

**DECISION N° 004/2020/ARMP/CRD/DEF 02 JANVIER 2020
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGE SUR LE RECOURS DE LA SOCIÉTÉ DIAMATECH s.a
CONTESTANT L'ATTRIBUTION PROVISOIRE DE L'APPEL D'OFFRES RELATIF
AUX TRAVAUX DE REALISATION 26 PIEZOMETRES ET 8 FORAGES D'ESSAI DANS
LES REGIONS ZIGUINCHOR, SEDHIOU, KOLDA, TAMBACOUNDA EN DEUX LOTS,
LANCE PAR LA DIRECTION DE LA GESTION ET DE LA PLANIFICATION DES
RESSOURCES EN EAU (DGPRES) DU MINISTERE DE L'EAU ET DE
L'ASSAINISSEMENT.**

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

VU la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006, notamment en son article 30 ;

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 (CRD) de l'ARMP ;

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 l'Entreprise DIAMATECH s.a du 02 décembre 2019 ;

VU la quittance de consignation n°100012019003621 du 02 décembre 2019 ;

VU la décision de suspension n°087/19/ARMP/CRD/ du 09 décembre 2019 ;

Monsieur Moussa DIAGNE, entendu en son rapport ;

En présence de monsieur Oumar SAKHO, Président ; de messieurs Alioune Badara FALL, Ibrahima SAMBE 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 délibération fondée sur la recevabilité du recours ;

Adopte la présente décision :

Par courrier reçu et enregistré le 02 décembre 2019 à l'ARMP sous le numéro 311/CRD, l'Entreprise DIAMATECH s.a a saisi le Comité de Règlement des Différends pour contester le rejet de son offre relatif à l'appel d'offres relatif aux travaux de réalisation de 26 piézomètres et 8 forages d'essai dans les régions de Ziguinchor, Sédhiou, Kolda, Tambacounda en deux lots, lancé par la Direction de la Gestion et de la Planification des Ressources en Eau (DGPRE) du Ministère de l'Eau et de l'Assainissement.

LES FAITS

Le gouvernement du Sénégal a reçu un crédit de l'Association Internationale pour le Développement (IDA) pour financer Le Projet Eau Potable et Assainissement en milieu rural et a décidé d'en utiliser une partie pour financer le marché relatif aux travaux de réalisation de 26 piézomètres et 8 forages d'essai dans les régions de Ziguinchor, Sédhiou, Kolda, Tambacounda, en deux lots distincts.

A l'ouverture des plis, 03 offres ont été reçues.

Au terme de l'évaluation, la commission des marchés a proposé d'attribuer les lots 1 et 2 à HENAN CHINE qui a proposé les offres jugées conformes, évaluées moins-disantes et qui remplit les critères de qualification requis.

Nom ou raison sociale	Montant de l'offre HT/HD	Classement
HENAN CHINE	Lot 1 : 547 180 000	1er
	Lot 2 : 607 020 000	1er
DIAMA TECHNOLOGIE	Lot 1: 451 758 000	2ième
	Lot 2: 620 263 000	2ième

Dès qu'elle a pris connaissance des résultats de l'attribution provisoire, par la notification d'intention reçue le 21 novembre 2019, la société DIAMATECH s.a a saisi l'autorité contractante pour contester l'attribution provisoire du marché par lettre en date du 25 novembre 2019.

Non satisfaite de la réponse de l'autorité contractante du 28 novembre 2019, la requérante a porté sa réclamation devant le CRD par lettre en date du 02 décembre 2019.

Par décision n° 087/19/ARMP/CRD du 09 décembre 2019, le CRD a jugé le recours de la société DIAMATECH s.a recevable, ordonné la suspension de la procédure de passation et saisi l'autorité contractante pour production des documents nécessaires à l'instruction.

Suivant courrier du 13 décembre 2019, reçu le même jour, le DGPRE a transmis à l'ARMP les pièces demandées.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

Dans sa lettre de saisine, la requérante conteste les motifs du rejet de son offre par la DGPRE. Elle informe qu'il est mentionné dans le DAO au niveau des cahier des clauses administratives particulières, à l'article 10.5.2, « que les prix du présent marché sont réputés ne pas comprendre les montants dus au titre des impôts, droits et obligations. »

Elle ajoute que concernant le code de conduite relatif aux bonnes pratiques Environnementales Sociales Hygiène et Sécurité (ESHS), le DAO prévoit que le soumissionnaire retenu devra fournir une Garantie de performance environnemental, sociale, hygiène, et sécurité (ESHS) (Ref : 48.1 et 48.2) en cas d'attribution.

Concernant le personnel clé, elle souligne que le chef de chantier qu'il a proposé, cumule plus de 30 ans d'expérience dans le domaine des forages dont plusieurs ont été réalisés pour le compte de Diama Technologie et validés par des PV de réception. Elle affirme avoir transmis deux références similaires : réalisation de deux forages de 210 m à usage agricole à Nguith (commune de Ouarkhokh) et à Loucane Ouolof (commune de Sagatta Djoloff) dans la région de Louga et des travaux de forage dans le maestrichtien d'une profondeur de 360 m, dans le cadre de la ferme semencière de la localité de Sinthiou Malem pour le compte de l'ISRA.

Sur les références proposées, elle informe que les attestations de travaux fournis ont une valeur minimale, comme demandé, et font état de forages réalisés entre 60 et 400m.

Enfin, elle conclut en rappelant que leurs références font aussi état du projet de renforcement de l'AEP de Dakar pour les travaux de réalisation de piézomètres pour lesquels, la DGPRE a co-signé avec la SONES, les PV de réception des travaux exécutés par DIAMATECH s.a.

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

L'autorité contractante soutient, dans la lettre de transmission des dossiers, que DIAMATECH s.a a fourni des états financiers certifiés de la société DIAMA TECHNOLOGIE. Elle informe qu'il ressort de son offre que la société DIAMA TECHNOLOGIE a effectué une cession de son fonds de commerce à la société DIAMATECH s.a, et cette dernière, étant créée le 18/01/2019, ne peut fournir les états financiers des trois dernières années (2016, 2017, 2018).

Elle rappelle que la commission des marchés a rejeté les états financiers, au regard de la réglementation de la passation des marchés de la Banque mondiale.

En outre, l'autorité contractante évoque le motif que, pour l'expérience spécifique de construction, la société DIAMATECH s.a a fourni des attestations au nom de DIAMA TECHNOLOGIE.

Enfin, pour le personnel clé, l'autorité contractante souligne que les références spécifiques fournies par le requérant ne sont pas similaires aux travaux spécifiés dans le DAO, pour le conducteur des travaux et pour le chef de chantier.

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et des moyens qui la sous-tendent que le litige porte sur le bien-fondé du rejet de l'offre de la société DIAMATECH s.a pour disqualification.

AU FOND

Considérant que l'article 44 du Code des Marchés publics dispose que tout candidat doit justifier qu'il dispose des capacités juridiques, techniques, financières et

environnementales requises pour exécuter le marché en présentant tous les documents et attestations appropriés, énumérés par le dossier d'appel à la concurrence ;

- Sur l'absence des états financiers et des attestations de services faits

Considérant que pour l'autorité contractante, DIAMA TECHNOLOGIE et DIAMATECH s.a sont deux entités différentes et que cette dernière ne peut pas se prévaloir de l'expérience de la première ;

Considérant que pour cette raison, elle a rejeté les états financiers et les attestations de services faits au nom de DIAMA TECHNOLOGIE fournies par DIAMATECH s.a et cela, au regard de la réglementation de la banque mondiale qui prévoit que « l'évaluation des qualifications d'une entreprise ne prendra pas en compte les qualifications d'autres entreprises telles que ses filiales, maisons mères, entreprises apparentées, sous-traitants, (autres que les sous-traitants spécialisés si le dossier d'appel d'offres l'autorise), ou de toute autre entreprise différente de celle qui soumet l'offre ;

Considérant que la société DIAMATECH s.a a présenté dans son offre une cession de fonds de commerce de l'entreprise individuelle, DIAMA TECHNOLOGIE, au profit de la société anonyme dénommée DIAMATECH s.a ;

Considérant que l'article 135 de Acte Uniforme de l'OHADA sur le droit commercial général dispose que « le fonds de commerce est constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant d'attirer et de conserver une clientèle ;

Considérant que l'article 149 du même acte uniforme prévoit que « la vente d'un fonds de commerce peut être réalisé par acte sous seing privé ou par acte authentique. Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout acte constatant une cession de fonds de commerce consentie même sous condition, y compris en cas d'apport d'un fonds de commerce à une société » ;

Considérant que l'article 150 du même acte uniforme prévoit que « tout acte constatant la cession d'un fonds de commerce doit énoncer, notamment, pour les personnes morales, leur nom, leur dénomination sociale, leur forme juridique, l'adresse de leur siège, leurs numéros d'immatriculation au registre de commerce et du crédit mobilier, l'état des privilèges, nantissements, et inscriptions grevant le fonds, le chiffre d'affaires réalisé au cours de chacune des trois dernières années d'exploitation, ou depuis son acquisition si le fonds n'a pas été exploité depuis plus de trois ans ; les résultats commerciaux réalisés pendant la même période ; le prix convenu, et la situation et les éléments du fonds vendu ;

Considérant que DIAMATECH s.a a produit dans son offre un acte notarié en date du 25 mars 2019 qui consacre la cession du fonds de commerce de la part du cédant Moustapha LO propriétaire de la société individuelle DIAMA TECHNOLOGY immatriculée au Registre de commerce et du crédit immobilier (RC) sous le numéro SN-DKR-2010-A-12495 à la société anonyme DIAMATECH s.a immatriculé RC/SN-DKR-2019-B-1182 représentée par Moussa LO ;

Considérant que les résultats financiers sont partis intégrantes de la cession du fonds de commerce et que le cédant a déclaré avoir réalisé pour les trois dernières années les chiffres d'affaires suivants :

- F CFA 566 852 000 pour l'année 2015
- F CFA 3 546 897 740 pour l'année 2016
- F CFA 1 401 253 590 pour l'année 2017

Et les bénéficiaires commerciaux suivants :

- F CFA 55 788 617 pour l'année 2015
- F CFA 144 936 914 pour l'année 2016
- F CFA 84 082 553 pour l'année 2017

Considérant que le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial y compris les autorisations d'exploiter c'est-à-dire tous les éléments qui permettent l'exercice d'une activité et qui constituent, entre autres, une autorisation, un agrément, qui ne soient pas attachés à la personne du commerçant ;

Qu'ainsi DIAMATECH s.a étant cessionnaire de l'entreprise DIAMA TECHNOLOGIE, peut bien se prévaloir de son expérience ;

Qu'à cet égard, le rejet, par la commission des marchés, des états financiers et des expériences spécifiques en construction présentés par DIAMATECH s.a n'est pas justifié ;

Considérant qu'en ce qui concerne le critère de qualification, le DAO prévoit pour l'expérience de marché de construction, notamment, à titre principal :

- a) La réalisation à titre d'entrepreneur principal d'un nombre minimal de marchés similaires, de manière satisfaisante et achevés pour l'essentiel, exécutés au cours des cinq dernières années à compter du 1^{er} janvier 2014 jusqu'à la remise des offres : deux (2) cas de travaux avec une valeur minimum chacun de quatre cent quarante-huit millions (448 000 000 f cfa) F CFA pour le lot 1 ;
- b) Pour les marchés référencés ci-dessus, doivent être achevés pour l'essentiel dans les activités-clés suivantes par lot, la réalisation d'au moins deux forages à gros diamètres (16") et de profondeur supérieure à 400m ;

Considérant qu'à l'analyse de l'offre de DIAMATECH s.a, il apparait qu'elle a fourni, entre autres, deux attestations de service faits pour le lot 1 :

- L'une faisant référence au marché n° T2665/18 relatif à des travaux de réalisation d'un forage de 400m, de réhabilitation de point d'eau, de travaux de constructions d'abreuvoirs, de construction de mare, de réalisation de mini forages et de réalisation de château d'eau pour le compte du Programme de Renforcement de la résilience à l'insécurité alimentaire et nutritionnelle au Sahel (P2PRS) pour un montant de cinq cent quarante – sept millions cinq cent trente – six mille sept cent quatre -vingt douze francs CFA TTC (547 536 792 f CFA) ;
- L'autre faisant référence au marché T2037/16 relatif à des travaux de réalisation de forage d'une profondeur de 360 m et de réseau d'irrigation dans la ferme semencière de Sinthiou Maleme pour un montant de 199 027 649 f CFA pour le compte de l'Institut Sénégalais de Recherche Agricole (ISRA) ;

Qu'il apparait que DIAMATECH s.a a rempli partiellement les références de construction et spécifiques, relativement au coût et à la profondeur des forages réalisés ;

Que sous ce rapport, le rejet de son offre par la commission des marchés pour ces motifs est justifié ;

- Sur le personnel clé

Considérant que le DAO prévoit, entre autres, pour le personnel clé :

1. Un conducteur des travaux, technicien supérieur hydrogéologue, géologue, hydraulicien, génie civil, génie mécanique ou équivalent avec cinq (5) ans d'expérience globale, deux (2) références dans les travaux similaires et une (1) référence spécifique en tant que responsable de travaux similaires ;
2. Deux chefs de chantier, chacun devra être un technicien dans le domaine des forages avec cinq (5) ans d'expérience globale et deux (2) références dans les travaux similaires et une (1) référence spécifique en tant que responsable de travaux similaires ;

Considérant que DIAMATECH s.a a fourni dans son offre le Cv d'un conducteur des travaux ayant trente (30) ans d'expérience globale, et deux (2) références dans la réalisation de forage, l'une dans la ferme semencière de Sinthiou Malem et l'autre dans celle du CRZ de Dahra ; et une expérience spécifique, parmi d'autres, en tant que chef pilote de 2007 à 2009 avec l'entreprise Saudi Oger LTD (Khafji – Arabie Saoudite) pour laquelle, il était rattaché à la direction du projet et assisté par une équipe de pilotes, investi de la mission du pilotage pour l'exécution générale de tout corps d'état dans la construction de bâtiments ainsi que la coordination et intervention à tous les niveaux technique et contractuel ;

Qu'ainsi, la non-conformité constatée par la commission des marchés pour la référence spécifique en tant que conducteur des travaux pour la réalisation de travaux similaires est justifiée ;

Considérant que DIAMATECH s.a a fourni dans son offre les Cv des deux chefs de chantier proposés ;

Considérant que l'exploitation du cv du chef de chantier n°2 a permis de relever les informations suivantes :

Chefs de chantier	Expérience globale en travaux (ans)	Nombre de références dans les travaux similaires	Nombre de références spécifiques en tant que responsable des travaux similaires
Chefs de chantier N°2	30 ans	<ul style="list-style-type: none"> - 02 projets similaires : réalisation forage au maestrichtien - Réalisation de deux forages à Nguith 	<ul style="list-style-type: none"> - 01 référence similaire en tant que Chef de chantier de la réalisation du forage d'orkadiéré dans l'actuelle région de Matam.

Qu'ainsi la décision de la commission de déclarer le chef de chantier n°2 non conforme au motif qu'il n'a pas rempli la référence spécifique de travaux, en tant que chef de chantier, n'est pas justifiée ;

Considérant qu'en définitive, DIAMATECH s.a n'ayant pas satisfait au deuxième critère relatif aux travaux de réalisation de forage d'une profondeur de 400m et d'un diamètre

de 16" et à la référence spécifique en tant que responsable de travaux similaires du conducteur des travaux ;

Qu'à cet égard, la décision de la commission des marchés de rejeter l'offre de DIAMATECH s.a pour défaut de qualification est justifiée ;

Considérant, cependant, que la commission des marchés aurait pu apprécier du caractère substantiel ou non du manquement de moins de 40m pour la profondeur et la différence de 248 972 649 F CFA sur le coût des travaux du deuxième forage, dès lors qu'elle a reconnu que DIAMATECH s.a a réalisé au moins un forage de 400m au coût de 547 536 792 F CFA ;

Considérant du reste, que les exigences techniques pour creuser et faire fonctionner un forage de 400m de profondeur doivent en principe être les mêmes pour la réalisation d'un forage de 360 m et que la variation des prix n'atteint pas les cinq pour cent (5%) ;

Considérant de plus, que la différence de 95 422 000 F CFA HT/HD (quatre-vingt-quinze millions quatre cent vingt-deux mille F CFA HT/HD) entre l'offre financière de l'attributaire provisoire et celle du requérant ne confirme pas une bonne application du principe de l'économie ;

Considérant, par ailleurs, que pour la spécificité à la référence en tant que responsable de travaux similaires du conducteur des travaux pourrait être relativisée puisque la commission des marchés lui reconnaît avoir participé à la réalisation de deux (2) références dans la réalisation de forage, l'une dans la ferme semencière de Sinthiou Malem et l'autre dans celle du CRZ de Dahra ;

Considérant que pour la sauvegarde du principe de l'économie, l'autorité contractante avait la possibilité de recourir aux dispositions de l'article 69 du Code des Marchés publics qui prévoit que la commission peut demander aux candidats de préciser la teneur de leurs offres ;

Considérant que l'autorité contractante n'a pas recouru à cette possibilité qui lui aurait éventuellement permis de disposer d'informations complémentaires sur les critères de qualifications pour une meilleure évaluation des offres ;

Qu'en agissant ainsi, l'autorité contractante a omis, de mettre à profit des dispositions pertinentes de la réglementation pour profiter d'une offre conforme et économiquement avantageuse dans un souci de rationaliser l'utilisation des fonds publics ;

Qu'en considération de ce qui précède, il y a lieu d'ordonner l'annulation de l'attribution provisoire et la reprise de l'évaluation ;

Que le recours ayant prospéré, il y a lieu de restituer la consignation ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Constate que la société DIAMATECH s.a prise en sa qualité de cessionnaire de l'entreprise DIAMA TECHNOLOGIE, peut bien se prévaloir de son expérience ;

- 2) Constate que la société DIAMATECH s.a a rempli partiellement les références de construction et spécifiques relativement au coût et à la profondeur des forages réalisés ;
- 3) Constate que la société DIAMATECH s.a n'a pas satisfait à la référence spécifique en tant que responsable de travaux similaires du conducteur des travaux ;
- 4) Dit que le rejet de l'offre par la commission des marchés pour ces motifs est justifié ;
- 5) Constate que le chef de chantier n°2 a rempli le critère relatif au nombre de références spécifiques en tant que chef de chantier ;
- 6) Dit que la décision de la commission des marchés de déclarer le chef de chantier n°2 non conforme n'est pas justifiée ;
- 7) Constate qu'en définitive, la société DIAMATECH s.a n'a pas satisfait au deuxième critère relatif aux travaux de réalisation de forage d'une profondeur de 400m et d'un diamètre de 16", et à la référence spécifique en tant que responsable de travaux similaires du conducteur des travaux ;
- 8) Dit que le rejet de l'offre de la société DIAMATECH s.a pour défaut de qualification est justifié ;
- 9) Constate, cependant, que la commission des marchés aurait pu apprécier du caractère substantiel ou non des manquements pour la profondeur et le coût des travaux du deuxième forage et de la référence spécifique du conducteur des travaux en tant que responsable de travaux similaires ;
- 10) Constate que les exigences techniques pour creuser et faire fonctionner un forage de 400m de profondeur doivent en principe être les mêmes pour la réalisation d'un forage de 360 m ;
- 11) Constate que la spécificité à la référence en tant que responsable de travaux similaires du conducteur des travaux peut être relativisée dès lors que la commission des marchés lui reconnaît avoir participé à la réalisation de deux (2) références dans la réalisation de forage l'une dans la ferme semencière de Sinthiou Malem et l'autre dans celle du CRZ de Dahra ;
- 12) Constate que la différence de 95 422 000 F CFA HT/HD (quatre-vingt-quinze millions quatre cent vingt-deux mille F CFA HT/HD) entre l'offre financière de l'attributaire provisoire et celle de la requérante ne confirme pas une bonne application du principe de l'économie ;

- 13) Constate que l'autorité contractante avait la possibilité de recourir aux dispositions de l'article 69 du Code des Marchés publics qui prévoit que la commission peut demander aux candidats de préciser la teneur de leurs offres ;
- 14) Ordonne, en conséquence, l'annulation de l'attribution provisoire, la reprise de l'évaluation et la restitution de la consignation ;
- 15) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier à la société DIAMATECH s.a, à la DGPRE du Ministère de l'Eau et de l'Assainissement ainsi que la Direction centrale des Marchés publics, la présente décision qui sera publiée dans le site officiel des marchés publics.

Le Président


Oumar SAKHO

Les membres du CRD



Ibrahima SAMBE



Alioune Badara FALL



Abdourahmane NDOYE

**Le Directeur Général
Rapporteur**


Saër NIANG

