



Copie certifiée
conforme à l'original
le.....0.9.JAN.2009.....

**DECISION N°075/ARMP/CRD DU 22 DECEMBRE 2008
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE L'ENTREPRISE GLOBAL
TERANGA PORTANT SUR LA DECISION DE LA COMMUNAUTE RURALE DE
NDIEDIENG DE LUI RETIRER POUR REFUS DE SIGNATURE, LE MARCHE
RELATIF A LA CONSTRUCTION DE DIX SALLES DE CLASSES DONT ELLE
EST ATTRIBUTAIRE**

**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 (ARMP) ;

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

Vu la décision n° 067/ARMP/CRD du 12 décembre 2008 portant suspension de la procédure de passation du marché relatif à la construction de 14 salles de classes lancé par la Communauté rurale de Ndiédieng ;

Vu la lettre de l'entreprise Global Téranga en date du 02 décembre 2008, enregistrée le 03 décembre 2008 sous le numéro 403 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Cheikh Saad Bou SAMBE, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties,

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, et de MM. Abd'El Kader NDIAYE, Birahime SECK et Barane THIAM, membres du Comité de Règlement des Différends,

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

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 du 02 décembre 2008, enregistrée le 03 décembre 2008 sous le numéro 403 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, l'entreprise Global Téranga a dénoncé la décision de l'Autorité contractante de lui retirer pour refus de signature du contrat, les deux lots du marché relatif aux travaux de construction de salles de classes dans la Communauté rurale de Ndiédieng dont elle est attributaire.

La procédure de passation dudit marché a fait l'objet d'une suspension provisoire par décision du CRD n° 067/ARMP/CRD du 12 décembre 2008 pour permettre l'instruction du dossier.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'aux termes des articles 86 et 87 du décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics, tout candidat à une procédure d'attribution est habilité à saisir soit la personne responsable du marché d'un recours gracieux, soit le CRD ;

Considérant que le recours introduit a pour objet de contester certaines clauses du marché jugées non conformes aux dispositions du décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics ;

Considérant qu'après réception d'une lettre signifiée par voie d'huissier le 24 novembre 2008 l'informant du retrait du marché pour refus de signature, le requérant a introduit un recours gracieux le même jour, puis en l'absence de réponse, a saisi le CRD par correspondance en date du 02 décembre 2008, enregistrée le 03 décembre 2008 ;

Que le recours exercé dans les délais prescrits doit être déclaré recevable.

LES FAITS

A la suite d'un appel d'offres en date du 29 mai 2008 portant sur la construction de 14 salles de classes dans la Communauté rurale de Ndiédieng, l'entreprise Global Téranga a été désignée attributaire des lots 1 et 2 du marché.

Deux lettres de notification restées sans effet lui ont été adressées respectivement le 28 juillet 2008 et le 22 août 2008, l'invitant à procéder aux formalités de signature du contrat.

L'entreprise Global Téranga refusant de s'exécuter, l'Autorité contractante décide de lui retirer le marché pour le confier à l'entreprise EMB Mamadou NDIAYE ayant proposé l'offre classée en deuxième position à la suite de l'évaluation.

L'entreprise Global Téranga a saisi le Comité de Règlement des Différends pour contester la décision de l'Autorité contractante.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa requête, l'entreprise Global Téranga reproche à l'Autorité contractante de lui retirer à tort les deux lots du marché sus visé, alors que certaines dispositions du contrat soumis pour signature ne sont pas conformes au décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics.

Au soutien de son refus de signer le contrat, le requérant affirme que :

- 1) le démarrage des travaux est lié à l'approbation du contrat et non à sa date de signature ;
- 2) la durée fixée dans le contrat pour la réalisation des travaux est de 90 jours alors qu'il a proposé un délai de 120 jours dans sa soumission ;
- 3) le délai de garantie des travaux de 12 mois consigné dans le contrat est disproportionné par rapport à la nature des travaux ;
- 4) l'installation de panneaux de chantier n'est pas prévue par le dossier d'appel d'offres ;
- 5) le montant exigé de la garantie de soumission est supérieur à 5 % du montant des travaux ;
- 6) l'avance de démarrage n'est pas prévue dans le contrat ;
- 7) le calendrier de paiement qui a été arrêté n'est pas conforme à l'article 95 du Code des marchés publics.

LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

Après la notification de l'attribution provisoire du marché en date du 28 juillet 2008, la Communauté rurale de Ndiédieng déclare qu'elle a usé de tous les moyens pour amener l'entreprise Global Téranga à procéder aux formalités de signature du contrat, sans succès, malgré la prise en compte de certaines de ses réclamations concernant le délai d'exécution des travaux et le montant de la garantie de bonne exécution.

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte sur la conformité de certaines dispositions du marché par rapport au décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics, notamment la date de démarrage des travaux, la durée des prestations, le délai de garantie des travaux réalisés, le taux jugé élevé de la garantie de soumission, l'exigence de l'avance de démarrage et le calendrier des paiements jugé inadéquat.

AU FOND

Considérant que l'entreprise Global Téranga a été désignée attributaire de deux lots du marché relatif aux travaux de construction de salles de classes lancé par la Communauté rurale de Ndiédieng ;

Considérant que le dossier d'appel d'offres qui a été remis aux candidats ne comporte pas de projet de marché qui aurait permis aux soumissionnaires d'en prendre connaissance au moment de leur soumission ;

Considérant qu'après notification de l'attribution du marché par lettre en date du 28 juillet 2008, l'entreprise Global Téranga déclare que certaines dispositions du

premier projet de contrat qui lui a été soumis ne sont pas conformes au décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics, notamment la date de démarrage du marché, le délai de garantie des travaux, le montant de la garantie de bonne exécution, l'avance de démarrage, le calendrier de paiement, et a exigé une modification desdites clauses ;

Considérant que l'Autorité contractante a déjà pris en compte toutes les réclamations de l'attributaire à l'exception de celles concernant la date de démarrage des travaux, le délai de garantie et l'avance de démarrage ;

1) Sur la date de démarrage des travaux,

Considérant que l'article 15 de la Directive n° 04/2005/CM/UEMOA fait de l'approbation du marché une formalité administrative essentielle ayant pour effet de valider le projet de contrat, l'article 83 du Code des marchés publics dispose également que le marché ne produit d'effet à l'égard de l'attributaire qu'à compter de la date de sa notification ;

Considérant que le montant global du marché est de 35 510 047 F CFA et que l'article 29.2 du Code des marchés publics rend obligatoire la formalité d'approbation pour tous les marchés des communautés rurales d'un montant égal ou supérieur à 15 000 000 de F CFA ;

Considérant que le requérant soutient que le démarrage des travaux est lié à son approbation par le représentant de l'Etat et remise d'un ordre de service, alors que l'article 4 du contrat soumis par la Communauté rurale de Ndiédieng l'exige dès la signature du contrat ;

Qu'à cet égard, la disposition visée est manifestement contraire aux dispositions des articles 15 de la Directive n° 04/2005/CM/UEMOA, 29.2 et 83 alinéa 2 du Code des marchés publics ;

2) Sur le montant de la garantie de bonne exécution :

Considérant que l'objectif visé par la garantie de bonne exécution est de protéger l'Autorité contractante du risque d'exécution notamment incomplète d'un marché par la remise d'une garantie à première demande, d'une caution personnelle et solidaire ou d'une somme requise en numéraire ;

Considérant que l'article premier de l'arrêté n°01 1584 du 28 décembre 2007 pris en application de l'article 112 du Code des marchés publics exige de tout titulaire d'un marché de travaux dont le montant est supérieur ou égal à 35 000 000 de F CFA, la remise d'une garantie de bonne exécution ;

Considérant que l'Autorité contractante a d'abord fixé à 10 % la garantie de bonne exécution dans la première version du contrat, puis l'a révisée à 5 % au maximum du montant du marché pour être conforme à l'article 113 du Code des marchés publics ;

Qu'en conséquence, l'Autorité contractante s'est valablement conformée aux dispositions de l'article 113 du Code des marchés publics ;

3) Sur le délai de garantie des travaux :

Considérant que le requérant soutient que le délai de garantie de douze (12) mois retenu à l'article 13 de la première version du contrat qui lui a été soumise, est manifestement exagéré et qu'il doit être ramené à six (6) mois ;

Considérant que l'Autorité contractante, à la suite des concertations menées, a accepté de réduire ce délai à neuf (9) mois pour lui permettre de s'assurer de la bonne tenue des travaux qui seront réalisés ;

Considérant qu'il est généralement admis pour les travaux de construction d'infrastructures de disposer d'un délai de garantie de douze (12) mois pour juger de la qualité des prestations effectuées, ce délai permettant de corriger certaines imperfections liées à certains corps d'état ;

Qu'à cet égard, le délai de six mois proposé par l'entreprise Global Téranga pour la garantie de tels travaux est manifestement court ;

4) Sur l'avance de démarrage

Considérant que l'Autorité contractante prévoit à l'article 14 du projet de contrat qu'il n'est pas prévu d'avance de démarrage, ce que conteste l'entreprise Global Téranga qui soutient que ladite avance constitue un droit pour le titulaire du marché dans le but de lui faciliter une bonne exécution de celui-ci ;

Considérant qu'au regard de l'article 91 du Code des marchés publics, la mise en place d'une avance de démarrage en vue de l'exécution des travaux, fournitures et services ne constitue pas une obligation mais plutôt une faculté qui est laissée à l'appréciation de l'Autorité contractante contre remise d'une garantie de restitution d'égal montant ;

Qu'à cet égard, l'opportunité de la mise en place d'une avance de démarrage constitue une prérogative qui revient à l'Autorité contractante.

5) Sur l'échéancier de règlement des décomptes

Considérant que l'article 15 du projet de contrat dispose que les paiements se feront suivant le planning ci-après :

- 30 % du montant du marché lorsque les travaux auront atteint 50 % de réalisation ;
- 30 % du montant du marché lorsque les travaux auront atteint 80 % de réalisation ;
- 40 % du montant du marché à la réception provisoire des travaux.

Considérant que l'entreprise Global Téranga réclame un échéancier de règlement plus rapproché pour lui permettre de présenter des décomptes au fur et à mesure de l'avancement des travaux, en invoquant l'article 95 du Code des marchés publics qui dispose que « les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution du

marché ouvrent droit à des acomptes, à condition que le marché prévoit un délai d'exécution supérieur à 3 mois ».

Considérant que selon l'article 96 du Code des marchés publics, le montant d'un acompte ne doit pas dépasser la valeur des prestations auxquelles il se rapporte, et qu'il appartient à l'Autorité contractante d'en déterminer les conditions administratives ou techniques, soit forfaitairement soit sous forme de pourcentage ;

Considérant que le premier décompte de 30 % du montant du contrat qui doit être libéré à 50 % d'avancement des travaux, respecte les limites imposées par les dispositions de l'article 96 du Code des marchés publics ;

Qu'en conséquence, l'échéancier de règlement des décomptes est conforme à la réglementation ;

6) Sur la durée de réalisation des travaux

Considérant que la préparation de tout dossier d'appel d'offres incombe à l'Autorité contractante qui peut au besoin faire appel à la collaboration de services techniques dépendant d'autres administrations ou d'hommes de l'art, et doit fixer les engagements réciproques des parties liés au délai d'exécution et à la date de démarrage des prestations, en référence à l'article 13.6 du Code des marchés publics ;

Considérant qu'il n'est requis dans le dossier d'appel d'offres, ni de délai d'exécution des travaux, ni de planning d'exécution des travaux, amenant ainsi l'attributaire à proposer dans son offre une durée de 120 jours pour l'exécution des travaux ;

Considérant que l'Autorité contractante a fixé d'autorité un délai de 90 jours pour l'exécution complète des deux lots du marché, sans prendre en compte la proposition de l'attributaire ;

Qu'en l'absence de prescriptions sur la durée d'exécution des travaux en référence à l'article 13.6 du Code des marchés publics, l'Autorité contractante a laissé libre choix aux candidats de lui proposer un délai dans leur offre ;

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la requête introduite par l'entreprise Global Téranga ;
- 2) Annule la décision de retrait du marché ;
- 3) Ordonne à l'Autorité contractante de se conformer à l'article 29.2 du Code des marchés publics en liant le démarrage des travaux à la notification du marché ;
- 4) Dit que le taux de la garantie de bonne exécution de 5 % retenu au titre du marché est conforme aux dispositions du Code des marchés publics ;

- 5) Donne acte à la décision de l'Autorité contractante fixant le délai de garantie des travaux à neuf mois ;
- 6) Dit que la faculté de prévoir une avance de démarrage est une prérogative qui appartient à l'Autorité contractante ;
- 7) Dit que l'échéancier de règlement des décomptes respecte les dispositions pertinentes du Code des marchés publics ;
- 8) Donne acte du délai de réalisation des travaux proposé par l'entreprise Global Téranga ;
- 9) Renvoie au contrôle a priori de la DCMP pour les modalités de finalisation du contrat ;
- 10) Ordonne la levée de la décision de suspension de la procédure ;
- 11) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à l'entreprise Global Téranga, au Président de la Communauté rurale de Ndiédieng, au Sous préfet de l'arrondissement de Ndiédieng, au Payeur régional de Kaolack, au Gouverneur de la région de Kaolack et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP