

**DECISION N°074/11/ARMP/CRD DU 25 MAI 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE SEBATCO
CONTESTANT LES MODALITES D'ALLOTISSEMENT DU MARCHÉ RELATIF
AUX TRAVAUX DE VIABILISATION SECONDAIRE DE LA ZONE DE
RECASEMENT KEUR MASSAR/TIVAOUANE**

**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° 2007-545 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 lettre en date du 26 avril 2011 de la Société SEBATCO ;

Après avoir entendu le rapport de Oumar SARR, Conseiller juridique, rapporteur, présentant les faits, moyens et conclusions des parties ;

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, et de MM. Abd'El Kader NDIAYE, Mamadou DEME et Ndiacé DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De MM Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, Monsieur Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques 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 :

Par lettre du 26 avril 2011, enregistrée le même jour sous le numéro 118 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la Société SEBATCO a saisi le CRD d'un recours en contestation des modalités de dévolution du marché relatif aux travaux de viabilisation secondaire de la zone de recasement Keur Massar/Tivaouane.

SUR LA RECEVABILTE DE LA SAISINE DU CRD

Le 21 avril 2011, l'Agence d'Exécution des Travaux d'Intérêt public (AGETIP), agissant comme Maître d'ouvrage délégué, a fait publier l'avis d'appel d'offres international relatif aux travaux de viabilisation secondaire de la zone de recasement Keur Massar/Tivaouane.

Le 26 avril 2011, l'Entreprise SEBATCO a saisi le CRD pour contester la modalité de dévolution du marché telle que indiquée dans ledit avis.

Considérant que la saisine du CRD est intervenue dans le délai légal de trois (3) jours à compter de la publication de l'avis d'appel d'offres, il convient, conformément aux dispositions des articles 86 et 87 du Code des marchés publics, de déclarer recevable le présent recours.

LES FAITS

En vue d'assurer le déplacement des populations installées dans l'emprise du projet d'autoroute à péage, entre Dakar et Diamniadio (tronçon Pikine- forêt de Mbao), AGETIP, en sa qualité de Maître d'ouvrage délégué de l'APIX, a prévu de réaliser les travaux de viabilisation secondaire de la zone de recasement Keur Massar/Tivaouane.

A cet effet, AGETIP a fait publier un avis d'appel d'offre international relatif aux travaux de viabilisation secondaire de la zone ciblée.

Aux termes de l'avis, les travaux groupés en seul lot sont composés d'opération :

- de terrassements généraux des voiries locales,
- d'assainissement et de réseau d'eau potable ;
- la réalisation du réseau électrique BT d'alimentation des bâtiments unifamiliaux,
- de réseaux électriques et d'éclairage public.

La Société SEBATCO a saisi le CRD pour contester la dévolution du marché en seul lot.

MOYENS PRESENTES A L'APPUI DU RECOURS

La société SEBATCO a exposé que les travaux ont été regroupés en un (01) seul lot composé de quatre (04) îlots.

Elle a soutenu que ce regroupement est incohérent et taillé sur mesure pour empêcher l'accès du marché à la plupart des entreprises locales notamment les Petites et Moyennes Entreprises (PME).

Elle a conclu qu'une telle approche est en porte-à-faux avec les dispositions de la loi d'orientation sur les PME, qui prévoit que 30% des marchés publics soient réservés aux PME pour leur permettre de se développer.

La Société SEBATCO a également soutenu qu'aucune PME Sénégalaise n'est en mesure de satisfaire les conditions de l'appel d'offres alors que l'allotissement du

marché aurait amoindri les exigences de qualification à la soumission et permis à ces dernières de bénéficier des «*grands travaux du chef de l'Etat*».

MOTIFS DONNÉS PAR L'AUTORITÉ CONTRACTANTE :

Par lettre en date du 06 mai 2011, AGETIP a justifié la dévolution du marché en lot unique par les contraintes liées à la livraison urgente des deux premiers îlots sur les quatre prévus.

AGETIP a soutenu que la décomposition de la zone de recasement en quatre (4) îlots a obéi principalement à l'exigence de se conformer au planning de libération des emprises de l'autoroute à péage sur le tronçon Pikine – Keur Massar. Il est prévu que les quatre îlots seront progressivement (et par îlot complet) mis à la disposition des personnes affectées par le projet d'autoroute à péage pour la construction par elles mêmes de leurs logements après achèvement des travaux.

Par ailleurs, AGETIP a soutenu que si les travaux s'exécutaient autrement par plus d'une entreprise, il serait très difficile de définir des limites de prestations, de garantir le respect des cotes en planimétrie et en altimétrie et d'assurer une bonne coordination de l'ensemble.

Que dans ce contexte, l'option d'un allotissement des travaux poserait d'énormes problèmes de coordination et de sérieux conflits qui auront des impacts néfastes sur la qualité et le délai de réalisation des travaux ;

Enfin, AGETIP a déclaré que :

- l'appel d'offres a prévu d'accorder aux entreprises nationales une marge de préférence telle que stipulée aux Données Particulières de l'Appel d' Offre DPAO (IS 33.1)
- l'appel d'offre est ouvert aux entreprises nationales qui peuvent se regrouper entre elles ou avec d'autres entreprises étrangères pour concourir et répondre aux critères de qualification ;

Pour toutes ces raisons, AGETIP a déclaré avoir convenu avec APIX et les bailleurs de fonds de faire exécuter les travaux de viabilisation primaire en lot unique de même que les travaux de viabilisation secondaire.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, moyens et motifs présentés par les parties que le litige porte sur les modalités de dévolution du marché.

EXAMEN DU LITIGE

Considérant qu'aux termes de l'article 8 du Code des marchés publics, « *les travaux, fournitures et services peuvent être répartis en lots donnant lieu chacun à un marché distinct, lorsque cette division est susceptible de présenter des avantages économiques, techniques ou financiers, y compris en vue de faciliter la candidature des petites et moyennes entreprises. Ce choix ne doit pas avoir pour objet ou pour effet de soustraire les marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent décret [Code des marchés publics]* » ;

Considérant qu'il résulte de cette disposition que le choix du mode de dévolution et les conditions dans lesquelles il est mis en oeuvre ne doivent avoir ni pour objet ni pour effet d'entraver la concurrence en favorisant certains opérateurs par la définition artificielle des lots;

Que chaque lot doit constituer une unité autonome pouvant être attribuée séparément et ne comporter que des prestations homogènes susceptibles d'être réalisées par une même entreprise;

Qu'à l'inverse, lorsque l'autorité contractante estime que la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'elle n'est pas en mesure d'assurer par elle-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination, elle peut alors passer un marché global;

Considérant que, dans le cas d'espèce, il est constant comme résultant de l'avis d'appel d'offres publié par AGETIP, maître d'ouvrage délégué, que celle-ci a décidé de passer un marché global avec identification de prestations distinctes:

- travaux de terrassements généraux et de voirie ;
- travaux d'assainissement et de réseaux d'eau potable ;
- travaux de réseaux électriques et d'éclairage public ;

Que pour justifier son choix, AGETIP a principalement soutenu la nécessité de faire exécuter le marché dans le délai de dix huit (18) mois calendaires répartis comme suit :

- îlot 1= 6 mois ;
- îlot 2 (démarrera 5 mois après le précédent) pour 6 mois ;
- îlot 3 (démarrera 4 mois après le précédent) pour 6 mois ;
- îlot 4 (démarrera 3 mois après le précédent) pour 6 mois.

Que chaque îlot doit être libéré avant les travaux de finition de la viabilisation primaire déjà en cours dans ledit îlot ;

Considérant que, comme semble le soutenir AGETIP, si la décomposition des travaux en lots techniques permet, d'un point de vue technique, de distinguer les différentes prestations confiées à une entreprise ou un groupement d'entreprises, ainsi que d'organiser le chantier et le déroulement des différentes prestations entre elles, cela ne dispense pas l'autorité contractante de l'obligation de rechercher le mode de dévolution le plus efficace du marché au regard des dispositions de l'article 8 précité, notamment en fonction des intérêts économiques, financiers ou de la capacité technique de l'autorité contractante ;

Qu'à cet égard, sur l'ouverture du marché à une large concurrence, aussi bien le recours à l'appel d'offres international que l'allotissement ont pour conséquence de susciter une plus large concurrence ; que l'allotissement, beaucoup plus que l'octroi d'une marge de préférence ou le regroupement, que le maître d'ouvrage délégué

prétend faire bénéficier aux entreprises locales, est plus particulièrement approprié lorsque l'importance des travaux à réaliser risque de dépasser les capacités techniques ou financières des PME ;

Qu'à cet égard, sur l'urgence invoquée par le maître d'ouvrage délégué, liée au délai d'exécution et de livraison des deux premiers îlots, il y a lieu de relever que l'allotissement est notamment justifié, en dehors de toute considération technique ou d'approvisionnement, par les délais d'exécution très courts ; qu'en effet, l'allotissement est particulièrement approprié dans le cas où une seule entreprise ne peut tenir des délais d'exécution très courts qu'en adoptant un rythme de travail nécessitant des dépenses supplémentaires, provoquant ainsi un enchérissement du coût de la prestation ;

Que par ailleurs, sur la difficulté de définir les limites des prestations, de garantir le respect des côtes en planimétrie et en altimétrie d'une part, d'assurer une bonne coordination de l'ensemble des travaux lorsque ceux-ci doivent être exécutés par plusieurs entreprises, d'autre part, AGETIP, en sa qualité de maître d'ouvrage délégué, dont la mission peut, aux termes des articles 31 et 32 du Code des marchés publics, couvrir l'ensemble des actions de pilotage du développement du projet, de soutien et suivi de sa mise en œuvre et de sa réalisation jusqu'à la livraison de l'ouvrage, doit normalement s'assurer diverses compétences sur les métiers qu'interpellent le projet tels, par exemple, la maîtrise d'œuvre technique et la conduite des chantiers, l'ordonnancement, le pilotage et la coordination des chantiers ; Qu'à cet égard, l'expérience acquise par AGETIP doit pouvoir profiter à l'APIX ;

Qu'enfin, le fait pour AGETIP de décomposer le marché en travaux de terrassements généraux et voirie, travaux d'assainissement et de réseaux d'eau potable et travaux de réseaux électriques et d'éclairage public, lesquels travaux présentant un caractère d'unité autonome et pouvant être attribués séparément et ne comporter que des prestations homogènes susceptibles d'être réalisés par une même entreprise, prouve que le marché peut faire l'objet d'allotissement et faciliter ainsi, conformément aux dispositions de l'article 8 précité, l'accès des entreprises locales audit marché ;

Qu'en considération de ces éléments et du fait que la consistance des îlots constitués par AGETIP est déterminée en fonction de considérations techniques et temporelles, à savoir des prestations successives, il convient de dire que l'autorité contractante ne peut pas se fonder sur la durée très courte des délais d'exécution des travaux et sur les éventuels problèmes de coordination et de conflits pour ne pas allotir le marché litigieux ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Déclare SEBATCO recevable en son recours ;

- 2) Constate que le maître d'ouvrages délégué a prévu de passer un marché global avec identification de prestations distinctes ainsi qu'il suit:
- travaux de terrassements généraux et de voirie ;
 - travaux d'assainissement et de réseaux d'eau potable ;
 - travaux de réseaux électriques et d'éclairage public ;
- 3) Constate que ces prestations présentent un caractère d'unités autonomes pouvant être attribuées séparément et ne comporter que des prestations homogènes susceptibles d'être réalisées par une même entreprise; en conséquence,
- 4) Dit que le marché litigieux peut bien faire l'objet d'allotissement et d'attribution selon les modalités de décomposition retenue ou à définir par AGETIP ; à cet effet ;
- 5) Ordonne à l'autorité contractante d'allotir le marché avant toute relance de la procédure d'appel public à la concurrence ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société SEBATCO, à AGETIP ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA