

**DECISION N° 170/12/ARMP/CRD DU 31 DECEMBRE 2012
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA SAISINE DE L'ENTREPRISE JLS CONTESTANT
LES CRITERES DE QUALIFICATION DE L'APPEL D'OFFRES RELATIF AUX
TRAVAUX DE REHABILITATION DU TRONÇON MANDA DOUANE –VELINGARA
D'ENVIRON 40 km SUR LA RN6, LANCE PAR L'AGENCE DESTRAVAUX ET DE
GESTION DES ROUTES (AGEROUTE SENEGAL)**

**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°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 (ARMP), notamment en ses articles 20 et 21 ;

Vu la décision n° 005/ARMP/CRMP du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu le recours de l'entreprise JLS en date du 7 décembre 2012, enregistré le 10 décembre 2012 sous le numéro 985/CRD;

Monsieur Ousseynou CISSE entendu en son rapport ;

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, 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, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques observateurs, Ely Manel FALL, Chef de la division réglementation à la Direction de la réglementation et des affaires juridiques, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi;
Adopte la présente délibération;

Par lettre datée du 7 décembre 2012 enregistrée le 10 décembre 2012 sous le numéro 985 au secrétariat du CRD, l'entreprise JLS a introduit un recours pour contester les critères de qualification de l'appel d'offres relatif aux travaux de réhabilitation du tronçon Manda Douane-Vélingara, lancé par l'Agence des Travaux et de Gestion des Routes (AGEROUTE Sénégal).

LES FAITS

L'AGEROUTE a fait publier dans le journal « Le Soleil » du 5 décembre 2012 un avis d'appel d'offres ayant pour objet les travaux de réhabilitation du tronçon Manda Douane-Vélingara d'environ 40 km sur la RN6 ;

Le requérant constate que les critères de qualification exigent aux entreprises « d'avoir eu des niveaux de chiffre d'affaires annuel de treize milliards sur les cinq dernières années à compter de 2007 et d'avoir réalisé trois projets similaires d'une valeur minimale de huit milliards chacun pendant les dix dernières années »

Par lettre en date du 7 décembre, enregistrée le 10 décembre 2012 au secrétariat du CRD, JLS a introduit un recours pour demander la révision des critères. Par décision n° 155/12/ARMP/CRD du 12 décembre 2012, le CRD a ordonné la suspension de la procédure.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de son recours, le requérant conteste la pertinence des critères au motif que l'éligibilité devrait être déterminée uniquement sur la capacité à réaliser convenablement le type de travaux concernés ;

Le requérant soutient que ladite capacité est largement prouvée par la réalisation des projets similaires lors de la période considérée et ne se reflète pas forcément dans le chiffre d'affaire global de l'entreprise, encore moins s'il est considéré à partir d'une date qu'il juge arbitraire.

A cet égard, le requérant demande une limitation des critères à la preuve d'avoir réalisé deux ou trois projets de nature, de montant et de délai similaire pendant les dix dernières années et en subsidiaire, à la production des chiffres d'affaires moyens de trois années pendant cette période qui prouvent que l'entreprise a eu la capacité à réaliser ces travaux demandés en une année.

LES MOTIFS DONNES PAR AGEROUTE SENEGAL

Dans sa lettre du 28 décembre 2012 adressée au CRD, l'AGEROUTE indique que les dispositions de l'appel d'offres sont, pour certains critères, en deçà des exigences requises par la réglementation au regard du montant estimatif des travaux. A cet effet, l'Autorité contractante précise qu'elle a pris en compte la capacité des entreprises communautaires en assouplissant le chiffre d'affaires et l'expérience spécifique qui a été élargie à une période de dix (10) ans ;

L'AGEROUTE estime qu'en plus de la capacité technique, la capacité financière de l'entreprise doit faire l'objet d'une évaluation. Elle signale également que le Dossier d'Appel d'Offres a fait l'objet d'un contrôle a priori de la Direction centrale des Marchés publics qui l'a validé ;

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte sur la pertinence d'exiger un chiffre d'affaires moyen annuel à partir de 2007 pour déterminer la capacité d'une entreprise d'autant plus que l'autorité contractante requiert en même temps la réalisation de trois projets similaires au cours des dix dernières années.

AU FOND

Considérant qu'il ressort de l'avis d'appel d'offres publié par l'AGEROUTE dans le journal « Le Soleil » du 5 décembre 2012 et relatif aux travaux de réhabilitation du tronçon Vélingara- Manda Douane que les critères de qualification ont été fixés ainsi qu'il suit :

- Avoir réalisé au cours des dix dernières années trois projets de nature et de complexité similaire ayant chacun une valeur minimale de huit milliards de FCFA
- Avoir au minimum un chiffre d'affaire moyen annuel de treize milliards de francs CFA au cours des cinq dernières années à compter de 2007 ;
- Disposer de facilités de crédits auprès d'un établissement financiers de premier ordre d'un montant équivalent à deux milliards de francs CFA ;

Considérant que selon les dispositions de l'article 27 de 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, les acheteurs publics peuvent requérir des candidats, dans le strict respect des principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats, des justifications concernant :

- leur situation juridique y compris leur capacité de contracter et de poursuivre leurs activités ;
- les moyens matériels, humains et financiers dont ils disposent ;
- l'expérience acquise dans la réalisation d'activités analogues à celle faisant l'objet du marché ;
- l'absence de disqualification ou condamnation du candidat ou de ses dirigeants liées à la passation ou à l'exécution de marchés publics ou à leur activité professionnelle ;
- la régularité de leur situation vis-à-vis de l'administration fiscale ou des organismes de protection sociale ;

Qu'à cet égard, la fixation des critères de qualification est du ressort de l'autorité contractante qui doit cependant favoriser une large concurrence tout en s'assurant de pouvoir attribuer le marché à une entreprise ayant la capacité de réaliser les travaux ;

Qu'ainsi, en règle générale, l'exigence concomitante d'un nombre de projets similaires et d'un chiffre d'affaires est conforme puisqu'elle contribue à vérifier la capacité technique et financière des candidats;

Qu'en outre, en fixant à dix ans la période requise au titre de l'expérience spécifique, l'autorité contractante a valablement assoupli ce critère de qualification en permettant aux candidats de faire valoir des références moins récentes;

Que toutefois les potentiels candidats sont supposés exercer leurs activités principales dans le secteur du BTP ; les projets réalisés dans ce domaine influent sur le volume du chiffre d'affaires durant une période donnée;

Que dès lors, les candidats n'ayant pas pu bénéficier de marchés publics et donc développer assez d'activités dans une période récente verraient leur qualification compromise par l'exigence d'un chiffre d'affaires moyen annuel sur ladite période même si leur capacité à exécuter est avérée et cette situation pourrait perdurer aussi longtemps que cette exigence sera fixée comme telle ;

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 23 de la directive 04 de l'UEMOA, la justification de la capacité économique et financière d'un candidat est constituée par une ou plusieurs des références suivantes :

- a) des déclarations appropriées de banques ou organismes financiers habilités, ou, le cas échéant, la preuve d'une assurance des risques professionnels ;
- b) la présentation des bilans ou d'extraits des bilans, dans les cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où le soumissionnaire est établi ;
- c) une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché ou de la délégation, pour, au maximum, les trois derniers exercices en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité du soumissionnaire, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles ;

Qu'en outre, selon la disposition susvisée, si pour une raison justifiée, le soumissionnaire n'est pas en mesure de produire les références demandées par l'autorité contractante, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par l'autorité contractante.

Qu'il y a lieu d'observer que même si le chiffre d'affaires constitue un indicateur pertinent du volume des affaires réalisées, il ne constitue pas l'unique moyen qui permet de s'assurer de la solidité financière d'une entreprise;

Qu'ainsi, dans un souci de faire jouer la concurrence et de permettre au requérant et à des candidats dont la qualification serait compromise pour n'avoir pas pu développer assez d'activités, il y a lieu à titre exceptionnel, d'accepter que les candidats puissent justifier leur capacité financière par tout autre moyen à défaut de pouvoir présenter les documents sur le chiffre d'affaire moyen annuel des cinq dernières années ;

PAR CES MOTIFS

- 1) Dit que l'exigence combinée de chiffre d'affaires et de marchés similaires au titre de l'expérience spécifique est fondée ;
- 2) Dit que l'exigence d'un chiffre d'affaires moyen sur une période récente des cinq dernières années à partir de 2007 pourrait compromettre la qualification de candidats n'ayant pas pu développer d'activités importantes durant cette période et en conséquence, restreindre la concurrence ;

- 3) Ordonne à l'AGEROUTE, d'accepter que les candidats ne pouvant pas présenter le chiffre d'affaires des cinq dernières années puissent justifier leur capacité financière par d'autres moyens tels que définis à l'article 23 de la directive 04 de l'UEMOA;
- 4) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à l'entreprise JLS, à l'AGEROUTE ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA

Les membres du CRD

Abd'El Kader NDIAYE

Mamadou DEME

Ndiacé DIOP

Le Directeur Général

Rapporteur

Saër NIANG