conformes à la première étape.

Par la suite, le MHA a tenu compte des commentaires et suggestions pour élaborer le DAO de la deuxième étape et l'a soumis à la revue de la DCMP.

Après avoir reçu l'avis de non objection de l'organe chargé du contrôle a priori des procédures de passation, le MHA a transmis le dossier aux trois candidats SDE, SUEZ GROUPE et VEOLIA EAU-COMPAGNIE GENERALE DES EAUX.

A la date d'ouverture des plis pour la seconde étape, tous les candidats ont remis une offre technique mise à jour, devant intégrer les modifications consignées dans le mémorandum rédigé par l'Autorité contractante, ainsi qu'une offre financière.

A l'issue de l'évaluation des offres techniques, mises à jour à la seconde étape, et des offres financières, le Comité technique d'Evaluation des Offres (CTEO) a recommandé à la commission des marchés du Ministère de l'Hydraulique et de l'Assainissement, d'attribuer provisoirement le marché au soumissionnaire SUEZ GROUPE pour un prix exploitant de 298,5 FCFA/m³ HTVA.

La proposition d'attribution provisoire, validée par la commission des marchés, a été approuvée par l'autorité contractante, qui, par la suite, a soumis le dossier d'appel d'offres à la Direction centrale des Marchés publics (DCMP).

A la suite de l'avis de non objection émis par la DCMP, l'autorité contractante a fait publier l'avis d'attribution provisoire dans la parution du journal « Le Soleil » du 23 octobre 2018.

Dès qu'elle a pris connaissance des résultats de l'attribution, SDE a saisi l'autorité contractante d'un recours gracieux, suivi d'un recours contentieux devant le CRD.

Par décision n°077/18/ARMP/SUS du 07 novembre 2018, le CRD a déclaré le recours recevable, ordonné la suspension de la procédure de passation et demandé à l'autorité contractante de transmettre les éléments nécessaires à l'instruction du dossier.

Par courrier du 12 novembre 2018, le Ministère de l'Hydraulique et de l'Assainissement a communiqué les pièces du dossier à l'ARMP en joignant un mémorandum pour apporter des éléments de réponse sur les griefs soulevés par SDE.

Afin de respecter le principe du contradictoire dans l'instruction du dossier, le CRD a transmis le contenu du mémorandum à SDE pour recueillir ses observations dans un délai de deux semaines. Dès qu'elle a reçu le mémorandum, SDE a sollicité la communication des pièces annexes citées dans le document ainsi qu'un délai de réponse supplémentaire.

Par la suite, SDE a élaboré un « mémoire en réplique », transmis à l'ARMP à l'expiration du délai de quatre semaines qui lui a été accordé. Ledit document a été également mis à la disposition du MHA, avant que les deux parties ne soient convoquées, ensemble, par le CRD, pour une audition visant à préciser les moyens et griefs.

LES MOYENS A L'APPUI DU RECOURS

SDE allègue d'irrégularités sur le déroulement de la procédure d'évaluation et réfute les griefs soulevés par le MHA pour rejeter son offre au motif qu'elle renferme des non-conformités substantielles.

En premier lieu, relativement au déroulement de la procédure d'évaluation, la requérante argue de violations des dispositions du Code des Marchés publics.

1. Violation des articles 70, 84 et 141 du CMP ainsi que de la charte de transparence et d'éthique

Selon SDE, la procédure d'attribution n'a pas respecté les délais prévus par le Code des Marchés publics. Elle invoque l'article 70 dudit Code qui impartit à la commission des marchés, un délai maximal de quinze (15) jours à compter de la séance d'ouverture des plis, sauf prorogation exceptionnelle, dans la limite maximale de dix (10) jours et sur demande motivée de l'autorité contractante. En outre, SDE rappelle que la décision de l'autorité contractante, relative à la proposition d'attribution, doit intervenir dans les trois jours ouvrables qui suivent la décision de la commission des marchés ou l'avis de la DCMP.

La requérante considère que le non respect des délais impartis dans la phase de la procédure d'attribution, constitue une violation du principe de transparence.

2. Violation de l'article 88 alinéa 2 du Code des Marchés publics

SDE déclare n'avoir reçu aucune explication sur les motifs de rejet de son offre, malgré la lettre adressée à l'Autorité contractante. SDE soutient que le MHA s'est limité à la renvoyer à la réponse donnée dans le cadre de la demande d'informations.

La requérante fait valoir le principe d'égalité des parties devant le CRD et le respect du contradictoire qui, selon elle, doivent obliger l'autorité contractante à fournir les raisons détaillées du rejet d'une offre. Sur ce dernier point, SDE estime que le manque de motivation du rejet de son offre ne permet pas d'avoir un « débat contradictoire et équilibré ».

SDE en déduit une violation des dispositions de l'article 88 du Code des Marchés publics.

3. Violation des dispositions de l'article 36 des Instructions aux candidats du DAO et du principe d'égalité entre les candidats

Selon SDE, l'autorité contractante s'est fondée sur des réponses à des demandes d'éclaircissements pour juger de la conformité d'une offre financière et identifier de « prétendues non-conformités substantielles ». La requérante déclare que les demandes d'éclaircissements ne peuvent pas être invoquées à cette étape d'évaluation financière où les offres sont déjà déclarées conformes.

SDE estime que l'autorité contractante a fait une « application erronée » des clauses du DAO en demandant des précisions afin d'évaluer la conformité de l'offre financière.

Au surplus, la requérante soutient que la démarche de l'autorité contractante viole la clause IC 36.1 du DAO.

4. Violation de l'article 60 du Code des Marchés publics et de l'article 37 des Instructions aux Candidats (IC) du Dossier d'Appel d'Offres (DAO)

SDE estime que le rejet de l'offre la moins-disante, constitue une violation des stipulations de la clause 37 des IC du DAO. Elle relève que les Données particulières de l'Appel d'Offres (DPAO) sont « silencieuses » sur les facteurs d'ajustement. Elle soutient qu'à la deuxième étape de la procédure, la base de référence pour l'évaluation des offres financières, est le prix exploitant du mètre-cube d'eau.

En ce qui concerne les demandes de clarifications initiées par l'autorité contractante, SDE allègue que les réponses qu'elle a apportées ne modifient pas l'offre financière. En outre, elle déclare que le détail des prix du « bordereau des prix » permet de déterminer la rubrique « travaux de branchement ». Elle soutient qu'en dehors de la rubrique précitée, les branchements sociaux ne figurent nulle part ailleurs.

Sur un autre registre, SDE déclare que les prévisions relatives aux branchements sociaux ont été bien indiquées dans l'offre technique de la première étape et dans celle mise à jour à la deuxième étape et validée par la commission technique chargée de l'évaluation.

5. Conformité de l'offre

SDE rappelle que les DPAO fixent, de manière très précise, les modalités de l'examen détaillé des offres. Selon elle, il s'agit d'évaluer le prix de l'offre et d'appliquer, le cas échéant, les ajustements limitativement énumérés à l'article 37 des IC, à l'exclusion de tout autre critère ou méthode.

La requérante en déduit que l'autorité délégante n'a aucune possibilité de fonder la non-conformité pour l'essentiel d'une offre sur des éléments qui ne figurent pas au DAO, en se basant sur des éléments de preuve extrinsèques.

En outre, SDE dénonce les ajustements « inappropriés » opérés par l'autorité contractante sur son offre financière.

Ainsi, s'agissant de la télé relève, la requérante soutient que les éléments autres que les compteurs n'ont pas le caractère essentiel de biens de retour et sont détachables desdits compteurs sans aucune conséquence dommageable sur la continuité de l'exploitation.

Elle ajoute que la reprise n'est pas une obligation mais seulement une option de l'autorité délégante, et, en conséquence, n'augmente en rien ses engagements.

Au surplus, SDE rétorque qu'il n'y a pas de « facturation spécifique » et que l'impact des travaux de branchement sur le Compte d'Exploitation Prévisionnel (CEP) est nul.

En ce qui concerne les branchements particuliers, SDE soutient que cette donnée capitale a pour source le DAO, à travers le DATA ROOM. Elle déclare qu'en ciblant 482 000 branchements, elle s'est conformée aux objectifs de la SONES qui anticipe la mise en service de KMS3.

En outre, SDE soutient que la preuve matérielle de l'affirmation faite par le MHA sur les 85 000 branchements n'existe pas. Elle déclare que les documents visés par le MHA n'ont pas remis en cause la prévision globale de 482 000 branchements, mais se sont limités à préciser la période sur laquelle la SONES dispose de financement (2019-2020) pour 85 000 branchements.

Ainsi, la requérante déclare qu'elle a procédé à une ventilation de la prévision globale de 482 000 branchements entre branchements sociaux et branchements particuliers et en s'appuyant à la fois sur les besoins historiques et les informations disponibles données par l'autorité délégante sur la période 2020-2021.

Enfin, la SDE précise que, devant le silence de l'autorité délégante sur les projections établies sur la période 2021-2033, elle a prévu dans son offre technique un nouveau mécanisme de financement des branchements particuliers pour faciliter l'accès à l'eau et éviter d'augmenter les engagements de l'autorité délégante.

Au total, SDE conteste le grief tiré de la non-conformité du nombre de branchements sociaux et la formule de calcul utilisé pour conclure sur le caractère substantiel de la non-conformité, qu'elle juge « erronée au préjudice de SDE ». Selon elle, le calcul n'aurait pas dû être fait en supposant qu'une partie des branchements sociaux prévus ne seraient pas réalisés. Elle estime que le MHA a rompu le principe d'égalité de traitement des candidats.

En conclusion, SDE, après avoir rejeté les griefs du MHA, considère que l'évaluation de l'impact sur le Prix exploitant n'est fondée sur aucune base objective et acceptable.

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

Le Ministère de l'Hydraulique et de l'Assainissement (MHA) a présenté au CRD un mémorandum pour justifier le bien fondé du rejet de l'offre de SDE et réfuter les moyens tirés de violations des dispositions du Code des Marchés publics.

1. Sur l'absence de motivation du rejet de l'offre de SDE

Le MHA déclare que le rejet de l'offre de SDE est motivé par l'existence de non-conformités substantielles dans l'offre. Il précise, également, que la revue de conformité porte sur l'offre globale des candidats et n'est pas limitée sur l'offre technique, comme allégué par la requérante.

De plus, l'autorité contractante soutient avoir appliqué la clause IC 36 du DAO à toutes les offres, ensuite, la clause IC 37 aux seules offres conformes.

2. Sur le dépassement des délais d'évaluation et la violation de l'article 84.3 du Code des Marchés publics

Le MHA réfute la violation alléguée par SDE sur le délai d'évaluation des offres et d'attribution du marché. Il précise qu'il avait saisi la DCMP et l'ARMP de demandes de prorogation, et obtenu desdits organes, les autorisations pour la poursuite des travaux d'évaluation.

L'autorité contractante conclut qu'elle n'a pas violé l'article 70 du Code des Marchés publics (CMP).

3. Sur l'article 141 du Code des Marchés publics

Le MHA fait observer que cet article traite des compétences de la DCMP et ne concerne nullement les délais. Il en déduit que l'article 141 du CMP ne peut constituer un fondement à une violation de délai.

4. Sur le grief relatif à la nullité de la procédure pour violation de la Charte de Transparence et d'Ethique (CTE) en matière de marchés publics

Le MHA estime que le requérant a essayé de faire le lien entre nullité, retard et violation du principe de transparence, par « la citation d'un paragraphe qui est inexacte ». Pour corroborer l'absence de nullité de la procédure et de violation du principe de transparence, l'autorité contractante se prévaut de la décision n°263/ARMP/CRD/13/2013 et rappelle qu'aucune disposition de la Charte de transparence ou un autre texte ne sanctionne de nullité la prorogation de la procédure.

5. Sur le motif de rejet de l'offre de SDE

Dans son mémorandum, le MHA soutient avoir examiné, pour chaque candidat, la portée des non-conformités relevées dans l'offre et, déterminé leur incidence sur le Prix Exploitant (Pe) proposé.

Il déclare que la vérification de l'impact des non-conformités ne doit pas être considérée comme une évaluation détaillée des offres. Sur ce point, le MHA soutient que l'offre financière de SDE n'a pas fait l'objet d'évaluation détaillée en raison de non-conformités

substantielles, décelées avant les demandes d'éclaircissements et dont les conséquences contractuelles et financières ont été appréciées à la suite de la réponse apportée par SDE.

6. Sur les non-conformités jugées substantielles

Selon l'autorité contractante, des incohérences ont été identifiées, d'une part, dans le Compte d'Exploitation prévisionnel (CEP) de SDE, et d'autre part, entre l'offre et le DAO. Le MHA relève principalement les points suivants :

- SDE a reclassé des biens de retour en biens de reprise. A ce propos, le MHA fait valoir l'obligation d'installer des systèmes de télé relève sur les compteurs, conformément à l'article 35 du contrat d'affermage. Il rappelle que les compteurs sont des biens de retour et qu'en conséquence, les équipements de télé relève proposés par SDE, qui ne sont pas détachables contrairement à ses déclarations, sont également des biens de retour que la requérante a classé en biens de reprise. Ainsi, le MHA a considéré que l'ensemble des biens amortis en fin de contrat représente 20 236 265 K FCFA ; ce qui, rapporté au cumul de facturation sur la période, représente 5,53 FCFA/m³.
- SDE a prévu des « produits » non conformes dans son CEP. Le MHA soutient que l'offre de SDE prévoit des produits de branchements sociaux dans le mémoire accompagnant l'offre financière. En outre, le MHA estime que la réponse de SDE à sa demande de clarifications constitue une modification de l'offre. Il considère que la présence de produits relatifs aux travaux de renouvellement dans la rubrique « autres travaux » pose un problème de cohérence du Compte d'Exploitation prévisionnelle (CEP).
Sur ce point, le MHA a estimé l'incidence de la non-conformité à 18,83 FCFA/m³ sur le prix exploitant.
- SDE a pris volontairement des branchements particuliers pour des branchements sociaux dont le financement est assuré par l'autorité délégante ou le concessionnaire et ignoré les documents mis à sa disposition ainsi que les clarifications à partir de novembre 2017. Selon le MHA, la quantité de 408 000 branchements sociaux prévus par SDE, n'est pas conforme au DAO. Il rappelle que la précision a été faite dans le mémorandum de clarification du 27 novembre 2017 et la note des engagements dans le cadre du schéma directeur de 2020-2035. Le MHA soutient que SDE transfère ainsi, le risque du financement sur l'Etat et la SONES, en prévoyant un nombre de branchement supérieur à 85 000.
En outre, le MHA estime que le dépassement du nombre de branchements sociaux aura des conséquences sur la responsabilité contractuelle de l'Etat en cas d'absence de financement, crée un déséquilibre (charges supérieures aux recettes) si les branchements n'ont pas lieu et pourrait entraîner une révision du Pe pour permettre au fermier d'atteindre le chiffre d'affaires.

Ainsi, à ce sujet, le MHA a estimé la portée financière liée au nombre de branchements sociaux à 35,64 FCFA/m³ sur le prix exploitant.

En définitive, le MHA déclare que l'offre de SDE a été rejetée au stade de la revue de conformité en raison des non-conformités ayant un caractère substantiel, du fait des conséquences financières.

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et moyens exposés par les parties que le litige porte, d'une part, sur la régularité de la procédure d'attribution et, d'autre part, sur le bien fondé du rejet de l'offre de SDE au motif qu'elle renferme des non-conformités substantielles ayant une incidence sur le prix exploitant.

EXAMEN AU FOND

1/ Sur la régularité de la procédure d'attribution

Considérant que dans son recours, SDE excipe de griefs relatifs à la violation des dispositions du Code des Marchés publics, notamment, sur le dépassement des délais réglementaires d'évaluation et d'attribution, le défaut de motivation du rejet de son offre et la violation du principe de transparence ;

Considérant qu'il reste constant que, dans sa réponse au recours gracieux et à la demande d'informations de SDE, le Ministère de l'Hydraulique et de l'Assainissement s'est limité à déclarer que l'offre de SDE a été rejetée en raison de non-conformités substantielles, identifiées dans l'offre ;

Que cette déclaration de l'autorité contractante n'a pas été suffisamment précise pour permettre à SDE de connaître les non-conformités signalées et d'en tirer les conséquences pour l'engagement ou non d'un contentieux ;

Qu'ainsi, l'autorité contractante n'a pas fait une bonne application de l'article 88 du Code des Marchés publics qui dispose, en son alinéa premier, que la personne responsable du marché communique par écrit, dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre ;

Considérant, toutefois, qu'à ce stade, la forme ou le contenu de la réponse de l'autorité contractante ne peut entraîner la nullité de la procédure ; le Code des Marchés publics a d'ailleurs prévu l'absence de réponse à un recours gracieux et l'assimile à un rejet implicite dudit recours ;

Que du reste, dans le cadre de l'instruction du dossier, le Comité de Règlement des Différends (CRD), prenant en compte l'impérieuse nécessité de respecter le principe du contradictoire, a permis à la SDE de disposer du mémorandum du MHA et d'apporter sa version, en complément du recours introduit au CRD ;

Qu'il en résulte que le défaut de notification par le MHA des motifs de rejet n'a pas empêché la requérante d'exercer valablement son droit de recours,

Qu'en conséquence, le moyen soulevé par SDE sur l'irrégularité de la procédure d'attribution n'est pas fondé ;

Considérant qu'en ce qui concerne les délais d'évaluation et d'attribution, l'autorité contractante a saisi, successivement la DCMP dans la limite de ses compétences pour solliciter un allongement de dix (10) jours de la durée de l'évaluation, puis l'ARMP pour bénéficier d'une prorogation des délais ;

Que la demande, justifiée par la complexité de la procédure d'évaluation, a reçu l'autorisation des deux organes susnommés, matérialisée, en ce qui concerne le CRD, par la décision n°101/18/ARMP/CRD du 25 juillet 2018, notifiée par lettre du 31 juillet

2018, pour autoriser la prorogation des délais d'évaluation de trois semaines supplémentaires ;

Qu'il importe de préciser qu'au terme de l'évaluation des offres, la publication de l'attribution provisoire par voie de presse ne peut intervenir qu'après avis de non objection de l'organe chargé du contrôle a priori des procédures de passation de marché ;

Qu'en l'espèce, après les travaux de la Commission des Marchés, l'autorité contractante a saisi la DCMP par lettre n° 064/MHA/SG du 17 août 2018, pour avis sur le rapport d'évaluation des offres et le procès-verbal d'attribution provisoire ;

Qu'ainsi, la date de saisine de la DCMP prouve que la Commission des Marchés a respecté le délai supplémentaire accordé par le CRD pour proposer l'attribution provisoire ;

Que toutefois, la publication de l'avis d'attribution provisoire a été effectuée dans la parution du journal « Le Soleil » du 23 octobre 2018 après que la DCMP a émis son avis de non objection par lettre n°04982/MEFP/DCMP/71 du 18 octobre 2018, au terme d'échanges avec le MHA, suite à la saisine du 17 août 2018 ;

Qu'il y a lieu de déclarer, non fondé, le moyen tiré de l'irrégularité de la procédure, pour non respect des délais d'évaluation et d'attribution ;

2/ Sur le grief relatif à la non-conformité des branchements sociaux de SDE

Considérant que le MHA fait grief à SDE d'avoir établi un Compte d'Exploitation Prévisionnel (CEP) basé sur un programme de 483 000 branchements dont 408 000 branchements sociaux et 75 000 branchements ordinaires alors que de telles quantités n'ont pas été intégrées dans le cahier des charges ;

Considérant que dans son mémoire en réplique, SDE déclare que les documents inclus dans la Data Room ne présentaient pas de sous-détail de branchements particuliers projetés entre branchements ordinaires et branchements sociaux ;

Que pour justifier la projection de 408 000 branchements sociaux, la requérante argue d'une absence de précision du DAO et du caractère irréaliste de la quantité de 85 000 branchements sociaux sur la durée de la concession ;

Qu'elle déclare ainsi, s'être « *limité à extrapoler les hypothèses de ventilation Branchements ordinaires/branchements sociaux de 2020 -2021 sur le reste du contrat* » ;

Considérant qu'il reste constant que même si la projection de 85 000 branchements sociaux sur toute la durée de la concession, serait irréaliste, comme allégué par SDE, la quantité de 408 000 branchements sociaux n'est indiquée dans aucun document de l'appel d'offres qui reste la référence ;

Qu'il ressort de l'instruction de la cause que le point relatif aux projections de branchements a été abordé durant la première étape, comme en atteste le document intitulé « Réponses de l'autorité délégante à la deuxième série de demandes de clarification des candidats, en date du 27 novembre 2017 », versé au dossier et qui contient 95 points ;

Qu'au point 56, à la question « *Pouvez-vous nous transmettre vos projections en termes de branchements sociaux sur la durée du contrat ?* », le document mentionne la réponse suivante « *Il n'y a pas de projection spécifique sur les branchements sociaux. Les projections sont disponibles pour les branchements sans distinction de leur mode de*

*financement. Ces branchements peuvent être financés par l'Autorité Délégante/Concessionnaire, les partenaires techniques et financiers ou par les tiers. Dans le cadre du projet KMS3, il y a un engagement de réaliser **85 000 branchements sociaux** » ;*

Qu'en décidant de faire son offre sur la base de projections non prévues dans les documents de l'appel d'offres, SDE encourt le risque de non-conformité de l'offre, pour divergence majeure, conformément à la clause IC 29.2 des IC qui renseigne qu'« *Une Offre conforme pour l'essentiel est une Offre conforme à toutes les stipulations, spécifications et conditions du Dossier d'Appel d'Offres, sans divergence, réserve ou omission substantielle* » ;

Qu'il en résulte que le grief excipé de la non-conformité de l'offre de SDE, pour non-respect des prévisions de branchements sociaux, est fondé ;

3/ Sur le grief relatif aux biens de retour

Considérant qu'il résulte de l'article 7 du dossier d'appel d'offres (deuxième étape) « contrat d'affermage » que les biens de retour sont les biens essentiels au service affermé du fermier, qui reviennent obligatoirement et gratuitement en bon état de fonctionnement, à l'expiration du contrat d'affermage, à l'autorité délégante ;

Considérant que SDE, se prévalant du silence du DAO sur le classement des équipements de télé-relevé en biens de retour ou de reprise, a pris l'option de les classer en biens de reprise, arguant du fait qu'ils peuvent être détachés des compteurs (technologie amovible) et ne sont pas substantiels pour la continuité du service ;

Qu'au lieu de prendre la précaution de demander des éclairages ou précisions au MHA sur la nature des biens, compte tenu de leur incidence financière et de leur relations avec les compteurs, SDE a pris la décision la moins favorable pour l'autorité délégante, en classant les biens de la télé relevé en biens de reprise,

Que du reste, selon la jurisprudence, en l'espèce (cf Conseil d'Etat en France arrêt de Commune de Douai), « dans le cadre d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création et à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, *ab initio* dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique » ;

Qu'ainsi, le grief tiré du classement inadéquat des biens de télé relevé en bien de reprise est fondé ;

4/ Sur le grief relatif aux produits non justifiés

Considérant que le Comité technique d'Evaluation des Offres (CTEO), ayant estimé que SDE a mentionné dans son CEP, à la rubrique « autres travaux », des produits relatifs à des branchements sociaux, l'a saisi d'une demande de précisions sur la question ;

Qu'en réponse, SDE a déclaré que la rubrique « autres travaux » ne comprend pas les travaux de branchements sociaux ;

Que cependant, il reste constant que dans la note explicative accompagnant le Compte d'Exploitation Prévisionnel de SDE, à la rubrique « A.4.3 Autres produits », il est mentionné « *rubrique comprend la pose des nouveaux branchements financés notamment par le fonds de branchements sociaux pris en charge financièrement par la*

Société Nationale de patrimoine, les devis sur branchements, les commissions sur recouvrement des impayés de l'ancien fermier, les frais de fermeture pour impayés, divers produits » ;

Que dans son mémoire en réplique, SDE réfute le grief de modification de l'offre en déclarant que la seule modification consiste à corriger « *une coquille* » sur la note d'accompagnement du CEP » et fait prévaloir le fait que ladite note ne constitue pas une pièce contractuelle au sens des IC ;

Que SDE étant responsable de la qualité de son dossier, l'autorité contractante est fondée à ne pas accepter l'argument de « *coquille* » et de document non contractuel ;

Qu'ainsi, le MHA a soulevé, à bon droit, le grief relatif à la modification de l'offre à travers la réponse à la demande de clarifications ;

5/ Sur le bien fondé des demandes d'éclaircissements initiées par le MHA pour apprécier la conformité

Considérant que SDE reproche au MHA d'avoir initié des demandes d'éclaircissements concernant l'offre financière pour en tirer une conclusion sur la conformité de l'offre, arguant du fait qu'à cette étape d'évaluation financière, les offres sont déjà déclarées conformes ;

Considérant que la clause 36.1 des IC du DAO, relative à l'examen préliminaire des offres de la deuxième étape, énonce que l'autorité contractante a toute la latitude de demander au candidat des éclaircissements sur son offre ;

Que selon la clause IC 42.1 des Données particulières de l'Appel d'Offres (DPAO) du dossier d'appel d'offres de la deuxième étape, l'autorité contractante attribuera le contrat de Délégation de Service Public au Candidat ayant proposé l'Offre techniquement conforme, évaluée la moins-disante qui satisfait aux conditions d'évaluation de l'Offre technique révisée ;

Qu'il s'ensuit que la désignation de l'offre la moins-disante ne peut intervenir que si, au préalable, la conformité de l'offre technique révisée a été confirmée ;

Que du reste, comme stipulé à la clause IC 26.4 des IC du DAO de la deuxième étape, l'autorité contractante vérifie, avant l'évaluation détaillée, que chaque offre a correctement incorporé toutes les modifications énumérées dans le Mémoire signé à l'issue de l'évaluation des offres remises au titre de la première étape ;

Considérant que l'offre financière de chaque candidat doit se fonder sur des éléments de l'offre technique révisée et refléter une cohérence avec celle-ci afin de permettre à la commission de s'assurer que l'offre la moins-disante remplit globalement le critère de conformité ;

Que dès lors, c'est à bon droit que l'autorité contractante a procédé à l'envoi de demande d'éclaircissements visant l'offre financière, afin d'examiner sa conformité et sa cohérence par rapport à l'offre technique corrigée ;

Qu'en conséquence, le moyen tiré de l'impertinence des demandes d'éclaircissements pour l'examen de la conformité de l'offre, n'est pas opérant ;

6/ Sur l'appréciation de l'incidence économique de non-conformités

Considérant que le rejet de l'offre de SDE est justifié par l'existence de non-conformités jugées substantielles, ressorties de l'exploitation des réponses recueillies à la suite des demandes d'éclaircissements initiées dans le cadre de l'évaluation des offres de la deuxième étape ;

Que certes, les non-conformités ont été relevées à juste raison, suite à des déviations ou divergences notées dans l'offre de SDE par rapport au DAO sur les points suivants :

- la décision de classer des équipements de la télé relevé en biens de reprise ;
- les prévisions de branchements sociaux sur la base de quantités non prévues dans le DAO ;
- la réponse à la demande d'éclaircissements sur la rubrique « autres produits » du compte d'exploitation, qui prévoit les branchements sociaux ;

Que cependant, la méthode d'estimation de l'incidence financière des non-conformités pour apprécier leur caractère substantiel, n'a pas été prévue dans le dossier d'appel d'offres ;

Que d'ailleurs le procédé adopté a créé une confusion, faisant penser que le MHA a procédé à l'analyse financière de l'offre de SDE, étape de la procédure qui ne doit concerner que les offres déclarées conformes pour l'essentiel et qui doit permettre de procéder à des corrections, ajustements pour omissions ou divergences non substantielles ;

Considérant, en outre, que le mode de calcul a permis au MHA de conclure que les non-conformités, décelées dans les offres de tous les soumissionnaires, ne sont pas substantielles au regard des incidences sur le Prix exploitant de l'eau pour VEOLIA et SUEZ, tandis qu'elles sont substantielles pour SDE au regard des incidences sur le même Prix exploitant de l'eau ;

Qu'en vertu du principe de transparence, l'évaluation doit être basée sur des critères expressément mentionnés dans le DAO et dont la bonne prise en compte peut être facilement vérifiée ;

Qu'en conséquence, il convient de reprendre l'évaluation des offres sur la base des seuls critères du DAO et ainsi, éviter une appréciation fondée sur un mode de calcul, non prévu dans le DAO et qui est source de confusion entre l'évaluation de la conformité technique et l'analyse financière détaillée des offres ;

Qu'il y a lieu d'ordonner l'annulation de l'attribution provisoire ;

Que le requérant n'ayant pas obtenu gain de cause sur les griefs relatifs aux non-conformités identifiées dans son offre et sur l'irrégularité de la procédure, il y a lieu d'ordonner la confiscation de la consignation ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Constate que SDE conteste la régularité de la procédure de passation pour défaut de notification des motifs de rejet de l'offre, dépassement du délai d'évaluation et prise en compte de critères non prévus dans le DAO ;

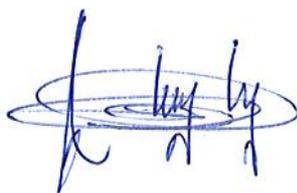
- 2) Dit que le CRD, prenant en compte l'impérieuse nécessité de respecter le principe du contradictoire, a permis à SDE de disposer du memorandum du MHA et d'apporter sa version, en complément du recours contentieux ;
- 3) Dit que le moyen soulevé par SDE sur l'irrégularité de la procédure n'est pas fondé ;
- 4) Constate que SDE a projeté 408 000 branchements sociaux, en considérant que la quantité de 85 000 branchements sociaux, indiquée dans les documents de l'appel d'offres, ne concerne que la période 2020/2021, et s'avère irréaliste sur toute la durée de la concession ;
- 5) Constate que les documents de l'appel d'offres (DAO, réponses demandes d'éclaircissements, procès-verbaux de réunion) n'indiquent pas une quantité de 408 000 branchements sociaux ;
- 6) Constate que pour justifier le nombre de branchements sociaux, SDE déclare avoir utilisé, en l'absence de précision du DAO, la répartition de la période 2020-2021 qu'elle a extrapolé à l'ensemble du programme prévu sur la durée 2020-2035 ;
- 7) Dit que SDE avait l'opportunité de faire élucider la question du nombre de branchements sociaux projetés dans le DAO, à l'occasion des demandes de clarifications ;
- 8) Dit que le grief soulevé par le MHA sur la non-conformité du nombre de branchements sociaux projetés par SDE est fondé ;
- 9) Constate que sur la rubrique « autres travaux » du Compte d'Exploitation prévisionnelle (CEP), en réponse à la demande de clarifications du MHA durant l'évaluation, SDE avait déclaré que la rubrique ne comporte pas de branchements sociaux ;
- 10) Constate que la note explicative qui accompagne le CEP de SDE fait cas de branchements sociaux dans le chapitre « autres produits » ;
- 11) Constate que dans son mémoire en réplique, SDE se borne à invoquer « une coquille » sur la note d'accompagnement qui, selon elle, ne constitue pas une pièce contractuelle au sens des IC ;
- 12) Dit que le grief tiré de la modification de l'offre à la suite de la demande d'éclaircissement sur le contenu de la rubrique « autres travaux » est fondé ;
- 13) Constate que SDE a décidé de classer les équipements de télé-relevé en biens de reprise, arguant d'une imprécision du DAO sur ce point ;
- 14) Dit que SDE aurait dû demander des éclairages au lieu de prendre la décision la moins favorable pour l'autorité contractante ;
- 15) Dit que le grief tiré d'un classement inadéquat des biens de retour en biens de reprise est fondé ;
- 16) Dit que les non-conformités susceptibles d'entraîner le rejet d'une offre doivent avoir un caractère substantiel ;

- 17) Constate que l'autorité contractante a apprécié le caractère substantiel des non-conformités par un mode de calcul qui consiste à estimer l'incidence sur le prix exploitant de l'eau ;
- 18) Dit que le mode de calcul adopté, non prévu dans le DAO, a permis de conclure que les offres de SUEZ et VEOLIA sont conformes et de rejeter celle de SDE ;
- 19) Dit que durant l'évaluation des offres, le pouvoir d'appréciation ne doit pas amener la commission des marchés à utiliser un critère, initialement non prévu dans le DAO, pour déterminer le caractère substantiel d'une non-conformité ;
- 20) Dit, toutefois, que l'application aux candidats d'un mode de calcul non prévu dans le DAO durant l'évaluation, est contraire au principe de transparence ;
- 21) Ordonne l'annulation de l'attribution provisoire et la reprise de l'évaluation ;
- 22) Ordonne la confiscation de la consignation ;
- 23) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la Sénégalaise des Eaux (SDE), au Ministère de l'Hydraulique et de l'Assainissement (MHA) ainsi qu'à la Direction centrale des Marchés publics, la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics.

Le Président



Les membres du CRD



Ibrahima SAMBE



Alioune Badara FALL



Abdourahmane NDOYE

**Le Directeur Général
Rapporteur**



Saër NIANG

