



**DECISION N° 079/19/ARMP/CRD/DEF DU 08 MAI 2019
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE DELGAS ASSAINISSEMENT
CONTESTANT L'ATTRIBUTION PROVISOIRE DU MARCHE LANCE PAR L'OFFICE
NATIONAL DE L'ASSAINISSEMENT DU SENEGAL (ONAS) POUR LES TRAVAUX
D'ENTRETIEN ET D'EXPLOITATION DES RESEAUX D'EAUX USEES ET D'EAUX
PLUVIALES A DAKAR ET DANS LES REGIONS.**

**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 société DELGAS Assainissement du 10 avril 2019 ;

VU la quittance de consignation n°100012019000000272 du 10 avril 2019 ;

Monsieur Ousseynou CISSE, entendu en son rapport ;

En présence de monsieur Oumar SAKHO, Président ; de messieurs Alioune Badara FALL, Abdourahmane NDOYE et Ibrahima SAMBE, 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 11 avril 2019, la société DELGAS assainissement a saisi le Comité de Règlement des Différends (CRD) pour contester l'attribution provisoire du marché relatif aux travaux d'entretien et d'exploitation des réseaux d'eaux usées et d'eaux pluviales à Dakar et dans les Régions, lancé par l'Office national de l'Assainissement du Sénégal (ONAS).

LES FAITS

L'ONAS a fait publier dans la parution du journal « Le Soleil » du 20 août 2018, un appel d'offres national ouvert en cinq lots, pour les travaux d'entretien et d'exploitation des réseaux d'eaux usées et d'eaux pluviales à Dakar et dans les Régions.

- Lot 1 : Gestion bassin du plateau de Soubédioune – Malick SY ;
- Lot 2 : Gestion bassin Hann Fann ;
- Lot 3 : Gestion banlieue (DK2 – DK3) ;
- Lot 4 : Gestion des réseaux et station de Mbour-Saly ;
- Lot 5 : Gestion des réseaux du service de Rufisque.

Cinq offres ont été reçues à la date limite de dépôt des offres ; les montants ci-après ont été mentionnés sur le procès-verbal d'ouverture des plis :

Nom des soumissionnaires	Montant des offres en FCFA TTC
DELGAS Assainissement	Lot 1 : 492 431 700 Rabais conditionnel de 15% Lot 2 : 599 381 000 Rabais conditionnel de 15% Lot 3 : 541 915 000 Rabais conditionnel de 15% Lot 4 : 424 800 000 Rabais conditionnel de 15% Lot 5 : 397 424 000 Rabais conditionnel de 15%
DELTA SA	Lot 1 : 486 199 530 Rabais conditionnel de 2% Lot 3 : 572 239 230 Rabais conditionnel de 2% Lot 5 : 281 018 180 Rabais conditionnel de 2%
VICAS	Lot 1 : 462 088 000 Lot 3 : 593 479 230 Lot 5 : 309 255 580
Groupement DELTA / VICAS	Lot 2 : 568 052 000 Lot 4 : 247 800 000
SOSENAV	Lot 1 : 447 044 180 Lot 4 : 259 836 000 Lot 5 : 437 100 910

Au terme de l'évaluation des offres, la Commission des marchés a proposé d'attribuer provisoirement les lots ainsi qu'il suit :

- Lot 1 : VICAS pour un montant de quatre cent soixante-deux millions quatre-vingt-huit mille (462 088 000) F CFA TTC ;
- Lot 2 : Groupement DELTA/VICAS pour un montant de cinq cent soixante-huit millions cinquante-deux mille (568 052 000) F CFA TTC ;
- Lot 3 : DELTA pour un montant de cinq cent soixante millions sept cent quatre-vingt-quatorze mille quatre cent quarante-cinq (560 794 445) F CFA TTC ;
- Lot 4 : Groupement DELTA/VICAS pour un montant de deux cent quarante-sept millions huit cent mille (247 800 000) F CFA TTC ;
- Lot 5 : DELTA pour un montant de deux cent soixante-quinze millions trois cent quatre-vingt-dix-sept mille huit cent seize (275 397 816) F CFA TTC.

Dès qu'il a reçu les résultats de l'évaluation, DELGAS Assainissement a introduit un recours gracieux, suivi d'un recours devant le CRD le 27 décembre 2018.

Par décision n° 003/ARMP/CRD du 03 janvier 2019, le CRD a jugé le recours de DELGAS assainissement recevable, ordonné la suspension de la procédure de passation du marché et, après examen du dossier au fond, annulé l'attribution provisoire par décision n°016/ARMP/CRD/DEF du 30 janvier 2019.

Consécutivement à la décision du CRD, l'autorité contractante a fait reprendre l'évaluation et, par la suite, publié un nouvel avis d'attribution provisoire dans la parution du journal « Le Soleil » des 06 et 07 avril 2019. Les résultats ci-dessous ressortent de l'avis publié par voie de presse :

- VICAS : Lot 1 462 088 000 F CFA TTC ;
- DELTA : Lot 3 560 794 445 F CFA TTC ;
- Groupement DELTA/VICAS Lot 4 247 800 000 F CFA TTC ;
- DELTA Lot 5 : 275 397 816 F CFA TTC.

Pour contester l'attribution, DELGAS Assainissement a saisi l'ONAS d'un recours gracieux, puis le CRD d'un recours contentieux.

Ayant jugé le recours de DELGAS Assainissement recevable, le CRD a ordonné la suspension de la procédure par décision n°029/19/ARMP/SUS du 18 avril 2019 et demandé la transmission des pièces afférentes au dossier.

Par courrier du 24 avril 2019, l'ONAS a transmis les éléments demandés.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

DELGAS Assainissement invoque la décision n°16/19/ARMP du 30 janvier 2019 par laquelle le CRD avait demandé l'annulation de l'attribution et la reprise de l'évaluation sans, cependant, statuer sur l'expérience spécifique en délégation de service sur les lots 4 et 5.

Le requérant rappelle que le CRD avait rejeté les allégations de favoritisme, d'entente entre candidats et de non transparence ainsi que les griefs relatifs à la constitution du groupement VICAS-DELTA.

Il estime que la nouvelle attribution qui exclut le lot 2 du marché global, constitue une atteinte grave à la notion de marché au sens de la décision du CRD. Selon le requérant, le fait d'exclure le lot 2 qui est le plus important au regard du montant, fausse les résultats de la réévaluation ordonnée par le CRD, laquelle aurait abouti à l'attribution de cinq lots à DELGAS. Il informe que cette situation grave justifie la saisine éventuelle de la Commission de Concurrence de l'UEMOA.

DELGAS estime également que l'ONAS n'a pas appliqué le rabais proposé. Il considère, en outre, que le Directeur général de l'ONAS a refusé d'appliquer la décision du CRD et commet, par conséquent, une faute de gestion.

Le requérant relève que la décision du CRD avait permis de déceler des incohérences sur des cartes grises et avait recommandé la présentation desdites pièces en version originale afin de garantir la transparence du processus.

DELGAS déclare que l'inexpérience des attributaires justifie le fait que l'ONAS considère la référence relative aux travaux de location de camions de vidange, qui n'est pas un marché similaire.

Par ailleurs, le requérant subodore une entente anticoncurrentielle entre les entreprises proposées attributaires. Ainsi, il invite le CRD à examiner et exiger la production des actes constitutifs de la création des différentes sociétés pour se rendre compte à l'évidence que les sociétés VICAS, DELTA et les groupements attributaires des lots 4, 1, 3 et 5 ont les mêmes actionnaires et les mêmes dirigeants.

Enfin, le requérant informe que « le refus d'appliquer la décision d'une autorité de régulation fera l'objet de tous les recours prévus par la réglementation nationale et sous régionale et sera également dénoncé devant la Cour des Comptes ».

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

Dans sa réponse au recours gracieux, l'ONAS a justifié le rejet de l'offre de DELGAS par le fait que ce dernier n'a pas rempli les critères de qualification relatifs à l'âge des engins hydro cureurs.

Selon l'ONAS, les lots ont été attribués aux candidats ayant présenté les offres conformes évaluées moins disantes et ayant rempli les critères de qualification.

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et moyens ci-dessus exposés que le litige porte sur le bien-fondé du rejet de l'offre de DELGAS pour défaut de qualification, l'application de la décision du CRD par l'ONAS et l'attribution du marché aux candidats VICAS, DELTA et groupement VICAS sur qui pèsent des soupçons d'entente.

AU FOND

1. Sur l'application de la décision rendue par le CRD

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 92 du Code des Marchés publics que la décision rendue par le CRD est finale et immédiatement exécutoire, mais susceptible d'être contestée devant les juridictions compétentes ;

Considérant que suite à la décision du CRD, l'ONAS a fait procéder à la reprise de l'évaluation, puis saisi la DCMP et obtenu l'avis de non objection, d'abord sur les lots 1, 3, 4 et 5 par lettre n°1537/MEFP/DCMP/DCV/51 du 1^{er} avril 2019, ensuite sur l'ensemble des cinq lots, par lettre n°1865/MEFP/DCMP/DCV/51 du 19 avril 2019 ;

Qu'en outre, pour prendre en compte l'observation du CRD sur la vérification des cartes grises des engins hydrateurs, un procès-verbal de constat d'huissier a été joint au dossier transmis au CRD ;

Qu'au surplus, à la suite de l'avis de non objection de la DCMP, l'ONAS a fait publier un nouvel avis d'attribution provisoire par voie de presse et notifié les résultats de l'évaluation aux candidats ; ce qui a d'ailleurs permis à DELGAS d'exercer, à nouveau, son droit de recours ;

Qu'en conséquence, même si les résultats de la première attribution sont restés inchangés, il reste clair que l'ONAS a mis en œuvre la décision d'annulation de la première attribution et la reprise de l'évaluation ;

Qu'il s'ensuit que le moyen tiré du refus d'application de la décision du CRD n'est pas fondé ;

2. Sur les allégations d'ententes entre candidats

Considérant que dans la décision n°16/19/ARMP du 30 janvier 2019, le CRD avait rejeté les allégations d'entente soulevées par le requérant au motif qu'elles ne sont pas étayées par des preuves ;

Que de surcroît, dans le cadre de la procédure actuelle, l'examen des documents relatifs aux statuts des entreprises (déclaration de constitution de personne morale, déclaration notariée de souscription et versement, assemblée générale Conseil d'administration) n'a pas fait ressortir l'existence de liens entre les entités DELTA SA et VICAS SARL ou leurs dirigeants ;

Qu'il s'y ajoute qu'au sens de l'article 47 du Code des Marchés publics, dans le cas d'un marché alloti, l'interdiction de participer à la fois en qualité d'entreprises et de membres de groupements vise un même lot donné; que d'ailleurs, le CRD s'est prononcé sur la question dans sa décision n°92/18/ARMP/CRD du 11 juillet 2018 (recours Ets Alga contre Senelec) « *l'interdiction de soumissionner simultanément en groupement et en tant qu'entreprise individuelle s'applique à un lot donné du marché et vise à éviter, sur le lot concerné, une concurrence entre l'entreprise individuelle et le groupement constitué...* » ;

Qu'il y a lieu de rejeter le moyen tiré de l'existence d'ententes entre candidats ;

3. Sur le bien fondé du rejet de l'offre de DELGAS

Considérant que, comme rappelé dans la décision n°16/19/ARMP du 30 janvier 2019, l'âge n'est pas le critère le plus pertinent pour apprécier les performances des engins ;

Que cependant, en vertu du principe d'intangibilité des conditions d'évaluation annoncées dans le Dossier d'Appel d'Offres, l'âge maximal de 20 ans pour les engins, requis parmi les exigences en matière de qualification, ne peut être ignoré durant l'évaluation ;

Que le critère étant susceptible d'influer sur la décision des potentiels candidats de participer à l'appel d'offres ou sur les prix proposés, il y a lieu de l'examiner pour chaque offre, en tenant compte à la fois du principe d'égalité de traitement des candidats et du principe d'économie ;

Considérant que les rabais conditionnels offerts par DELGAS pour l'attribution des cinq lots et DELTA pour les lots 1, 3 et 5, ne peuvent être pris en compte dans le classement des offres que dans la perspective d'attribution de l'ensemble des cinq lots pour DELGAS ou des trois lots groupés pour DELTA ;

Que contrairement aux projections faites par le requérant dans son recours, le rabais de 15% ne peut pas s'appliquer par lot isolé ;

Qu'il s'ensuit que pour faire jouer le rabais, il importe d'apprécier la conformité du critère relatif à l'âge des engins proposés par DELGAS sur l'ensemble des cinq lots ;

Qu'il ressort de l'examen de l'offre de DELGAS que ce dernier n'a pas respecté les critères de qualification relatifs à l'âge des engins hydrocureurs, fixé à 20 ans sur les lots suivants :

- Lot 1 : Un véhicule mis en service en 1991(27 ans) et un autre (citerne fosse) le 27/08/ 1994 (24 ans à la date de l'appel d'offres) ;
- Lot 2 : Un engin mis en circulation en 1988 (30 ans) et un autre le 14/06/1994 (24 ans) ;
- Lot 3 : Quatre engins en circulation le 22/06/1989 (citerne fosse) (29 ans), 1990 (28 ans), le 13/12/1994 (24 ans) et 1994 (24 ans) ;
- Lot 4 : un engin en circulation le 03/09/1992 (26 ans) ;
- Lot 5 : un hydrocureur mis en circulation depuis le 22/04/1997 (21 ans) ;

Qu'en conséquence, l'appréciation cumulée sur les cinq lots permet de conclure que le manquement est substantiel dans la mesure où son acceptation porterait atteinte au principe d'intangibilité des critères du DAO ;

Considérant, par ailleurs, que sur le seul lot 3 où son offre est classée première (rabais non pris en compte) DELGAS a proposé quatre engins hydrocureurs qui ont dépassé l'âge maximal de vingt ans requis ;

Qu'il s'y ajoute qu'en ce qui concerne les candidats VICAS, DELTA et groupements DELTA/VICAS, l'autorité contractante a procédé aux vérifications ordonnées par le CRD dans la décision du 30 janvier 2019, en produisant les copies de cartes grises et un procès-verbal d'huissier dressé le 13 février 2019, qui constate que « *les originaux existent et les photocopies certifiées ont été certifiées conformes par nous* » ;

Que sur la base du procès-verbal de constat d'huissier et des photocopies jointes, les cartes grises attestent le respect du critère relatif à l'âge des engins ;

Qu'en outre, en ce qui concerne l'expérience spécifique de VICAS au lot 1, la reprise de l'évaluation a permis de constater que l'autorité contractante a pris en compte une autre référence relative au marché n°T2180/17 concernant les travaux d'entretien et d'exploitation des eaux usées et pluviales à Dakar ;

Que cette information a été également communiquée à la DCMP à l'occasion de la revue du rapport issu de la réévaluation des offres ; l'organe chargé du contrôle a priori de la passation des marchés a émis un avis de non objection sur l'attribution provisoire des cinq lots ;

Qu'en conséquence, le moyen tiré de la violation du principe d'égalité de traitement des candidats n'est pas fondé ;

Que de surcroît, contrairement aux allégations de DELGAS, l'examen des offres du groupement DELTAVICAS n'a fait ressortir l'existence d'aucune référence réalisée par DELVIC, relative à la gestion de boues de vidange ;

Que c'est à bon droit que l'ONAS a éliminé DELGAS Assainissement pour défaut de qualification et attribué le marché aux candidats ayant justifié qu'ils satisfont aux critères du DAO ;

4. Sur la non prise en compte du lot 2

Considérant que DELGAS reproche à l'autorité contractante d'ignorer le lot 2 dans la procédure d'attribution pour pouvoir l'éliminer ;

Que certes, comme relevé par le requérant, l'avis d'attribution provisoire paru dans la presse n'a pas cité le lot 2 ;

Que toutefois, l'examen du rapport d'évaluation des offres et des échanges avec la DCMP montre que la procédure d'attribution a visé tous les lots ;

Qu'en outre, il ressort de l'instruction que la publication des lots 1, 3, 4 et 5 se justifie par le fait que la DCMP avait émis son avis de non objection uniquement sur ces lots par lettre n°1537/MEFP/DCMP du 1^{er} avril 2019 et formulé des observations sur le lot 2 ;

Que le retard noté dans la procédure et la nécessité de la boucler pour un démarrage des travaux a incité l'autorité contractante à procéder à la publication d'un avis d'attribution concernant les seuls lots ayant reçu l'avis de non objection de la DCMP ;

Qu'il reste constant que le lot 2 a également reçu l'avis de non objection de la DCMP par lettre n°1865/MEFP/DCMP/DCV/51 du 19 avril 2019 ;

Que dès lors, même si l'obligation de publier un avis d'attribution concernant le lot 2 reste de mise, le grief soulevé par le requérant ne peut entacher la procédure si la publication de l'attribution est complétée par un avis sur le lot 2 ;

Qu'en considération de ce qui précède, il y a lieu de déclarer le recours 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 l'ONAS a procédé à la reprise de l'évaluation et a saisi la DCMP pour obtenir l'avis de non objection avant de publier un nouvel avis d'attribution provisoire ;
- 2) Dit que le grief tiré du refus d'appliquer la décision du CRD n'est pas fondé ;
- 3) Constate que le moyen soulevé par DELGAS sur les présomptions de manœuvres frauduleuses a déjà été rejeté par le CRD au motif que le requérant n'a pas rapporté la preuve de ses affirmations ;
- 4) Constate que le requérant a proposé un rabais conditionnel de 15% pour l'attribution des cinq lots ;

- 5) Constate que sur les cinq lots cumulés, DELGAS a présenté dix engins hydrocureurs ayant dépassé l'âge maximal de vingt ans, requis dans le DAO ;
- 6) Constate que DELGAS n'est moins disant que sur le lot 3 sur lequel quatre engins ne sont pas conformes ;
- 7) Dit que le grief soulevé par l'ONAS sur le défaut de qualification de DELGAS est fondé ;
- 8) Constate que l'ONAS a présenté un procès-verbal de constat d'huissier pour matérialiser la vérification des cartes grises des candidats ;
- 9) Constate que le PV de constat atteste que les engins de VICAS SARL et DELTA SA respectent le critère relatif à l'âge maximal de 20 ans ;
- 10) Constate que VICAS a présenté une nouvelle référence similaire pour prouver le critère d'expérience spécifique ;
- 11) Dit que l'ONAS a attribué le marché à bon droit aux candidats ayant fait la preuve du respect des critères de qualification ;
- 12) Déclare le recours de DELGAS mal fondé ;
- 13) Ordonne la poursuite de la procédure et la confiscation de la consignation ;
- 14) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) est chargé de notifier à DELGAS Assainissement, à l'Office national de l'Assainissement du Sénégal (ONAS), ainsi qu'à la Direction centrale des Marchés publics, la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics.

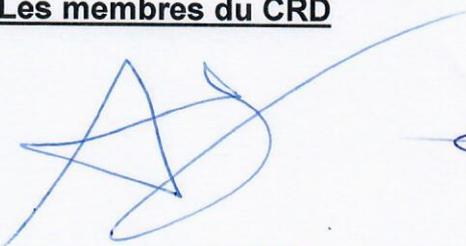


Oumar SAKHO

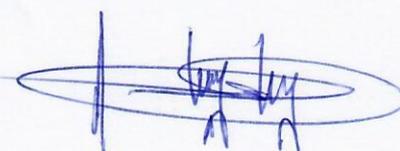
Les membres du CRD



Alioune Badara FALL



Abdourahmane NDOYE



Ibrahima SAMBE

Le Directeur Général
Rapporteur



Saër NIANG