

**DECISION N°130/11/ARMP/CRD DU 22 JUILLET 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DU BUREAU D'ETUDES GROUPE
D'INGENIERIE ET DE CONSTRUCTION (GIC) CONTESTANT UNE DISPOSITION
JUGEE NON FONDEE ET DISCRIMINATOIRE DU DOSSIER DE DEMANDE DE
PROPOSITIONS PORTANT SUR LA MISSION D'ELABORATION D'UN
CATALOGUE DE DEGRADATION ET DE DEFINITION D'UNE GRILLE DE
DECISION AU PROFIT DE L'AGEROUTE**

**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, notamment en ses articles 30 et 31 ;

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

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 décision n°108/11/ARMP/CRD du 29 juin 2011 déclarant recevable le recours de GIC et prononçant la suspension de la procédure de passation du marché litigieux ;

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

En présence de Monsieur Mamadou DEME assurant l'intérim de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, de MM. Abd'El Kader NDIAYE 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, Oumar SARR, Conseiller juridique et René Pascal 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, les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre du 27 juin 2011, enregistrée le même jour sous le numéro 547/11, au Secrétariat du CRD, le candidat GIC a saisi le CRD pour contester une disposition jugée discriminatoire et non fondée du dossier de Demande de propositions portant sur la mission d'élaboration d'un catalogue de dégradation et de définition d'une grille de décision au profit de AGEROUTE.

LES FAITS

Après avoir été présélectionné dans le cadre de la Manifestation d'Intérêts pour le marché cité en objet, la société GIC a été invitée par AGEROUTE par lettre datée du 14 juin 2011, reçue le lendemain, à soumettre une proposition portant sur l'étude susvisée

Le 17 juin 2011, le bureau d'études GIC a fait parvenir à l'AGEROUTE, un recours gracieux pour contester une disposition jugée discriminatoire, contenue dans le dossier de Demande de Propositions du marché susnommé.

En réponse par lettre du 24 juin 2011, l'AGEROUTE a rejeté le recours ainsi introduit.

Le bureau d'études GIC a alors saisi le CRD par lettre du 27 juin 2011, enregistrée le même jour.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de son recours, le requérant a exposé que le point A des Données particulières de la Demande de propositions du marché litigieux est libellé comme suit :

« Note très importante : Les Directeurs de bureaux d'études ne sont pas autorisés à présenter leur candidature pour les postes clés.

Toute offre qui comporte une telle candidature sera rejetée par l'Agence. »

Selon lui, il est incompréhensible qu'un ingénieur, doté des compétences requises soit interdit de participer au titre du personnel clé, à une mission confiée à un bureau d'études, parce qu'il en est tout simplement le directeur général.

C'est pourquoi il estime que AGEROUTE ne doit pas s'immiscer dans l'organisation interne des candidats en décidant que le dirigeant principal ne peut s'impliquer dans les missions qu'au niveau de la coordination managériale.

Au contraire, AGEROUTE doit veiller à ce que l'expert proposé, qu'il soit directeur général ou pas, s'engage effectivement dans la mission qui lui a été assignée, avec toute la disponibilité exigée, sous peine de sanction.

Il a conclu en demandant purement et simplement, le retrait de la disposition contestée.

LES MOTIFS DONNES PAR AGEROUTE

En réponse au recours gracieux introduit par le bureau d'études GIC, l'AGEROUTE a donné les précisions suivantes :

- La clause incriminée sert à prévenir le risque de défaillance voire d'indisponibilité partielle ou totale constatée durant le déroulement de la mission, des dirigeants d'entreprises figurant sur la liste du personnel clé initialement évalué.

Cette situation a causé un préjudice à l'AGEROUTE dans le passé, alors que la disponibilité entière du personnel clé est une exigence majeure pour la

réussite de l'étude, qui n'est plus garantie dès lors que le cumul d'activités lié à la mission de dirigeant d'entreprise n'est pas interdit.

Il s'y ajoute que la durée de la mission susvisée a été évaluée en fonction du temps d'intervention des experts mobilisés ;

- L'insertion de cette clause ne peut être interprétée comme une exclusion des directeurs de structures disposant de compétence technique, bien au contraire, leur rôle doit être celui d'un dirigeant et manager dans tous les aspects liés à l'exécution de la mission. D'ailleurs, la place accordée au directeur général dans l'organisation technique et managériale est très significative au motif que ce critère a été noté sur 10 points lors de l'évaluation de la manifestation d'intérêts.
- Pour rappel, AGEROUTE déclare que la clause incriminée a été prévue dans plusieurs dossiers de Demande de propositions récemment lancées, sans soulever d'observations de la part des candidats.

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des éléments ci-dessus exposés que le litige porte sur le bien fondé de la clause du dossier de Demande de Propositions interdisant aux directeurs généraux de bureaux d'études de présenter leur candidature pour l'un quelconque des postes clés de la mission d'études.

AU FOND

Considérant que tout candidat à une commande publique doit avoir l'aptitude à exécuter le marché pour l'attribution duquel il a présenté une offre ;

Considérant que dans le cadre de la DP, objet du marché litigieux, tout candidat doit, en référence à la clause 15 des Données particulières de la Note d'information aux consultants, mettre à la disposition de la mission, le personnel clé suivant :

- Un ingénieur chef de mission,
- Un ingénieur routier, adjoint au chef de mission,
- Un ingénieur géo polytechnicien ;

Considérant qu'à la clause 15 in fine des Données particulières de la Note d'information aux consultants, l'AGEROUTE a introduit une disposition tendant à interdire aux directeurs des bureaux d'études de participer à la consultation en tant qu'expert pour les postes clés ; clause qui a été attaquée par le requérant au motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire ;

Considérant que cette interdiction ne peut être assimilée à un cas de conflit d'intérêts énuméré à la clause 2 de la Note d'information aux consultants ;

Qu'au regard de cette clause, sont expressément énumérés et sans préjudice du caractère général de cette règle, les cas de conflit d'intérêt suivants qui entraînent le rejet de l'offre :

1. Les bureaux d'études engagés pour fournir les services de conseil en vue de la préparation ou de l'exécution d'un projet, ni aucune entreprise qui leur sont affiliées, ne peuvent être admis ultérieurement à fournir des biens, ou réaliser des travaux ;

2. Le bureau d'études (y compris son personnel et sous-traitants) ni aucune entreprise qui lui est affiliée ne peuvent être engagés pour une mission qui, par sa nature, risque de s'avérer incompatible avec une autre de leurs missions exécutées pour le même Client ou pour un autre ;
3. Un bureau d'études (y compris son personnel et ses Sous-traitants) qui a des relations d'affaires ou familiales avec un membre des services de l'Autorité contractante ne peut se voir attribuer le Marché à moins que le conflit découlant de cette relation n'ait été résolu à la satisfaction de l'Autorité contractante au cours du processus de sélection et de l'exécution du Marché.

Considérant que s'il est admis que l'autorité contractante a la prérogative de déterminer les critères d'évaluation sur un marché déterminé, force est de constater qu'il ne peut introduire à souhait des dispositions qui revêtent un caractère discriminatoire ;

Considérant qu' à cet égard, il est de l'intérêt de l'autorité contractante de sélectionner un bureau d'études qui remplira ses obligations de façon diligente, efficace et économique, conformément aux termes de référence de la mission et évitera scrupuleusement tout conflit avec d'autres activités ou avec les intérêts de sa propre société ;

Qu'à cet effet, la clause 4.1 des conditions générales du marché prévoit que le consultant emploiera et offrira le personnel et les sous traitants ayant l'expérience et les qualifications nécessaires à l'exécution des prestations et que ni lui, ni ses sous traitants, leur personnel et agents ne devront s'engager directement ou indirectement, dans des activités professionnelles ou commerciales qui pourraient être incompatibles avec les activités qui leur ont été confiées en vertu du marché ;

Considérant que dès lors, chaque candidat doit fournir une déclaration attestant qu'il a pris connaissance des dispositions de la Charte de transparence et d'éthique en matière de passation des marchés suivant le modèle annexé à la demande de propositions, notamment le respect des engagements souscrits et qu'il s'engage à les respecter ;

Qu'en cas de violation de ces prescriptions, il est prévu, à l'initiative de l'autorité contractante, la résiliation du marché qui peut être assortie de sanctions modulées en fonction de la gravité de la faute commise, en référence à la clause 3 de la Note d'information aux Consultants ;

Considérant qu'en voulant interdire la participation du Directeur général dont le profil semble correspondre aux exigences définies dans les termes de référence de la mission, AGEROUTE s'est immiscée dans l'organisation interne des cabinets en introduisant un critère restrictif ;

Que fort de ce constat, il y a lieu d'ordonner la suppression de la disposition incriminée ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Constate que AGEROUTE a introduit dans la Demande de propositions, une disposition tendant à interdire aux directeurs des bureaux d'études de

participer à la consultation en tant qu'expert pour les postes clés de la mission ;

- 2) Dit que la participation d'un directeur général en qualité d'expert sur une mission ne peut être assimilée à un cas de conflit d'intérêts ;
- 3) Dit que cette interdiction constitue une mesure restrictive à la liberté des bureaux d'études relativement à l'accès au marché ; en conséquence,
- 4) Ordonne son retrait du dossier de Demande de propositions ;
- 5) Ordonne la notification de cette décision à tous les candidats sélectionnés ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au bureau d'études GIC, à AGEROUTE ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Pour le Président

**Mamadou DEME
Chargé de l'intérim**