

Copie certifiée
conforme à l'original
le 05 SEP. 2008

**DECISION N° 027/ARMP/CRD DU 03 SEPTEMBRE 2008
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES
SUR LE RECOURS DE L'ENTREPRISE JLS RELATIF AUX APPELS D'OFFRES
LANCES PAR L'ANOCI POUR LES TRAVAUX D'AMENAGEMENT DE LA CORNICHE
OUEST, DE LA VOIE DE DEGAGEMENT NORD (VDN) ET DE LA ROUTE DE OUKAM**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION DES
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°2007-545 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 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation de l'Autorité de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre en date du 02 avril 2008 de la société JLS de TALIX GROUP.

Après avoir entendu :

- le rapport de M. Oumar SARR, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties,

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, assisté de MM. Birahime SECK et Barane THIAM, membres du Comité de Règlement des Différends,

De Monsieur Youssouf SAKHO, Directeur Général de l'ARMP,

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 02 avril 2008, enregistrée le même jour au secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD), la société JLS de TALIX GROUP a introduit auprès du CRD un recours portant sur :

Copie certifiée
conforme à l'original
05 SEP. 2008
le.....

- l'appel d'offres pour l'élargissement de la Corniche Ouest : Stèle Mermoz – Carrefour des Madeleines ;
- l'appel d'offres pour l'élargissement de la VDN ;
- l'appel d'offres pour l'élargissement et l'aménagement de la route de Ouakam ;
- l'appel d'offres pour la construction de la route allant du Cabinet ATEPA aux Mamelles.

Par lettre en date 19 août 2008, JLS a saisi de nouveau le CRD pour se plaindre de la relance de l'appel d'offres relatif aux travaux de réhabilitation de la route de Ouakam et s'interroger, suite à sa saisine, sur le fait que le CRD n'ait pas suspendu la procédure de passation du marché litigieux.

A l'appui de son recours, JLS a produit un tableau synoptique des résultats de l'ouverture des plis.

Par lettre n°0020/ARMP/CRM/P du 02 avril 2008, le président du Comité de Règlement des Différends a informé le Directeur exécutif de l'ANOCI de la saisine du CRD par JLS des réclamations relatives aux appels d'offres sus visés et lui a demandé communication des éléments y afférents.

Suivant lettre n° 001047 ANOCI/Pdt/DE/CD/IR du 02 septembre 2008, l'ANOCI a communiqué au CRD les documents suivants :

- copies du procès verbal de dépouillement des offres en date du 20 décembre 2005, du rapport d'évaluation et du procès verbal d'attribution du marché relatives aux travaux d'aménagement et d'élargissement de la Corniche Ouest entre la stèle Mermoz et le Carrefour des Madeleines ;
- copie du procès verbal de dépouillement des offres en date du 16 février 2006 relatif aux travaux d'élargissement de la route du Cabinet ATEPA à la Mosquée de la Divinité-Mamelles ;
- copies du procès verbal de dépouillement des offres daté du 29 juin 2006, du rapport d'évaluation des offres relatives aux travaux d'extension et d'aménagement de la voie de dégagement Nord (VDN) ;
- du rapport d'évaluation des offres et du procès verbal de carence en date du 21 août 2007 et de déclaration de caducité de l'appel d'offres relatives aux travaux de construction de la route de Ouakam, du Canal V au Monument de la Renaissance ;
- copie du fax message du Fonds koweïtien en date du 11 mai 2008 par lequel ce dernier, après avoir pris note de l'insuffisance de l'enveloppe financière, propose la modification de l'appel d'offres en vue de le scinder en deux tranches, une tranche ferme et une tranche conditionnelle, et la relance de l'appel d'offres avec pré qualification.

Copie certifiée
conforme à l'original
le 05 SEP. 2008

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS :

Considérant qu'à la date de la saisine du CRD, les travaux relatifs à l'aménagement de la Corniche Ouest, du Bloc des Madeleines aux Mamelles, et de la VDN étaient soit exécutés soit en phase de finition ;

Considérant qu'aux termes de l'article 89 du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant code des marchés publics, la décision du CRD ne peut avoir pour effet que de corriger la violation alléguée ou d'empêcher que d'autres dommages soient causés aux intérêts concernés par le recours introduit par le soumissionnaire, ou de suspendre la décision litigieuse ou la procédure de passation ;

Considérant ces éléments et le fait que les marchés concernés sont en phase de finition, il convient de déclarer sur ces points le recours de JLS sans objet ;

Considérant, sur la réclamation concernant l'appel d'offres relatif aux travaux d'élargissement et d'aménagement de la route de Ouakam, que la saisine de JLS se fonde sur la décision non explicite de ne pas attribuer le marché ;

Considérant qu'à la date du 08 février 2008, la DCMP a fait publier le plan de passation des marchés de l'ANOCI pour l'année 2008, d'où il ressort que le marché litigieux fera l'objet d'un appel d'offres international courant avril 2008 ;

Considérant qu'il n'est pas contesté que le soumissionnaire, candidat à l'appel d'offres, n'a pas été informé de manière expresse de l'ajournement de l'attribution du marché ou de la décision de ne pas attribuer le marché ;

Que dans ces circonstances, il convient de déclarer recevable le recours de JLS ;

SUR LES FAITS :

Suite à l'avis de pré qualification n° 001/2005 du 19 mars 2005 lancé par l'ANOCI pour les travaux d'élargissement et d'aménagement de la route de Ouakam, par lettre n° 001/07/T du 20 mars 2007, JLS a été invitée à prendre part à la consultation pour la réalisation desdits travaux. A l'ouverture des plis, selon JLS, ont été enregistrés les résultats suivants :

1. Entreprise SOSETER : Offre financière TTC chiffrée à 23.685.365.179 pour un délai d'exécution de 12 mois ;
2. CDE : Offre financière TTC chiffrée à 21.914.135.546 pour un délai d'exécution de 08 mois ;
3. Groupement ZAKHEM Construction & SINCO SPA : Offre financière TTC chiffrée à 22.765.447.079 pour un délai d'exécution de 08 mois ;

Copie certifiée
conforme à l'original
le 05 SEP. 2008

4. JLS SA de TALIX GROUP : Offre financière TTC chiffrée à 17.849.125.749 pour un délai d'exécution de 08 mois ;
5. FOUGEROLLE : Offre financière TTC chiffrée à 25.766.498.580 pour un délai d'exécution de 08 mois.

Depuis cette date, aucun avis d'attribution n'a été publié. Le marché n'a fait l'objet ni de relance ni d'attribution.

En conséquence, JLS demande, en sa qualité de soumissionnaire moins disant, à être déclarée attributaire du marché.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES PAR JLS A L'APPUI DE SON RECOURS :

A l'appui de son recours, JLS qui invoque les principes de libre accès à la commande publique et de libre concurrence soutient être victime d'exclusion discriminatoire alors qu'en plus d'avoir soumis l'offre la moins disante, elle a consenti d'énormes investissements en matériels s'ajoutant au potentiel déjà accumulé par son entreprise en terme d'expérience, de références et de ressources humaines.

Par ailleurs, elle soutient que les motifs avancés pour ne pas attribuer le marché, à savoir : délais d'exécution trop courts par rapport à la date du sommet de l'OCI, report du financement sur d'autres travaux, ne sont pas pertinents.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR L'ANOCI A LA DECISION DE NE PAS ATTRIBUER LE MARCHE :

A l'appui de sa décision de ne pas donner suite à l'appel d'offres, dans sa lettre du 02 septembre 2008, l'ANOCI expose que toutes les offres financières reçues étaient supérieures au budget disponible et que les tentatives pour amener le bailleur de fonds à augmenter le budget n'ont pas abouti ; que par ailleurs, lors de l'analyse des offres, aucune des entreprises soumissionnaires ne présentait les références en travaux similaires, moyens matériels, humains et une organisation adéquate pour exécuter les travaux dans le délai de huit (8) mois requis par le DAO avant l'ouverture du sommet de l'OCI.

SUR L'OBJET DU LITIGE :

Il résulte de ce qui précède que le différend porte sur la question de savoir :

- si la décision de ne pas donner suite à l'appel d'offres litigieux est motivée par la volonté de porter atteinte aux droits de JLS d'accéder au marché et au principe de libre concurrence entre les opérateurs ;
- si la suspension de la procédure sollicitée par JLS peut être ordonnée ; et,
- enfin, si l'ANOCI peut relancer l'appel d'offres.

SUR LA DECISION DE NE PAS DONNER SUITE A L'APPEL D'OFFRES :

Sur le droit applicable :

Considérant que l'appel d'offres litigieux a été lancé sous le régime du décret n°2002-550 du 30 mai 2002 portant Code des marchés publics ;

Considérant qu'aux termes de l'article 151 du décret n° 2007- 545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics : « *les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence publié antérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent décret demeurent régis, pour leur passation, par les dispositions du décret n°2002-550 du 30 mai 2002* » ;

Qu'en application de cette disposition et de celle de l'article 147 du décret n°2007-545 sus visé, le présent litige qui porte sur la décision de ne pas donner suite à l'appel d'offres relève des dispositions du décret n°2002-550 précité ;

Sur les allégations de discrimination :

Considérant que la loi, notamment le Code des obligations de l'Administration en son article 24 prescrit le respect des principes de libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ;

Considérant qu'en cas de violation de ces principes et du non respect des formalités de publicité prescrites, la procédure de passation du marché concerné peut être annulée à la requête de toute personne intéressée au déroulement normal de la procédure ;

Considérant que l'interdiction de pratiques discriminatoires exige de l'autorité contractante, non seulement une définition préalable de ses besoins, mais également l'obligation d'assurer à tous les opérateurs intéressés la possibilité de proposer leurs services pour répondre aux besoins ainsi définis, exprimés par une publicité adéquate, et de garantir un égal accès des candidats dans le cadre d'une libre concurrence ;

Copie certifiée
conforme à l'original
le 05 SEP. 2008

Que pour garantir cette mise en concurrence, la transparence voudra que l'autorité contractante définisse à l'avance les conditions de sélection de l'attributaire du marché ;

Considérant que JLS a pris part aux phases successives de l'appel d'offres suite aux moyens de publicité (avis de pré qualification du 19 mars 2005) et de participation (la lettre d'invitation du 20 mars 2007) mis en place ; que les propositions de JLS pour satisfaire les besoins exprimés par l'autorité contractante ont été reçues et analysées ; qu'elles constituaient, selon le tableau retraçant les offres des différents candidats, du point de vue des offres financières, l'offre la moins disante ;

Considérant par ailleurs, qu'il ne résulte pas des éléments du dossier, ni dans l'expression de ses besoins, ni dans la définition des conditions de sélection de l'attributaire du marché, que l'autorité contractante ait orienté les informations ou conditions de mise en concurrence et de sélection pour exclure ou favoriser un des candidats ;

Qu'il s'en suit que JLS a eu un libre et égal accès au marché mis en concurrence ;

Sur la décision de ne pas attribuer le marché :

Considérant sur la décision de ne pas attribuer, que de la combinaison des articles 50 alinéa 6 et 88 alinéa 1^{er} du décret n° 2002-550 du 30 mai 2002 portant Code des marchés publics, l'autorité contractante peut :

1. déclarer un avis infructueux lorsqu'il n'y a qu'un seul soumissionnaire ou lorsque le marché n'a pas obtenu de propositions qui lui paraissent acceptables ; que dans ce cas l'autorité responsable du marché en informe tous les candidats et il est alors effectué soit une relance de l'appel d'offres en procédure d'urgence soit une consultation de candidats avec mise en concurrence en application des dispositions de l'article 77 du décret n° 2002-550 sus visé;
2. ne pas donner suite à un appel d'offres si elle n'a pas obtenu des propositions qui lui paraissent acceptables ; que dans ce cas, l'autorité contractante en informe par avis motivé la Commission des contrats de l'Administration ;

Considérant que l'avis déclaré infructueux, replace et ouvre la procédure en la réorientant vers un appel d'offres en procédure d'urgence ou une consultation de candidats avec mise en concurrence en application des dispositions de l'article 77 du décret n° 2002-550 précité tandis que la décision de ne pas donner suite à l'appel d'offres met fin à la procédure sans produire d'autre effet; qu'il s'en suit que dans ce cas, la procédure ne peut faire l'objet de relance que par un nouvel appel d'offres ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que si l'avis d'infructuosité vise des situations comme la carence d'offres, des offres inacceptables ou irrégulières que la décision de ne

Copie certifiée
conforme à l'original
le 05 SEP. 2008

donner suite doit s'appuyer que sur l'indisponibilité ou l'insuffisance des fonds, la modification ou la disparition du besoin ou sur des motifs d'intérêt général ;

Considérant que dans sa lettre du 02 septembre 2008, l'ANOCI expose que toutes les offres financières reçues étaient supérieures à l'enveloppe financière disponible et que les tentatives pour amener le bailleur de fonds à augmenter le budget n'ont pas abouti ; que ce dernier propose, du reste, de modifier le marché en deux tranches, une ferme et une conditionnelle ;

Considérant que si des dommages découlent de la décision de l'autorité contractante de ne pas donner suite à l'appel d'offres, leurs auteurs peuvent en être tenus à réparation ;

Qu'en effet, aux termes de l'article 179 du décret n°2002-550 précité, « *sans préjudice des sanctions pénales et disciplinaires prévues par les lois et règlements en vigueur, les fonctionnaires ou agents de l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics, des sociétés nationales et des sociétés anonymes à participation publique majoritaire, auteurs de fautes commises dans le cadre de la procédure des marchés publics peuvent être tenus, le cas échéant, à la réparation des dommages résultant de leurs fautes* » ;

Considérant que l'appréciation des fautes et dommages sus visés est de la compétence des tribunaux ; que le CRD serait donc mal fondé à les connaître ;

Sur la suspension de la procédure :

Considérant selon les dispositions de l'article 89 du décret n°2007-545 du 25 avril 2007, que dès réception du recours, le CRD examine si celui-ci est recevable et, dans l'affirmative, ordonne à l'autorité contractante de suspendre la procédure de passation du marché ;

Considérant que le CRD a été saisi pour statuer sur la décision de l'autorité contractante de ne pas attribuer le marché ;

Considérant qu'il résulte des déclarations de JLS que l'ANOCI a décidé de ne pas attribuer le marché aux motifs, semble-t-il, de délais d'exécution courts et surtout de manque ou d'insuffisance de financement ;

Considérant qu'il est constant que l'ANOCI a révélé son intention de lancer au cours de l'année 2008 un appel d'offres pour la satisfaction du même besoin que celui exprimé dans l'appel d'offres objet du présent litige ;

Qu'en effet, suivant insertion parue dans le quotidien « Le Soleil » du 28 juillet 2008, l'ANOCI a lancé un appel d'offres international de pré qualification pour les travaux d'élargissement et d'aménagement de la route de Ouakam ;

Qu'il en résulte la confirmation qu'elle a effectivement décidé de ne pas attribuer le marché objet de l'appel d'offres antérieur ; que l'abandon de la procédure par l'autorité contractante

Copie certifiée
conforme à l'original
le 05 SEP. 2008

est dès lors clair et ferme et ne peut se rattacher qu'aux seules dispositions de l'article 88 du décret n° 2002-550 précité qui dispose : « *l'autorité contractante se réserve le droit de ne pas donner suite à un appel d'offres si elle n'a pas obtenu des propositions qui lui paraissent acceptables. Dans ce cas, elle doit en informer par avis motivé selon le cas la Commission des Contrats de l'Administration compétente ou si des nécessités de service l'exigent* » ;

Que dans sa lettre en date du 02 septembre 2008, l'ANOCI expose, d'une part, l'insuffisance des fonds disponibles par rapport aux offres financières faites par chacun des soumissionnaires, d'autre part, le souhait du bailleur de faire procéder à une relance du marché après répartition des travaux en deux tranches dont l'une ferme ;

Que dans ces conditions, la suspension de la procédure est sans objet ;

Que par ailleurs, la relance du marché ne peut intervenir que dans les conditions qui garantissent une nouvelle mise en concurrence dans le respect des principes prescrits par l'article 24 du Code des obligations de l'Administration, à savoir : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures ;

SUR LA RELANCE DU MARCHÉ :

Considérant, comme il résulte de l'insertion parue dans le quotidien « Le Soleil », que la relance de l'appel d'offres est intervenue après l'entrée en vigueur du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics;

Considérant qu'il est constant comme résultant du plan de passation des marchés de l'ANOCI pour l'année 2008, que celle-ci a prévu de lancer le 31 août 2008 le marché de travaux relatif à l'élargissement et à l'aménagement de la route de Ouakam ; qu'ainsi, l'autorité contractante a manifesté sa volonté d'abandonner cette procédure ; que donc, le présent appel d'offres ne peut pas être considéré comme la continuation de l'appel d'offres antérieur, lancé le 30 mars 2007 ;

Qu'en conséquence, par application des dispositions des articles 2 et 151, l'appel public à concurrence publié le 28 juillet 2008 doit s'apprécier sur le fondement des dispositions du décret n°2007-545 sus visé;

Qu'à cet égard, tout appel d'offres doit, pour être admis, aux termes de l'article 56, figurer dans l'avis général recensant les marchés publics dont les montants estimés excèdent les seuils visés à l'article 58 du présent décret et que l'autorité contractante prévoit de passer

Copie certifiée
conforme à l'original
le 05 SEP. 2008

par appel à la concurrence durant l'exercice budgétaire sur la base du plan de passation des marchés établi conformément à l'article 6 du présent décret ;

Considérant par ailleurs, lorsque la valeur estimée du marché est égale ou supérieure aux seuils fixés par arrêté du Premier Ministre, comme c'est le cas en l'espèce, avant le lancement de la procédure, l'autorité contractante doit prendre l'avis de la DCMP ;

Considérant que l'appel d'offres paru dans le quotidien « *Le Soleil* » du 28 juillet 2008 fait suite à la publication par la DCMP le 08 février 2008 du plan de passation des marchés de l'ANOCI pour l'année 2008 comprenant le marché mis en concurrence ; que l'autorité contractante avait alors émis l'intention d'en faire un appel d'offres international ; qu'à cet égard, l'avis d'appel d'offres a fait l'objet de publication dans le numéro 2482 de l'hebdomadaire « *Jeune Afrique* », édition du 03 au 09 août 2008, voir également la rubrique « appel d'offre » sur le site « Jeunefrique.com » ;

Considérant par ailleurs que le marché a été soumis à la DCMP avant son lancement suivant bordereau n° 001/PR/ANOCI/DE/DA du 29 mai 2008, puis par lettre n° 00983/PR/ANOCI/DE/IR du 18 juillet 2008 et a fait l'objet de l'avis n°001733/MEF/DCMP du 13 juin 2008 et de l'avis n°002268/MEF/DCMP du 25 juillet 2008 ;

Qu'en conséquence, pour la relance du marché, l'autorité contractante s'est conformée aux prescriptions des articles 6, 56 et 138 du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics en ce qui concerne le plan de passation, l'avis de passation de marché et la publicité requise à cet effet, ainsi que l'avis préalable de la DCMP ;

Copie certifiée
conforme à l'original
05 SEP. 2008
le.....

Qu'en considération de ces éléments, il convient de déclarer régulière la procédure d'appel d'offres en cours ;

DECIDE :

1. Déclare JLS recevable en son recours ;
2. Constate qu'à la date de saisine du CRD, les travaux relatifs à l'aménagement des deux tronçons de la Corniche Ouest (du Bloc des Madeleines à la Stèle Mermoz et du Cabinet ATEPA aux Mamelles), et de la Voie de Dégagement Nord (VDN) étaient soit entièrement exécutés soit en phase de finition ; dit qu'en ce qui les concerne, le recours de JLS est sans objet ;
3. Dit que la décision de ne pas attribuer le marché de travaux relatif à l'aménagement de la route de Ouakam, suite à l'appel d'offres lancé le 30 avril 2007, relève de l'appréciation de l'autorité contractante sous les motifs tenant soit à l'indisponibilité des fonds, la modification ou la disparition du besoin, soit à l'intérêt général ;
4. Constate que la décision de ne pas attribuer est motivée par le fait que toutes les offres financières reçues étaient supérieures à l'enveloppe financière disponible et que les tentatives pour amener le bailleur de fonds à augmenter le budget n'ont pas abouti ; que ce dernier a, du reste, proposé de modifier le dossier d'appel d'offres et de procéder à sa relance ;
5. Dit que la présente procédure d'appel d'offres n'est pas la continuation de l'appel d'offres auquel l'autorité contractante a décidé de ne pas donner suite ;
6. Dit que la procédure a obéi aux prescriptions des articles 6, 56 et 138 du décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics, qu'il n'y a pas lieu à ordonner sa suspension ;
7. Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier à l'entreprise JLS, à l'ANOCI et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP