

**DECISION N° 101/09/ARMP/CRD DU 25 NOVEMBRE 2009
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DU GROUPE D'INGENIERIE ET DE
CONSTRUCTION (GIC) DENONCANT LES MODALITES D'ETABLISSEMENT DE LA
LISTE RESTREINTE POUR LES ETUDES TECHNIQUES D'EXECUTION ET
L'ELABORATION D'UN DOSSIER D'APPEL D'OFFRES RELATIF AUX TRAVAUX
D'ELARGISSEMENT EN 2X2 VOIES DU TRONCON DIAMNIADIO-MBOUR DE LA
RN1 ET L'AMENAGEMENT DES BRETelles DE DESSERTE DE L'AEROPORT DE
NDIASS**

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

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

Vu le décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics ;

Vu le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) ;

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

Vu la lettre en date du 5 novembre 2009 du Groupe d'Ingénierie et de Construction ;

Après avoir entendu le rapport de M. Cheikh Saad Bou SAMBE, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties ;

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, de MM Abd'El Kader N'DIAYE, Birahime SECK et Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De MM Youssouf SAKHO, Directeur général, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, Omar SARR Conseiller juridique et René Pascal DIOUF, chargé des enquêtes, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité du recours, les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre mémoire en date du 5 novembre 2009, enregistrée le même jour sous le numéro 672/09 au Secrétariat du CRD, le Groupe d'Ingénierie et de Construction (GIC) a introduit un recours auprès du CRD pour contester le respect par l'AATR des procédures de passation du marché portant sur les études techniques d'exécution et l'élaboration d'un dossier d'appel d'offres pour les travaux d'élargissement en 2X2 voies du tronçon Diamniadio-Mbour de la RN1, et l'aménagement des bretelles de desserte de l'aéroport de Ndiass.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'aux termes des articles 86 et 87 du décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics, tout candidat à une procédure d'attribution d'un marché est habilité à saisir soit la personne responsable dudit marché d'un recours gracieux, soit le CRD ;

Considérant que GIC a introduit par lettre en date du 5 novembre 2009, un recours gracieux auprès de l'AATR pour contester l'attribution provisoire du marché susvisé dont l'avis est paru dans le journal « Le Quotidien » du 3 novembre 2009 ;

Que malgré les éléments de réponse fournis par l'Autorité contractante par courrier en date du 4 novembre 2009, le requérant a saisi le CRD d'un recours en date du 5 novembre 2009, enregistré le même jour sous le numéro 672/09 ;

Que le recours exercé dans les délais prescrits doit être déclaré recevable.

Par décision n° 093/09/ARMP/CRD du 9 novembre 2009, le CRD a prononcé la suspension de la procédure de passation du marché susvisé.

LES FAITS

L'AATR a publié dans le quotidien « Le Soleil » en date du 14 août 2008, un avis à manifestation d'intérêt relatif aux études techniques d'exécution et l'élaboration d'un dossier d'appel d'offres pour les travaux d'élargissement en 2X2 voies du tronçon Diamniadio-Mbour de la RN1, et l'aménagement des bretelles de desserte de l'aéroport de Ndiass.

Suite au changement de bailleur de fonds pour le financement de ce projet, l'AATR a dressé une liste restreinte de candidats, a lancé la Demande de propositions et attribué le marché au groupement CIRA/CID sans donner suite à la procédure de manifestation d'intérêt initialement lancée.

Dès la publication dans le journal « Le Quotidien » en date du 3 novembre 2009 de l'attribution provisoire du marché, la société GIC a saisi le Comité de Règlement des Différends pour demander l'annulation de la décision de la Commission des marchés.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa requête, GIC soutient que l'AATR ne s'est pas conformée à l'obligation d'informer les candidats des résultats de la manifestation d'intérêt ;

Selon le requérant, l'avis à manifestation d'intérêt ne faisait nulle part mention de l'identité du bailleur de fonds, et qu'en tout état de cause, le projet reste identique au plan des caractéristiques techniques, même si le bailleur a changé ;

De plus, les procédures de la Banque Ouest Africaine de Développement (BOAD), nouveau bailleur de fonds, ne sont pas en contradiction avec le principe de la manifestation d'intérêt, et ne militent guère pour des procédures de sélection basées sur un pouvoir discrétionnaire et sans aucune consultation préalable ;

Il déclare également qu'il a été délibérément omis sur la liste restreinte des candidats constituée sur la base du pouvoir discrétionnaire de l'AATR et dans le but de favoriser un concurrent ;

Par ailleurs, le requérant avance que la clause 7. de la Demande de propositions disposant que « toute offre financière inférieure ou supérieure de 25 % à l'estimation confidentielle sera écartée » est contraire au principe de transparence édicté par le Code des Marchés publics.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

La Commission des marchés a déclaré que l'appel à manifestation d'intérêt auquel le requérant a participé avait été lancé dans le cadre du programme Millenium Challenge Account (MCA) ;

Le projet n'ayant pas été finalement retenu par ledit programme, la BOAD a décidé de prendre en charge son financement ;

D'autre part, et en conformité avec les procédures de cette dernière, la liste restreinte a été établie d'un commun accord avec la BOAD sur la base d'un bureau d'études par pays membre de l'espace UEMOA disposant d'une expérience en matière de voirie ;

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte sur la conformité de la procédure d'établissement de la liste restreinte des bureaux d'études retenus dans le cadre du marché.

AU FOND

Considérant qu'il est requis pour les marchés de prestations intellectuelles, une présélection des candidats capables de réaliser le projet préalablement à toute soumission, après un appel public à manifestation d'intérêt, dans les conditions fixées par l'article 79.3 du Code des Marchés publics ;

Considérant que la société GIC reproche à l'AATR de n'avoir pas donné suite à la manifestation d'intérêt qu'elle a lancée, et par la suite, de constituer pour le même projet une liste restreinte de façon discrétionnaire sans recourir à la mise en concurrence, conformément aux principes de libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, énoncés à l'article 24 du Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 ;

Qu'en réponse au recours gracieux introduit par le requérant, l'AATR soutient sans le prouver, que les procédures de passation des marchés de la BOAD qui finance le projet susvisé, autorisent la constitution d'une liste restreinte composée de bureaux d'études originaires de chaque pays de l'UEMOA et capitalisant une expérience dans le domaine, sans passer par une manifestation d'intérêt ;

Considérant qu'il ressort du fax réponse n° DDDE/DR I-2009F 004358 du 23 mars 2009 adressé à l'AATR que la BOAD a marqué son accord sur la liste des cabinets

présélectionnés, tout en indiquant qu'elle émet son « **avis de non objection sur la liste restreinte des bureaux d'études établie à partir des dossiers de manifestation d'intérêt précédemment lancés sur des opérations conduites par votre institution** » ; qu' à cet égard, il apparaît que la BOAD ne cible pas uniquement une manifestation d'intérêt particulière, mais un ensemble d'activités portant sur plusieurs procédures distinctes du projet susvisé ;

Considérant que sur le même registre, l'AATR affirme le contraire dans sa lettre réponse n° 1942/AATR/DG/DTOA en date du 4 novembre 2009 adressée au requérant en soutenant que « **la liste restreinte du projet susvisé n'a pas fait l'objet de manifestation d'intérêt, a donc été établie conformément aux procédures en matière d'acquisition de services et de biens du bailleur de fonds. Ces procédures stipulent la présélection au maximum d'un bureau par pays membre de l'espace UEMOA** » ;

Considérant que la présélection d'un bureau d'étude par pays au sein de l'UEMOA n'exclut pas le recours à une manifestation d'intérêt, et ne signifie guère que le choix de la liste restreinte est laissé à la libre appréciation de l'autorité contractante ;

Qu'il s'y ajoute également, que sur la liste des candidats présélectionnés, figurent deux groupements de bureaux d'études constitués de Terrabo de la Côte d'Ivoire et Lobou Conseil du Mali, de Cira et CID du Mali, et CINCAT/ICA du Burkina Faso, sans pour autant que l'AATR n'indique la procédure et les critères sur lesquels elle s'est fondée pour constituer lesdits groupements au stade de la liste restreinte ;

Qu'à cet égard, l'AATR a établi une liste restreinte sans recourir à la mise en concurrence, conformément aux principes de libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, énoncés à l'article 24 du Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 ;

Considérant qu'il est énoncé à la clause 7 de la Demande de propositions qu'une procédure en deux phases est adoptée pour l'évaluation des propositions, et que les offres seront classées en fonction de leurs notes technique et financière combinées, avec une application des pondérations de 0,80 pour la note technique, et 0,20 pour la note financière ;

Considérant que l'AATR a introduit en sus un critère annonçant que « toute offre financière inférieure ou supérieure de 25 % à l'estimation confidentielle sera écartée » ; que ce critère arbitraire et surabondant qui plus est non porté à la connaissance des candidats en violation des dispositions de l'article 59/1 du Code des Marchés publics, a entraîné le rejet de toutes les offres techniquement recevables, notamment celles de CINCAT/ICA, LAMCO, et TERRABO/LOBOU/BNETD, à l'exception de celle du groupement CIRA/CID ;

Considérant que le caractère confidentiel de l'estimation ne peut être garanti dans l'absolu et en tout état de cause demeure incompatible avec les critères de notation avancés à la clause 7 des Données particulières de la Note d'information de la Demande de propositions qui prévoit une évaluation en deux étapes, puis un classement des

candidats après pondération de la note technique et la note financière de chaque candidat ;

Que d'ailleurs, le montant estimatif du marché, bien que n'étant pas communiqué aux candidats, a été dépouillé de son caractère confidentiel dès lors que la Commission des marchés a déclaré qu'il est inscrit dans son plan de passation des marchés de 2009 ;

Qu'à cet égard, l'introduction d'une estimation confidentielle dans l'évaluation des offres a entraîné une violation du principe de transparence et d'égalité de traitement des candidats, sanctionnée par la nullité de la procédure de passation ou du marché passé, en référence à l'article 24 du Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 ;

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la requête introduite par le bureau d'études GIC ;
- 2) Constate que l'AATR a établi une liste restreinte sans recourir à la mise en concurrence, en violation des principes de libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, énoncés à l'article 24 du Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 ;
- 3) Dit que le critère relatif à l'élimination des candidats ayant soumis une offre financière inférieure ou supérieure de 25 % à l'estimation confidentielle est arbitraire et contraire au principe de transparence et d'égalité de traitement des candidats en référence à l'article 24 du Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006, et aux dispositions de l'article 59/1 du Code des Marchés publics ; par conséquent,
- 4) Annule l'attribution provisoire du marché susvisé ;
- 5) Ordonne la relance de la procédure de passation du marché ;
- 6) Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier à GIC, à l'AATR ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP