

**DECISION N°238/11//ARMP/CRD DU 08 DECEMBRE 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE DE L'OFFICE NATIONALE DE
L'ASSAINISSEMENT DU SENEGAL, SOLLICITANT L'AUTORISATION DE
REDUIRE LES QUANTITES SUITE A L'ANNULATION OPEREE SUR LES
CREDITS DE SON DEPARTEMENT NOTAMMENT LES CREDITS DESTINES AUX
TRAVAUX DE REHABILITATION DU COLLECTEUR HANN-FANN TRANCHE 2.**

**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 ses articles 30 et 31 ;

Vu le décret n°2011-1048 du 27 juillet 2011 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, modifié ;

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

Vu la lettre n°01358/DG/CPM/nfd du 17 novembre 2011 du Directeur Général de l'Office national de l'Assainissement du Sénégal (ONAS) ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Ely Manel FALL, Chef de la division de la Réglementation, Direction de la Réglementation et des Affaires juridiques présentant les faits et conclusions des parties ;

Après consultation de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, de MM Mamadou DEME, Abd'El Kader N'DIAYE et Ndiacé DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De MM Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP assurant le secrétariat du CRD, Mme Tackia FALL CARVALHO, Monsieur Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, Ababacar DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité du recours :

Par lettre du 17 novembre 2011, enregistrée le 18 novembre 2011, sous le numéro 1200/11, au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, l'Office nationale de l'Assainissement du Sénégal (ONAS) a saisi le CRD pour être autorisé à réduire les quantités de la commande objet de l'appel d'offres relatif aux travaux de réhabilitation du collecteur Hann Fann- tranche 2 et permettre en conséquence la poursuite de la procédure.

SUR LA RECEVABILITE DE LA SAISINE

Considérant qu'aux termes de l'article 2 du décret n°2007-547 du 25 avril 2007 portant création de la DCMP, celle-ci est compétente pour accorder les autorisations et dérogations nécessaires lorsqu'elles sont prévues par la réglementation en vigueur ;

Considérant que l'article 140 du Code des marchés publics dispose : « *la DCMP assure le contrôle a priori des procédures de passation des marchés. A ce titre, la DCMP :*

- a) *émet un avis sur les dossiers d'appel à la concurrence avant le lancement de la procédure de passation concernant :*
 - *les marchés fractionnés quel que soit leur montant ;*
 - *les marchés que l'autorité contractante souhaite passer par appel d'offres restreint ou par entente directe ;*
 - *les marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils fixés par arrêté du Ministre de l'Economie et des Finances,*
 - *les conventions de délégation de service public et les contrats de partenariat ;*
 - *les avenants aux marchés ci-dessus ou qui ont pour effet de porter le montant du marché au montant du seuil d'examen du dossier ;*

- b) *émet un avis sur le rapport d'analyse comparative des offres ou propositions et sur le procès verbal d'attribution provisoire du marché établis par la commission des marchés, relatifs aux marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils fixés par arrêté du Ministre de l'Economie et des Finances ;*

- c) *effectue un examen juridique et technique avant leur approbation des projets de marchés pour lesquels elle a indiqué souhaiter faire un tel contrôle lors de l'examen du dossier d'appel à la concurrence ou qui répondent aux conditions de nature et de montants fixés par arrêté du Ministre de l'Economie et des Finances .*

La DCMP peut également donner un avis sur les dossiers que lui soumettent spontanément les autorités contractantes » ;

Considérant qu'il ressort de l'attestation d'existence de crédits fournie par l'autorité contractante que le montant estimé du marché concerné est de 1 198 231 464 (un milliard cent quatre-vingt-dix-huit millions deux cent trente et un mille quatre cent soixante-quatre) francs CFA ;

Considérant que les modifications envisagées, qui portent sur des quantités, ne nécessitent pas qu'elles soient passées par avenant car le marché n'est pas encore conclu ou n'est pas en cours d'exécution ;

Considérant qu'il en résulte que le marché, objet de la demande soumise au CRD, n'entre pas dans les prévisions de l'article 140 précité et que la demande vise à faire examiner les effets des prélèvements effectués d'autorité sur les crédits de l'autorité contractante, il convient que le CRD se déclare compétent ;

ELEMENTS FOURNIS A L'APPUI DE LA DEMANDE

L'Office nationale de l'Assainissement du Sénégal (ONAS), au titre de l'année budgétaire 2011, avait initié une procédure d'appel d'offres relative aux travaux de réhabilitation du collecteur Hann Fann- tranche 2. Les résultats de l'évaluation de l'appel d'offres indiquent comme attributaire provisoire du marché la société « EGX » pour un montant de 1 560 344 377 (un milliard cinq cent soixante millions trois cent quarante-quatre mille trois cent soixante-dix-sept) francs CFA TTC.

Toutefois, à la suite d'un nouvel arbitrage de la partie investissement de la loi de finance 2011 qui a abouti à des annulations de crédits, décision portée par l'arrêté n°1677/MEF du 21 février 2011 dont copie est versée au dossier, la ligne budgétaire sur laquelle doivent être imputées les prestations, objet du projet de marché, est amputée de 300 000 000 (trois cent millions) francs CFA ramenant ainsi son total initial de 1 599 181 906 (un milliard cinq cent quatre-vingt-dix-neuf millions cent quatre-vingt et un mille neuf cent six) francs CFA à 1 299 181 906 (un milliard deux cent quatre-vingt-dix-neuf millions cent quatre-vingt et un mille neuf cent six) francs CFA de disponible.

Devant cette situation exceptionnelle et imprévue, l'autorité contractante a d'abord utilisé le mécanisme de diminution de la masse des travaux, prévue au niveau de la clause 17 du cahier des clauses administratives générales, en faisant varier ces dernières de -23,02% ; ce qui a pu permettre de rester dans la limite du budget disponible.

Par lettre en date du 25 octobre 2011, la DCMP, saisie pour avis juridique et technique sur le projet de marché, a fait savoir que la variation de la masse des travaux n'est pas admise au stade de la passation.

Aussi, l'Office nationale de l'Assainissement du Sénégal, maître d'ouvrage, se trouve-t-il dans l'impossibilité de faire approuver le marché parce que l'article 84 du décret n°2011-1048 du 27 juillet 2011 portant Code des marchés publics subordonne l'approbation d'un marché à la production d'une attestation d'existence de crédits suffisants.

OBJET DE LA DEMANDE

L'objet porte :

- d'une part, sur le moment de l'application de l'augmentation et de la diminution de la masse des travaux ; et,
- d'autre part, sur la demande, à titre exceptionnel, de poursuivre la passation du marché après diminution de la masse des travaux initialement prévus, à la suite d'une annulation de crédits opérée par les services compétents de l'Etat, afin d'assurer la couverture financière d'un projet de marché dont la procédure de conclusion est jugée régulière.

EXAMEN DE LA DEMANDE

1) Sur le moment de l'application de l'augmentation ou de la diminution de la masse des travaux :

Considérant qu'aux termes de l'article 43 de la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'Administration, modifiée, l'approbation par l'autorité compétente vaut conclusion du marché ;

Qu'ainsi, l'autorité contractante, en appliquant la clause 17 du cahier des clauses administratives générales du projet de marché pour diminuer la masse des travaux de 23,02%, était entrain d'appliquer une clause non valide qui ne peut produire d'effet entre l'attribution provisoire du marché et son approbation ;

Considérant que les instructions aux soumissionnaires, précisées par les dispositions particulières de l'appel d'offres, constituent le règlement encadrant le déroulement d'un appel public à la concurrence ;

Que, contrairement au dossier-type fournitures, les instructions aux soumissionnaires de celui des travaux ne prévoient aucune disposition organisant la variation de la masse des travaux ;

Qu'il ressort de ce qui précède que les clauses 16 et 17 des CCAG ne peuvent être appliquées qu'après approbation du projet de contrat par l'autorité compétente et que la variation de la masse des travaux n'est pas prévue au stade de la passation de marché.

2) Sur la poursuite de la procédure :

Considérant qu'aux termes de l'article 24 de la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'Administration (COA), modifiée, la conclusion des contrats d'achat passés à titre onéreux par les acheteurs publics supposent l'existence de crédits suffisants selon le principe stipulé à l'article 17 de ladite loi ;

Que selon l'article 17 susvisé, la conclusion d'un contrat susceptible d'engager les finances de la personne administrative contractante est soumise à l'existence de crédits budgétaires couvrant la totalité de la dépense à engager et au respect des règles d'engagement des dépenses publiques ;

Qu'en application de ces dispositions, l'article 9 du décret n°2011-1048 du 27 juillet 2011 portant Code des marchés publics, dispose : « *au cours de la phase de préparation des marchés, l'autorité contractante doit :*

- a) *évaluer le montant estimé des fournitures, des services ou travaux, objet du marché et s'assurer de l'existence de crédits budgétaires suffisants ainsi du respect des règles d'engagement des dépenses de l'autorité contractante concernée ;*
- b) *obtenir, le cas échéant, les autorisations préalables auxquelles la conclusion du marché est soumise, sous peine de nullité conformément au Code des obligations de l'Administration ».*

Considérant qu'au regard de ces dispositions le marché ne peut être conclu qu'à la condition que des crédits correspondants existent et soient susceptibles de couvrir la totalité de la dépense engagée ;

Considérant que, dans le cas d'espèce, après avoir lancé la procédure de passation du marché relatif aux travaux de réhabilitation du collecteur Hann Fann- tranche 2, l'autorité contractante a été informée par le Ministère de l'Economie et des Finances des prélèvements effectués sur ses crédits, les rendant insuffisants pour l'exécution des quantités initialement prévues ;

Que pour ne pas perdre le marché, l'autorité contractante a décidé de procéder à la révision et à la suppression de certains postes se traduisant par une réduction de 23,02% du montant retenu à l'attribution provisoire du marché pour rester dans les limites du crédit restant et être conforme aux prescriptions de la loi qui interdit l'engagement de dépenses d'achat de fournitures, services et travaux lorsque des crédits susceptibles de couvrir la totalité des dépenses liées au marché envisagé n'existent pas ;

Considérant que la procédure de passation, qui a débouché sur le projet de marché en question, se révèle conforme, au regard des pièces constitutives du dossier de demande d'avis de l'autorité contractante, aux exigences réglementaires de forme et de fond. Les pièces transmises sont :

- ✓ le projet de marché ;
- ✓ l'attestation d'existence de crédits ;
- ✓ la copie de l'arrêté n°1677 /MEF du 21 février 2011 portant annulation de crédits au budget d'investissement de la gestion 2011 ;
- ✓ le procès-verbal d'ouverture des plis ;
- ✓ le procès-verbal d'attribution provisoire ;
- ✓ l'avis de la DCMP sur le rapport comparatif des offres et le procès-verbal d'attribution provisoire ;
- ✓ la copie du support de publicité de l'avis d'appel public à la concurrence ;
- ✓ la copie du support de publicité de l'avis d'attribution provisoire ;

Considérant qu'en outre, les nouvelles quantités, pour assurer une couverture financière complète du projet de marché en vue de son approbation, sont le résultat d'une application d'une variation -23,02% sur les quantités initialement prévues ; que, par ailleurs, les candidats ont été informés, par le dossier d'appel public à la concurrence, qu'au moment de l'exécution du contrat la masse des travaux peut varier de $\pm 25\%$ et qu'ainsi ils doivent en tenir compte dans le cadre de l'établissement de leurs prix ;

Que de ce fait, la diminution de la masse des travaux de 23,02%, opérée entre l'attribution provisoire et l'approbation du projet de marché, ne remet pas en cause les conditions de définition des prix ; qu'en plus, l'intégrité des principes de la passation des marchés publics restent sauvegardée ;

Considérant que la modulation budgétaire procédant d'un nouvel arbitrage de la partie investissement de la loi de finance 2011, décidée par les autorités compétentes, témoigne du caractère imprévisible de la décision et de son non imputabilité à l'autorité contractante ;

Considérant qu'enfin, le rapport d'étude sur les empiétements du collecteur primaire d'eaux usées dénommé « HANN-FANN », joint à la requête par l'ONAS, établit qu'« au-delà des émanation de gaz régulièrement inhalé à petites doses par les populations dont les maisons, salons et chambres sont construits sur le collecteur, les affaissements notés depuis quelques mois au niveau de la zone A, de la Route de Front de Terre, de Niarry Tally et de l'Université Cheikh Anta DIOP font craindre des inondations de plusieurs quartiers mais surtout des pertes de vie humaine lors d'une rupture de cet ouvrage sous ces édifices ; qu'il est, dès lors, urgent de procéder à la réhabilitation et à la rénovation du collecteur « HANN-FANN » pour la santé et la sécurité publiques des populations » ;

Mais, considérant que le marché concerné par la diminution envisagée a été attribué après évaluation, l'autorité contractante doit s'assurer que l'attributaire provisoire du marché est dans les dispositions de modifier son offre dans les mêmes proportions que celles envisagées ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la saisine de l'ONAS ;
- 2) Constate qu'après lancement de la procédure de passation du marché concerné, des prélèvements non imputables à l'autorité contractante ont été opérés sur les crédits initiaux les rendant ainsi insuffisants par rapport à la masse des travaux initialement prévus ;
- 3) Constate que l'autorité contractante a décidé de réduire les quantités du marché pour rester dans les limites des crédits restants ;
- 4) Dit que les clauses 16 et 17 des CCAG ne peuvent être appliquées qu'après approbation du projet de contrat par l'autorité compétente et que la variation de la masse des travaux n'est pas prévue au stade de la passation de marché ;
- 5) Constate qu'il est urgent de procéder à la réhabilitation et à la rénovation du collecteur « HANN-FANN » pour la santé et la sécurité publiques des populations ;
- 6) Constate que la procédure de passation s'est déroulée dans le respect des principes fondamentaux applicables à la commande publique ; en conséquence,
- 7) Autorise l'autorité contractante à réduire les quantités dans les proportions envisagées ;
- 8) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à l'ONAS et à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA