



**DECISION N° 093/19/ARMP/CRD/DEF DU 29 MAI 2019
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SENEGALAISE DES EAUX (SDE)
CONTESTANT L'ATTRIBUTION PROVISOIRE DU CONTRAT D'AFFERMAGE ISSU DE
L'APPEL D'OFFRES INTERNATIONAL EN DEUX ETAPES, PRECEDE D'UNE PRE
QUALIFICATION, LANCE PAR LE MINISTERE DE L'HYDRAULIQUE ET DE
L'ASSAINISSEMENT POUR LA SELECTION D'UN OPERATEUR CHARGE DE 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 (CR) 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 30 avril 2019 ;

VU la quittance de consignation n°10001201900118 du 30 avril 2019 ;

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'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, assisté par ses collaborateurs, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation ;

Adopte la présente décision :

Par lettre enregistrée à l'ARMP le 30 avril 2019, la Sénégalaise des Eaux (SDE) a saisi le Comité de Règlement des Différends (CRD) pour contester l'attribution provisoire de la délégation de service public relative au service de production et de distribution d'eau potable en zone urbaine et péri-urbaine au Sénégal.

LES FAITS ET LA PROCEDURE

Le Ministère de l'Hydraulique et de l'Assainissement (actuel Ministère de l'Eau et de l'Assainissement) a lancé un appel d'offres international avec pré-qualification et en deux étapes pour sélectionner 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 dans la parution du journal « Le Soleil » du 24 mai 2017 et dans l'hebdomadaire « Jeune Afrique » du 08 juin 2017.

A la date limite de réception des dossiers de pré-qualification, trois sociétés : la Sénégalaise des Eaux (SDE), Suez Groupe et Veolia Eau-Compagnie des Eaux ont déposé, chacune, un pli.

Au terme du processus de passation marqué, dans un premier temps, par l'évaluation de la pré-qualification, ensuite l'analyse des offres techniques de la première étape et enfin l'évaluation, à la deuxième étape, des offres techniques mises à jour et des offres financières, le Ministère de l'Hydraulique et de l'Assainissement a proposé d'attribuer provisoirement la délégation de service public à SUEZ Groupe pour un prix exploitant (Pe) de 298,5 FCFA HTVA /m³.

Pour marquer son désaccord sur la décision de l'autorité contractante, la SDE a d'abord introduit un recours gracieux, suivi d'un recours devant le Comité de Règlement des Différends (CRD). Ce dernier a déclaré le recours de la SDE recevable et a prononcé la suspension de la procédure.

Après examen du dossier au fond, le CRD a ordonné la reprise de l'évaluation par décision n°027/19/ARMP/CRD du 13 février 2019.

A la suite de la décision susvisée, le Ministère de l'Hydraulique et de l'Assainissement a fait reprendre l'évaluation des offres reçues à la deuxième étape et soumis les résultats issus de cette réévaluation à la Direction centrale des Marchés publics (DCMP), pour avis, conformément aux dispositions de l'article 141 du Code des Marchés publics.

Ayant reçu l'avis de non objection de l'organe chargé du contrôle a priori des procédures de passation de marchés sur l'attribution du marché à SUEZ Groupe, l'autorité contractante a fait publier l'avis y relatif dans la parution du journal « Le Soleil » du 16 avril 2019.

Pour s'enquérir des raisons du rejet de son offre, la SDE a introduit un recours gracieux auprès du Ministère de l'Eau et de l'Assainissement par lettre du 23 avril 2019.

Considérant les réponses apportées insuffisantes, elle a introduit un recours contentieux devant le CRD par lettre du 30 avril 2019.

Analysant le dossier sur la forme, le CRD a déclaré le recours recevable et ordonné la suspension de la procédure de passation, conformément à la réglementation, par décision n°034/19/ARMP/CRD/SUS du 07 mai 2019.

Cette décision et le recours de SDE ont été notifiés au Ministère de l'Eau et de l'Assainissement (MEA), l'invitant à transmettre les pièces nécessaires à l'examen du recours au fond.

Par courrier du 23 mai 2019, le Ministère de l'Eau et de l'Assainissement a transmis les divers documents réclamés.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

Dans son recours au CRD, la SDE soulève, à titre principal, plusieurs griefs portant sur le conflit d'intérêt, le non-respect de la décision du Comité de Règlement des Différends (CRD) et des dysfonctionnements sur la revue de la conformité.

A titre subsidiaire, elle évoque, aussi, des reproches qu'elle considère comme des violations des règles régissant les marchés publics, commises par le Ministère de l'Eau et de l'Assainissement (MEA).

Sur le conflit d'intérêt

La SDE se fonde sur le dossier d'appel d'offres, notamment la clause IC 4.5 de la section « Instructions aux Candidats » ainsi que sur le projet de contrat de performance annexé au projet de contrat d'affermage, pour demander l'élimination de Suez Groupe.

Elle rappelle que SUEZ International, en groupement avec CDE, est attributaire du marché relatif à la conception/réalisation d'une usine de traitement et de pompage d'eau potable à Keur Momar Sarr (KMS 3). Selon elle, cette situation crée une rupture de l'égalité entre candidats du fait de l'accès de SUEZ Groupe à des informations, en lien avec le projet susnommé.

En outre, la requérante soutient qu'en cas d'attribution du contrat d'affermage, SUEZ Groupe sera impliqué dans la gestion d'ouvrages qui ont été conçus et réalisés par sa filiale Degremont.

Au surplus, la SDE considère que le risque de conflit d'intérêt est encore plus marqué, du fait de l'implication du fermier, avec le concessionnaire, dans le suivi, le contrôle et la réception des travaux exécutés par sa propre filiale. La requérante affirme que la situation de conflit d'intérêt apparent sera effective et manifeste pendant la période de la responsabilité décennale du groupement CDE-SUEZ International.

Sur le non-respect de la décision du Comité de Règlement des Différends (CRD)

La SDE soutient que l'appréciation des non-conformités alléguées dans la lettre de notification, n'est basée sur aucun critère du Dossier d'Appel d'Offres (DAO). Elle estime que toutes les non-conformités doivent être identifiées et appréciées par le Comité technique d'Evaluation des Offres (CTEO) sur la base des mêmes critères qui doivent être appliqués, sans discrimination, à l'ensemble des soumissionnaires.

Selon la requérante, l'impartialité du CTEO peut être remise en cause pour non-respect des principes fondamentaux d'égalité de traitement des soumissionnaires, d'équité et de transparence. Ainsi, elle invite le CRD à vérifier minutieusement que les critères ont été appliqués, sans discrimination, à tous les candidats.

En outre, la SDE déclare que, même dans l'hypothèse où les non-conformités visées dans la décision de rejet de l'offre seraient fondées, elles ne devraient pas être considérées comme substantielles pour pouvoir entraîner le rejet de l'offre. La requérante rappelle l'article 36.4 des Instructions aux Candidats (IC) du DAO sur les non-conformités susceptibles d'affecter, de manière substantielle, l'étendue, la qualité ou l'exécution du contrat. Elle soutient que l'élément central qui permet de distinguer une « non-conformité substantielle d'une non-conformité non-substantielle » est son impact sur la procédure de passation du contrat.

Par ailleurs, la SDE estime que les griefs allégués sont en opposition totale avec la décision du CRD qui revêt un caractère exécutoire. Elle déclare que, pour se conformer à ladite décision, l'autorité délégante aurait dû reprendre l'évaluation à partir de la seconde étape, en initiant les mêmes actes d'instruction, notamment, les demandes d'éclaircissements des 07 et 08 juin 2018.

En somme, la SDE estime que le non-respect de la décision du CRD vicie la nouvelle procédure.

Sur la revue de la conformité de l'offre

La SDE allègue que l'autorité contractante s'est fondée sur des critères d'évaluation non prévus dans le DAO.

En ce qui concerne le traitement des biens de retour, elle soutient que la classification était bien indiquée dans l'offre technique de départ sans que l'autorité contractante ne soulève de commentaires. Ainsi, elle considère qu'aucune non-conformité ne peut être soulevée à la seconde étape où le traitement des biens est dépassé.

En outre, elle déclare que la définition de biens de retour ne s'applique pas à certains éléments de télé-relève qui ne sont pas indispensables au service. Elle fait valoir que le dispositif proposé dans son offre comporte trois parties, avec notamment, un complément amovible qui ne constitue pas un bien essentiel et dont l'enlèvement n'a aucun impact sur la lecture manuelle du compteur, et, en conséquence, sur la continuité du service.

Ainsi, la SDE invite le CRD à procéder à la vérification de la technologie et de la nature du compteur proposé dans son offre technique, pour s'assurer de la conformité avec le DAO.

Au surplus, la requérante estime que le manque de clarté du DAO sur la technologie de la télé-relève constitue une violation des règles de publicité et de mise en concurrence.

La SDE prétend, de surcroît, que le problème du classement des biens ne se pose que pour les laboratoires et la télégestion qui ne portent que sur 69 millions de francs CFA. La requérante fait remarquer que la position de l'autorité contractante remet en cause le montant global de 20 236 265 000 FCFA, considéré comme bien de retour non-amortis.

Au total, la SDE considère que le traitement de biens de retour en biens de reprise n'impacte pas le Prix exploitant (Pe) et ne doit pas être admis comme une non-conformité substantielle.

Concernant les projections de branchements sociaux, la SDE fait remarquer que son offre prévoit la mise en place d'un programme « Eau pour Tous » destiné aux plus démunis, en cas de non réalisation des branchements particuliers. Selon elle, ce programme montre qu'il n'y a aucune charge financière pour l'autorité contractante et le concessionnaire, car le fermier assume sa projection de branchements sur les quinze (15) ans.

De plus, elle soutient que l'information sur les 408 000 branchements sociaux ne doit pas être soulevée à cette étape de la procédure, puisqu'elle figurait dans son offre technique de première étape, déposée le 5 janvier 2018.

Par ailleurs, la SDE attire l'attention du CRD sur la comparaison des prix unitaires moyens des branchements proposés dans les différentes offres des soumissionnaires, en faisant remarquer que le prix moyen du branchement est dans la fourchette de 90 000 à 150 000 francs CFA, conformément au bordereau des prix actuellement appliqués.

En conclusion, la SDE considère que l'offre économiquement la plus avantageuse, élément important dans la gestion des marchés publics, doit être un critère d'appréciation. Elle estime que l'autorité contractante, après s'être rendue compte que son prix exploitation est moins-disant, a utilisé des points déjà validés de l'offre technique de première étape (télé-relève et branchements) pour tenter d'en faire des « prétendues non-conformités » lors de la seconde étape.

Concernant le grief tiré de l'inclusion de produits non conformes « autres travaux », la SDE soutient que la non-conformité alléguée résulte d'une réponse faite à la suite d'une demande d'éclaircissements dans le cadre de la première évaluation. Elle estime que la conséquence de l'annulation de la première évaluation, ordonnée par le CRD, est le retrait du grief.

En outre, la SDE déclare que la question de l'inclusion des produits non-conformes relève de l'application des normes SYSCOHADA, dispositions supranationales, qui déterminent ce mode de comptabilisation des produits ainsi que leur neutralisation par des charges équivalentes.

Sur les autres violations de la réglementation des marchés publics alléguées :

La SDE considère que la Commission des marchés du Ministère de l'Hydraulique et de l'Assainissement (MHA) n'était pas compétente sur la période du 3 au 24 janvier 2018, coïncidant avec l'ouverture des offres techniques de la première étape, le 5 janvier 2018, du fait qu'à cette période, son mandat avait expiré.

De plus, la SDE, faisant valoir le principe d'impartialité et de transparence, affirme que la reprise de l'évaluation aurait dû être effectuée par un comité technique autrement composé.

En ce qui concerne la validité des offres, la SDE informe qu'à la date de réception du courrier demandant la prorogation des offres de la seconde étape (le 02 avril 2019), les offres des candidats étaient déjà arrivées à expiration depuis le 28 mars 2019.

Elle estime que le caractère pratique, lié à la continuité du service public ou ses contraintes, ne peut dispenser l'autorité contractante du respect de la règle de droit.

En définitive, la SDE considère que les motifs de rejet, à elle opposés, ne sont pas fondés d'autant plus que son offre est substantiellement conforme et économiquement plus avantageuse.

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

En réponse aux moyens de la SDE, le Ministère de l'Eau et de l'Assainissement (MEA) apporte les réponses suivantes :

Sur le conflit d'intérêt

Le MEA soutient qu'il n'existe aucune relation entre le marché de KMS 3 et le contrat d'affermage. Il précise que la clause du Dossier d'Appel d'Offres (DAO) sur le conflit d'intérêt vise à empêcher le candidat de disposer d'une information supplémentaire du fait de son implication dans les contrats passés.

L'autorité contractante signale que, dans le cadre de l'appel d'offres relatif au contrat d'affermage, SUEZ Groupe n'est pas un consultant qui a participé à l'élaboration du DAO.

Elle informe que les prescriptions techniques, le cahier des charges et le contrat de performance ont été entièrement préparés par des consultants indépendants, sur la base des études du groupement SEMIS/IDEV et du Cabinet Merlin/Cabinet Merlin Afrique de l'Ouest. Le MEA ajoute que les études techniques et documents utiles au DAO, ont été mis à la disposition des candidats à travers la data room.

Le MEA déclare, de surcroît, que dans le cadre du contrat d'affermage, les prestations de contrôle du fermier sont dévolues à la SONES et qu'aucune entité en charge du contrôle de la ferme pour la période 2019-2035 n'est affiliée au candidat SUEZ. Il précise que l'article 9 de l'annexe 6 du projet de contrat n'est applicable qu'à compter de la mise en œuvre du nouveau contrat d'affermage. Le MEA soutient que cette clause ne vise pas SUEZ Groupe, mais s'applique à tout candidat qui serait retenu.

Par ailleurs, l'autorité contractante signale que le marché KMS 3 n'est pas un marché clé en main appelé également EPC, mais plutôt, un marché de conception-réalisation dans lequel, l'entreprise assure la conception tandis que la maîtrise d'œuvre est confiée à un autre bureau de contrôle, choisi par le Maître d'ouvrage, qui valide les études de conception, à l'opposé du marché clé-en main où l'entreprise assure, concomitamment, le rôle de constructeur et de maître d'œuvre.

En ce qui concerne la garantie décennale, le MEA précise que l'assurance Responsabilité Civile Décennale (RCD) est souscrite par le constructeur, en faveur de l'Etat/SONES qui en sont les bénéficiaires et, en conséquence, pourraient faire appel à la garantie pour remédier à un défaut, pendant la période décennale.

En conclusion, l'autorité contractante considère qu'il n'existe aucune intervention du candidat SUEZ ou de sa filiale ou une collusion, susceptible de remettre en cause la garantie.

Sur la non-conformité de l'évaluation

Le MEA déclare qu'il existe une différence entre acceptation de la conformité de l'offre au memorandum et conformité de l'offre technique au Dossier d'Appel d'Offres (DAO). Il précise qu'une fois les offres de la première étape collectées, le DAO est révisé avec des additifs, modifié et soumis à la DCMP pour avis de non objection. Il rappelle que les candidats préparent leurs offres technique et financière sur la base du DAO révisé de la deuxième étape, lesquelles font l'objet d'une analyse suivant les phases de recevabilité, vérification de la conformité et évaluation financière détaillée, étape qui ne concerne que les offres conformes.

En ce qui concerne les critères d'évaluation, le MEA soutient que le seul reproche qui ressort de la décision du CRD, est l'usage de critères non spécifiés dans le DAO, pour apprécier le caractère substantiel des non-conformités. Il précise que le Comité technique d'Evaluation des Offres (CTEO) a appliqué la décision du CRD en reprenant la méthode d'estimation du caractère substantiel des non-conformités, sans avoir besoin de solliciter de nouvelles demandes d'éclaircissements. Selon l'autorité contractante, les critères permettant d'évaluer la conformité des offres figurent dans le DAO à l'IC 36.4. Ainsi, le MEA rejette l'argument selon lequel il faudrait affecter un poids aux critères en fonction de la valeur chiffrée de l'impact. Selon lui, cette démarche conduirait à introduire un critère d'impact non prévu dans le DAO.

En somme, le MEA estime que les critères du DAO ont bien permis au CTEO d'évaluer les offres et de constater les non-conformités substantielles.

Sur les motifs de rejet de l'offre

- Reclassement de biens de retour en biens de reprise

Le MEA soutient que l'offre de la SDE présente un équipement intégré intimement à un bien de retour. En outre, il réfute le moyen selon lequel le problème du classement des biens de retour, en biens de reprise, se pose uniquement pour les laboratoires et la télégestion. Il estime que la valeur résiduelle identifiée dans le Compte d'Exploitation prévisionnel (CEP) du candidat pour les biens déclassés, est de l'ordre de 20,236 milliards de francs CFA (CEP formulaire T4d, PJ 15 p.54 de l'offre financière). Il estime que la possibilité de levée d'option d'achat n'enlève en rien le caractère substantiel du manquement, puisque dans la réalité de l'exploitation, cette possibilité est une obligation d'achat.

Par ailleurs, le MEA considère que l'avis de l'Ordre national des Experts Comptables et Comptables Agréés (ONECCA en date du 26 avril 2019 n'est pas pertinent puisqu'il ne vise que le traitement des renouvellements des canalisations (qui sont des biens de retour).

Au total, le MEA considère que le reclassement des biens de retour en biens de reprise est une non-conformité substantielle et une limite réelle pour le concessionnaire qui ne pourra les récupérer gratuitement à la fin de la concession.

- Projections et financement des branchements sociaux

Le Ministère de l'Eau et de l'Assainissement (MEA) rappelle que la projection de 408 000 branchements sociaux, financés par le concessionnaire ne figure dans aucun document du Dossier d'Appel d'Offres (DAO). Le Ministère estime que la non-conformité augmente

les obligations (notamment financières) de l'autorité contractante dans le cadre du contrat d'affermage tout en minorant l'engagement d'investissement du fermier sur ce point. Selon le MEA, en prenant en compte le coût unitaire d'un branchement, l'engagement financier qui reposerait sur l'Etat, pour les projections de branchements sociaux, serait de trente-deux milliards de francs CFA ; un autre coût caché à considérer dans l'offre de SDE.

En conclusion, le MEA considère que la non-conformité est substantielle puisqu'elle constitue une entrave à sa liberté exprimée dans le DAO, de ne financer que 85 000 branchements sociaux et qu'elle porte préjudice aux candidats qui se sont conformés au DAO, d'une part, et accroît drastiquement les engagements de l'Etat, d'autre part, sans s'assurer de l'existence des ressources financières.

- Non-conformité du poste « autres travaux »

Le MEA rappelle que la demande d'éclaircissements a été initiée lorsque le CTEO a relevé une incohérence du Compte d'Exploitation prévisionnel (CEP) sur la rubrique « autres travaux ». Il relève que la réponse du candidat constitue une modification de l'offre, à trois niveaux : la suppression de rubriques initialement annoncées dans l'offre déposée à la seconde étape, la présentation de produits non identifiés dans l'offre et la mention de l'existence d'une contre-charge auparavant non spécifiée dans le DAO.

L'autorité contractante en déduit une non-conformité substantielle au motif que son acceptation limiterait la qualité des prestations spécifiées dans le DAO.

Par ailleurs, le MEA rejette les griefs relatifs à la validité des offres, l'incompétence de la commission des marchés ayant ouvert les offres techniques de la première étape du 05 janvier 2018, estimant qu'ils ne peuvent entraîner la nullité de la procédure, conformément à la jurisprudence du CRD.

En définitive, le MEA assure avoir repris l'évaluation sur la base des critères annoncés dans le DAO et rejeté valablement l'offre de la SDE pour non-conformités substantielles.

L'OBJET DU LITIGE

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

- l'attribution provisoire du marché à SUEZ Groupe alors que ce dernier serait en situation de conflit d'intérêt et aurait, de surcroît, bénéficié d'une évaluation n'ayant pas respecté le principe d'égalité de traitement des candidats ;
- le bien-fondé du rejet de l'offre de la SDE pour non-conformités, notamment, concernant le classement de biens de retour en biens de reprise, les projections de branchements sociaux et l'inclusion de produits non conformes dans le Compte d'Exploitation prévisionnel (CEP) ;
- la régularité de la procédure relativement, d'une part, à la validité des offres au moment de la demande de prorogation et, la compétence de la Commission des marchés ayant procédé à l'ouverture des offres techniques de la première étape, d'autre part.

AU FOND

1. Sur la situation de conflit d'intérêt

Considérant que dans son recours gracieux adressé au Ministère de l'Eau et de l'Assainissement (MEA), par lettre du 23 avril 2019, la SDE n'a pas soulevé la question de la situation de conflit d'intérêt qui existerait entre SUEZ International, titulaire du marché de conception-construction de l'usine de KMS 3 en groupement avec CDE et SUEZ Groupe, désigné attributaire provisoire du contrat d'affermage en cours de procédure ;

Que pour respecter l'obligation d'initier un recours gracieux préalable à tout recours devant le CRD, conformément aux dispositions de l'article 89 du Code des Marchés publics, la SDE aurait dû intégrer le grief sur le conflit d'intérêt, dans son recours adressé le 23 avril 2019 au Ministère de l'Eau et de l'Assainissement (MEA) ;

Que toutefois, le respect du principe du contradictoire préconisé par le CRD, ayant permis de recueillir la position du MEA, il y a lieu d'examiner ce grief exposé par la SDE ;

Considérant qu'au soutien du moyen soulevé sur le conflit d'intérêt, la SDE subodore une rupture de l'égalité entre candidats à l'appel d'offres, au profit de SUEZ Groupe, d'une part, et l'implication de ce dernier, d'autre part, dans le contrôle et la réception des travaux ainsi que la gestion d'ouvrages conçus et réalisés par sa filiale ;

Considérant que la clause « IC 4.1 » de la section « Instructions aux candidats (IC) » du Dossier d'Appel d'Offres (DAO) décrit les situations de conflit d'intérêt qui empêchent la participation d'un candidat, en ces termes :

« un candidat (y compris tous les membres d'un groupement d'entreprises et tous les sous-traitants du candidat) sera considéré comme étant en situation de conflit d'intérêt s'il :

- a) Est associé ou a été associé dans le passé, à une entreprise (ou à une filiale de cette entreprise) qui a fourni des services techniques et autres documents utilisés dans le cadre des conventions passés au titre du présent appel d'offres ; ou*
- b) S'il est affilié à une firme ou entité que l'autorité contractante a recrutée ou envisage de recruter, pour participer au contrôle des prestations de services dans le cadre du contrat » ;*

Qu'en matière de marchés publics et dans l'esprit de la clause susvisée, la situation qui constitue un conflit d'intérêt est celle qui met un candidat, du fait de son implication dans des contrats passés ou en cours, en position de disposer d'une information supplémentaire et d'avoir un avantage sur ses concurrents ou bien, la situation qui peut potentiellement remettre en cause sa neutralité et son impartialité dans l'accomplissement de sa mission, au regard de ses intérêts personnels ;

Considérant qu'il ressort de l'instruction que les travaux de l'usine de KMS 3 résultent d'un marché de conception-construction, dont la procédure de passation a été lancée par la SONES avec la parution de l'avis de pré-qualification dans le journal « Le Soleil » du 23 avril 2016 et la souscription du marché effective le 18 avril 2018 ;

Que s'agissant de la procédure relative à l'affermage, elle est conduite par le Ministère de l'Hydraulique et de l'Assainissement avec la publication de l'avis de pré-qualification paru le 24 mai 2017, dont le dépôt des offres de la première étape a été clôturé le 05 janvier 2018 et les offres techniques corrigées et financières de la deuxième étape, le 1^{er} juin 2018 ;

Qu'il reste constant que les études avant le lancement de la procédure ainsi que le contrôle et la supervision des travaux de conception-construction de l'usine de KMS 3 impliquent, respectivement, le groupement CEMIS/IDEV et le groupement Cabinet Merlin/Cabinet Merlin Afrique de l'Ouest, titulaire du marché financé par l'AFD et la Banque Européenne d'Investissement pour le compte de la SONES ;

Que selon les règles de la Fédération internationale des Ingénieurs-conseils (FIDIC), qui constituent une référence en la matière, les contrats de conception-construction (Plant and Design Built) diffèrent des contrats clé en main. Pour les premiers, régis par le livre jaune FIDIC, le maître de l'ouvrage désigne l'Ingénieur, personne ou entité qui est présente pour exécuter les obligations qui lui sont attribuées.

Quant aux contrats clé en main/EPC (livre argent FIDIC), l'entrepreneur assume l'entière responsabilité pour la conception et l'exécution du projet, elle fournit toute l'ingénierie, l'approvisionnement et la construction (EPC), sans la présence de l'ingénieur, au sens FIDIC ;

Qu'ainsi, l'argument selon lequel, dans le cadre de KMS 3, la filiale SUEZ International assure doublement une mission d'entrepreneur et de maître d'œuvre qui mettrait ultérieurement SUEZ Groupe en situation de pouvoir remettre en cause son impartialité dans l'exécution du futur contrat d'affermage, n'est pas fondé ;

Considérant, en outre, que la SDE n'a pas démontré l'existence d'une information que détiendrait SUEZ Groupe dans le cadre de la procédure relative à l'affermage, du fait de l'implication de SUEZ International dans KMS 3, susceptible de lui procurer un avantage sur ses concurrents à l'appel d'offres ;

Que du reste, pour préparer convenablement leurs offres, tous les candidats avaient la latitude de demander à l'autorité contractante, toute information nécessaire sur le contrat d'affermage actuel et les projets, y compris celui de KMS 3 ;

Qu'il s'ensuit que l'asymétrie d'informations ou la rupture de l'équité au profit de SUEZ Groupe sur le marché de KMS 3, alléguée, n'est pas fondée ;

Considérant, par ailleurs, que les restrictions de participation, invoquées par la requérante, ont été ajoutées, dans le cadre d'un additif au DAO, à l'article 9 du projet de contrat de performance (annexe 6 du contrat d'affermage), suite aux demandes d'éclaircissements de candidats ;

Que les stipulations de l'article 9 du projet de contrat de performance opposable au fermier qui serait retenu, ont vocation à s'appliquer aux ouvrages à réaliser dans le cadre du futur contrat d'affermage, à partir de son entrée en vigueur (qui coïncide avec celle du contrat d'affermage, en vertu de l'article 6 du contrat de performance) et non aux ouvrages entamés ou déjà exécutés, qui seront dans le patrimoine du concessionnaire ;

Qu'en définitive, la situation de conflit d'intérêt décrite dans le DAO ne s'applique pas au cas d'espèce ;

2. Sur la conformité de la commission des marchés ayant procédé à l'ouverture des offres techniques

Considérant qu'il résulte des dispositions combinées de l'article 36 du Code des Marchés publics (CMP) et de l'article 6 de l'arrêté 0864/MEFP du 22 janvier 2015 que les membres de Commission des marchés sont nommés pour un an, au sein de chaque autorité contractante, et que leur acte de nomination doit être transmis à la DCMP et à l'ARMP, au plus tard, le 05 janvier de l'année ;

Considérant que la SDE conteste la conformité de la Commission des marchés ayant procédé à l'ouverture des offres techniques ;

Considérant que, certes, à la séance susvisée, tenue le 05 janvier 2018, l'acte de nomination des membres de la commission des marchés pour la gestion 2018 n'était pas encore pris ;

Que toutefois, la séance d'ouverture des plis est juste une séance de constat, tenue publiquement en présence des représentants des soumissionnaires, pour lire les informations pertinentes de l'offre technique de la première étape ;

Que d'ailleurs, l'article 39.2 du Code des Marchés publics n'exige pas le quorum pour la tenue de la séance d'ouverture des plis ; il suffit simplement qu'il y ait la présence du Président de la Commission, du secrétaire de séance et des représentants des soumissionnaires ;

Considérant qu'en l'espèce, aucun candidat n'a soulevé un quelconque préjudice subi du fait de la tenue de la séance d'ouverture des offres techniques, si ce n'est, la requérante, qui argue d'une violation de la réglementation ;

Que toutes les trois offres techniques concernées par la séance d'ouverture des plis, ont été acceptées à la première étape, et les candidats invités à la deuxième étape à présenter une offre technique mise à jour et une offre financière ;

Que dès lors, l'annulation de la procédure, qui a été déroulée avec toutes les phases suivantes sans que la question de la composition de la Commission des marchés ne soit soulevée par les candidats ou par la DCMP en charge d'assurer le contrôle a priori de la passation, serait contraire au principe d'efficacité recherchée dans la passation des marchés; d'ailleurs pour des soucis d'efficacité administrative, la Commission des marchés a le devoir de continuer ses activités jusqu'à la nomination d'une nouvelle commission pour éviter une paralysie de l'activité ;

Qu'en conséquence, la violation alléguée ne peut entraîner l'annulation de la procédure ;

3. Sur la validité des offres

Considérant que la SDE a excipé du grief relatif à l'expiration de la validité des offres avant la date de réception de la demande de prorogation ;

Qu'il ressort de l'instruction que, consécutivement à la décision du CRD ordonnant la reprise de l'évaluation, l'autorité contractante avait saisi les candidats par lettre du 02 avril 2019 pour leur demander de proroger la durée de validité des offres ;

Qu'il reste constant que la première demande de prorogation de la validité des offres du 27 novembre 2018 concernait une durée de quatre (04) mois ;

Que toutefois, la réception de la demande de prorogation le 02 avril 2018 ne viole aucun des principes directeurs régissant la passation des marchés publics, d'autant plus que tous les candidats, y compris SDE, ont accepté de proroger leurs offres sans soulever la moindre réserve ;

Qu'en conséquence, ce grief ne peut entraîner l'annulation de la procédure ;

4. Sur l'application de la décision du CRD et l'objectivité de l'évaluation

Considérant que la SDE reproche à l'autorité contractante de ne pas avoir tenu compte de la décision du CRD, au motif que l'évaluation aurait dû être reprise à partir de l'évaluation technique de la deuxième phase, avec de nouvelles demandes d'éclaircissements ;

Considérant que dans la décision susvisée, le CRD avait tiré des conclusions sur les moyens des deux parties et, après avoir constaté que les non-conformités alléguées par l'autorité contractante existent dans les offres, avait néanmoins relevé que l'appréciation de leur caractère substantiel était basée sur des critères non prévus dans le DAO ;

Considérant que le Dossier d'appel d'offres de la deuxième étape prévoit, à la clause IC 36.4, l'évaluation de la conformité des offres et, stipule à la clause IC 29.2, que les divergences ou omissions substantielles sont celles qui :

- *Si elles étaient acceptées, limiteraient de manière substantielle la portée, la qualité des prestations spécifiées dans le contrat ; ou limiteraient, d'une manière substantielle et non conforme au Dossier d'Appel d'Offres, les droits de l'Autorité contractante ou les obligations du Candidat au titre du contrat ; ou*
- *Dont l'acceptation serait préjudiciable aux autres candidats ayant présenté des offres conformes pour l'essentiel. » ;*

Considérant que le Comité technique d'Evaluation des Offres (CTEO) a repris l'évaluation à la seconde étape pour identifier des non-conformités en se basant sur les caractéristiques définies dans la clause susvisée, afin d'apprécier leur caractère substantiel ou non ;

Qu'en ce qui concerne le classement de biens de retour en biens de reprises, le caractère substantiel de la non-conformité, déjà relevée par le CRD, est lié au fait qu'elle limite d'une manière non conforme au Dossier d'Appel d'Offres, les droits de l'Autorité Contractante, même avec l'option d'achat sur les équipements de télé-relève ; le manque de clarté du DAO, allégué par le requérant, ne peut justifier sa décision de classer ce bien en bien de reprise alors que les candidats avaient toute la latitude d'adresser des demandes de précisions ;

Considérant que sur les branchements, la SDE est le seul candidat ayant fait reposer son offre sur une projection de 408 000 branchements sociaux, tandis que les autres candidats sont restés sur des hypothèses conformes aux indications des documents du DAO ;

Que pour réfuter le grief soulevé par l'autorité contractante sur le nombre de branchements sociaux, la SDE fait prévaloir son programme « Eau pour Tous », soutenant qu'il n'y a aucune charge financière pour l'autorité contractante et le concessionnaire ;

Considérant qu'il ressort de l'examen de l'offre de la SDE que le programme dénommé « Xewel », vise les branchements ordinaires et non les branchements sociaux, qui sont financés en tout ou partie par la SONES ;

Qu'en effet, à la page 199 de l'offre technique corrigée, la SDE mentionne : « le nombre de nouveaux branchements particuliers a été évaluée à 75 000 » ; plus loin, elle ajoute « enfin, pour compléter le programme de branchements sociaux financés par le concessionnaire, la nouvelle société d'exploitation propose un nouveau mécanisme de financement pour les branchements ordinaires domestiques grâce au programme « Xewel » ;

Que l'autorité contractante, souveraine dans sa décision de fixer ses besoins, qui n'a pas indiqué une quantité de 408 000 branchements sociaux dans le DAO, est fondée à considérer que cette option proposée par le candidat, la limite dans ses décisions concernant lesdits branchements, dont le financement doit être assuré par le concessionnaire ;

Qu'ainsi, au regard de la clause IC 29.2 des IC, c'est à bon droit que la Commission des marchés a estimé que la non-conformité sur les projections de 408 000 branchements sociaux est substantielle ;

Considérant, qu'en ce qui concerne la présence de produits non conformes au niveau de la rubrique « autres travaux », l'autorité contractante est, certes, fondée à retenir que la réponse de la SDE, à l'occasion de la demande d'éclaircissements, tend à modifier l'offre ;

Que toutefois, le caractère substantiel de ce grief, à savoir l'absence de contre-charge de ce produit, qui aurait pour effet d'augmenter de manière fictive le chiffre d'affaires, n'est pas justifié ;

Qu'en effet, l'autorité contractante a simplement invoqué un risque de déséquilibre du contrat, résultant de l'incohérence du CEP, décelée sur ce point ;

Que d'ailleurs, d'autres non-conformités, relevées, notamment sur la rubrique « autres impôts et taxes », les droits d'enregistrements (aussi bien pour SDE que pour SUEZ) ont été jugés non-substantielles, au motif qu'elles ne limitent ni la capacité du fermier à exécuter ses obligations contractuelles, ni la qualité des prestations spécifiées dans le Contrat ;

Que néanmoins, les griefs retenus sur le classement de biens de retour en biens de reprise et sur les projections de branchements sociaux, suffisent à considérer le caractère substantiel des non-conformités constatées à l'étape « analyse de l'offre technique corrigée de la seconde étape et de l'offre financière » ;

Considérant que pour les autres candidats (SUEZ et VEOLIA), le comité technique d'évaluation n'a pas retenu de non-conformités ayant un caractère substantiel au sens de la clause IC 29.2, susceptible de conclure que l'offre n'est pas conforme ;

Qu'une décision de quantifier les non-conformités aurait pour effet d'introduire de nouveaux critères d'évaluation ; ce qui a été rejeté dans la décision d'annulation antérieure, prise par le CRD ;

Considérant, au surplus, que le réexamen du dossier par la Direction centrale des Marchés publics (DCMP) a été sanctionné par un avis de non objection, émis sur la proposition d'attribution provisoire ;

Qu'il en résulte que le moyen tenant à une évaluation effectuée en méconnaissance de la décision du CRD et du principe d'égalité de traitement de candidat, n'est pas fondé ;

Qu'il s'y ajoute que la prise en compte de la demande formulée par la SDE, pour la vérification des prix des branchements, amènerait le CRD à se projeter sur l'étape de l'analyse financière pour tous les soumissionnaires, alors que celle-ci est censée concerner uniquement les offres techniques corrigées conformes de la deuxième étape ;

Que de surcroît, à l'étape d'analyse financière, même si les prix des branchements constituent un élément important, il demeure constant que le Dossier d'Appel d'Offres (DAO) a retenu le Prix Exploitant (Pe) du mètre-cube d'eau comme la base de référence pour désigner le moins-disant ;

Qu'en conséquence, il n'est pas nécessaire, en l'état du dossier, de procéder à la vérification suggérée par la SDE sur les prix des branchements ;

Qu'en considération de ce qui précède, il y a lieu de déclarer le recours de la SDE mal fondé, d'ordonner la poursuite de la procédure de passation du marché et la confiscation de la consignation ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Constate que le Ministère de l'Eau et de l'Assainissement (MEA) a procédé à la reprise de l'évaluation et a saisi la DCM pour obtenir l'avis de non objection avant de publier un nouvel avis d'attribution provisoire du contrat d'affermage à SUEZ Groupe ;
- 2) Constate qu'à l'occasion de la reprise de l'évaluation, les critères d'appréciation de non-conformités, prévus par le DAO ont été appliqués ;
- 3) Dit que le grief tiré de la non application de la décision du CRD n'est pas fondé ;
- 4) Constate que la SDE subodore une situation de conflit d'intérêt entre SUEZ Groupe, attributaire provisoire du contrat d'affermage et SUEZ International, titulaire du marché de travaux de l'usine KMS 3, en groupement avec CDE ;
- 5) Constate que les études, le contrôle et la supervision de l'usine KMS 3 ne relèvent pas du titulaire du contrat, en l'occurrence, le groupement SUEZ International/CDE, même si l'attributaire du contrat d'affermage est amené à faire le suivi, le contrôle et la réception des travaux ;
- 6) Constate que la SDE n'a pas démontré que SUEZ Groupe a pu disposer d'information liée au projet KMS 3, lui procurant un avantage sur ses concurrents dans la procédure d'attribution du contrat d'affermage, même si elle indique que SUEZ International est une filiale de SUEZ Groupe ;
- 7) Dit que le fait de concevoir et construire l'usine de KMS 3 par le groupement SUEZ International/CDE et la participation de SUEZ Groupe au contrat d'affermage ne constitue pas une situation de conflit d'intérêt, tel que décrit dans le DAO ;
- 8) Dit que le grief relatif à la situation de conflit d'intérêt n'est pas fondé ;
- 9) Constate que le CRD avait jugé fondées les non-conformités sur les projections de branchements, le reclassement de biens de retour en biens de reprise, et la modification qui résulte de la réponse de la SDE à la demande d'éclaircissements sans les qualifier ;
- 10) Constate que les critères d'appréciation de la conformité des offres sont prévus dans les Dossiers d'Appels d'Offres de la première et de la deuxième étape ;
- 11) Dit que le moyen tiré du non-respect de la décision du CRD et de la discrimination entre candidats, n'est pas fondé ;

- 12) Dit que la Commission des marchés du Ministère de l'Eau et de l'Assainissement (MEA) est fondée à conclure que l'offre de la SDE à la deuxième étape n'est pas conforme, de manière substantielle, sur le reclassement de biens de retour en biens de reprise et la projection du nombre de branchements sociaux ;
- 13) Dit que le rejet de l'offre de la SDE, à l'étape d'analyse des offres techniques corrigées et offres financières de la deuxième étape, est justifié ;
- 14) Constate que la SDE demande au CRD de vérifier les prix des branchements pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse ;
- 15) Dit que la vérification doit viser tous les candidats, à l'étape d'analyse financière détaillée, qui ne concerne que les seules offres techniques corrigées conformes à la seconde étape ;
- 16) Dit qu'il n'y a pas lieu de procéder à la vérification sollicitée par la SDE sur les prix des branchements proposés par les soumissionnaires ;
- 17) Déclare le recours de la SDE mal fondé et le rejette, en conséquence ;
- 18) Ordonne la confiscation de la consignation et la poursuite de la procédure ;
- 19) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) est chargé de notifier à la Sénégalaise des Eaux (SDE), au Ministère de l'Eau et de l'Assainissement (MEA), ainsi qu'à la Direction centrale des Marchés publics, la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics.

Le Président



Oumar SAKHO

Les membres du CRD



Alioune Badara FALL



Abdourahmane NDOYE



Ibrahima SAMBE

Le Directeur Général
Rapporteur

Saër NIANG

