

**DECISION N°006/12/ARMP/CRD DU 09 JANVIER 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE UNITRADE
CONTESTANT LE REJET DE SON OFFRE FOURNIE DANS LE CADRE DU
MARCHE RELATIF A L'APPEL D'OFFRES N°12/11/BCI DU MINISTERE DE
L'ENSEIGNEMENT ELEMENTAIRE, DU MOYEN SECONDAIRE ET DES
LANGUES NATIONALES AYANT POUR OBJET LA FOURNITURE DE
MATERIELS PEDAGOGIQUES ET DIDACTIQUES DESTINES AUX COLLEGES
DE L'ENSEIGNEMENT MOYEN**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES,**

Vu l'article 30 du Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 ;

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 notamment en ses articles 20 et 21;

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

Vu le recours de la société UNITRADE en date du 28 novembre 2011, enregistré le lendemain sous le numéro 1249/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

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 du Président Abdoulaye SYLLA empêché, de MM Abd'El Kader NDIAYE et Ndiacé DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De M. Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, Mme Tackia Nafissatou FALL CARVALHO, Conseillère chargée de la Coordination et du Suivi et M. Ely Manel FALL, Chef de la division réglementation, Direction de la réglementation et des affaires juridiques, Ababacar DIOUF, Ingénieur 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 mémoire en date du 28 novembre 2011, enregistrée le lendemain au Secrétariat du CRD, la société UNITRADE a sollicité l'annulation de la décision d'attribution provisoire du marché portant sur le marché de fourniture de matériels pédagogiques et didactiques destinés aux Collèges de l'Enseignement Moyen (AO N° 12/11/BCI), lancé par le Ministère de l'Enseignement Élémentaire, du Moyen Secondaire et des Langues Nationales.

LES FAITS

Le Ministère de l'Enseignement Élémentaire, du Moyen Secondaire et des Langues Nationales a fait publier dans le journal « Le Soleil » du 18 novembre 2011, l'attribution provisoire des deux lots du marché de fourniture de matériels pédagogiques et didactiques destinés aux Collèges de l'Enseignement Moyen.

Le 18 novembre 2011, le candidat UNITRADE a saisi l'autorité contractante d'un recours gracieux portant sur le lot 2 du marché.

Après avoir obtenu une réponse défavorable à son recours gracieux, la société UNITRADE a saisi le CRD pour contester le rejet de son offre.

Par décision n°236/11/ARMP/CRD du 02 décembre 2011, le CRD a prononcé la suspension de la procédure de passation du lot susvisé.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa requête, le requérant déclare que sur le lot 2 du marché, deux offres ont été enregistrées par la commission des marchés, à savoir celle de Fermon Labo et Unitrade.

Après évaluation, le marché a fait l'objet d'une attribution à la société Fermon Labo qui a proposé un montant de 758 268 000 F CFA TTC, offre plus chère que la sienne de plus de 409 134 000 F CFA.

Il en découle, selon le requérant, que soit son offre est fantaisiste, soit celle de l'attributaire provisoire est surévaluée et contraire aux dispositions de la constitution du 22 janvier 2001.

Par conséquent, il estime que le rejet de son offre n'est pas motivé au vu des arguments soulevés par la commission des marchés.

Dans un premier temps, le requérant soutient que la parution systématique les vendredis, c'est-à-dire les fins de semaine, des attributions des marchés à la société Fermon Labo ainsi que la transmission, également en fin de semaine, des courriers aux candidats constituent selon lui, des manœuvres visant à tromper la vigilance des concurrents sur les délais de recours.

Ensuite, le défaut d'exhaustivité de son offre soulevé par la commission des marchés n'est pas acceptable, au motif qu'un CD-Rom présentant les planches pédagogiques sur les gestes d'urgence, le système solaire, le changement climatique effet de serre,

la déforestation couche d'ozone, les pluies acides, les déchets recyclages, le cycle carbone et le cycle du soufre, a été versé dans son offre technique.

Par conséquent, l'autorité contractante ne peut invoquer l'absence de planches pédagogiques, pour rejeter son offre.

Dans un deuxième temps, le requérant poursuit en déclarant qu'il est matériellement impossible qu'un soumissionnaire non initié puisse produire l'ensemble des planches pédagogiques dans la limite du délai de remise des offres, ce qui laisse planer des doutes sur les pratiques de l'autorité contractante.

Au lieu de rejeter son offre, la commission des marchés aurait pu le saisir pour lui demander d'apporter les précisions ou les compléments souhaités. Dans la mesure où aucune disposition du Code des marchés publics n'interdit à la commission des marchés, soucieuse d'une bonne gestion des fonds publics, à réclamer à un candidat, des compléments de dossiers lui permettant d'attribuer un marché.

En refusant de sacrifier à cette démarche, l'autorité contractante s'est délibérément privée d'une économie de d'ordre de 300 millions de F CFA sur le marché litigieux.

Par ailleurs, la commission des marchés qui a procédé à l'ouverture des plis n'est pas conforme aux dispositions de l'article 81 du Code des marchés publics au motif d'une part, que cette dernière est composée de membres dont les mandats étaient arrivés à expiration, d'autre part, que le quorum n'était pas atteint en raison de la présence de trois membres uniquement. ; en plus elle n'a pas dressé un procès verbal dans lequel elle relate les circonstances de son analyse.

Si le défaut d'exhaustivité et de conformité de l'offre d'Unitrade ont été constatés dès l'ouverture des plis, la commission des marchés devait normalement rejeter ladite offre à cet instant précis.

A défaut d'un rejet systématique, l'autorité contractante ne peut postérieurement opposer des arguments visant à la disqualifier.

En procédant de la sorte, elle organise un semblant de concurrence avec le seul candidat restant de la compétition.

En conclusion, Unitrade soutient que la décision de rejet de son offre est tirée d'une volonté manifeste d'octroyer le marché à Fermon Labo, en dépit des principes d'équité, d'économie et de transparence contenus dans les articles 12, 13 et suivants de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics .

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

En réponse au recours gracieux, l'autorité contractante, par lettre du 23 novembre 2011, évoque les motifs de rejet dus à la non exhaustivité et la non-conformité de l'offre du requérant.

A l'ouverture des plis, il a été constaté, pour le lot 2 du marché (cartes et planches pédagogiques), qu'Unitrade n'a fourni que sept (7) des treize (13) spécimens de

planches demandées à la clause 11.1 i) des DPAO qui exige que « le candidat devra joindre à son offre un spécimen de chacun des articles composant chaque lot ».

A l'appui de sa décision de rejet, l'autorité contractante déclare que les planches pédagogiques manquantes étaient les suivantes : les gestes d'urgence, le système solaire, le changement climatique effet de serre, la déforestation couche d'ozone, les pluies acides et déchets recyclage, le cycle carbone cycle du soufre ;

Mis à part ses manquements, des déviations suivantes ont été constatées sur quelques planches pédagogiques produites par le requérant :

- Sur la planche didactique « l'eau et le sol », la partie « distribution de l'eau » est absente,
- Sur la planche didactique « yeux-yeux », des fautes d'orthographe ont été décelés et le verso de la planche est vide,
- Sur la planche didactique « appareil respiratoire-le cœur », il a été constaté beaucoup de fautes d'orthographe ; de même, l'emplacement des poumons a été omis ;

Ces déviations revêtent, selon l'autorité contractante, un caractère substantiel qui altère la qualité et l'utilisation des planches pédagogiques ;

Par ailleurs, aucune disposition du Code des marchés publics, encore moins du dossier d'appel d'offres, n'autorise la commission des marchés à réclamer les spécimens manquants, sous peine de rompre le principe de l'égalité des candidats.

Elle conclut que l'article 69 du Code des marchés publics prévoit qu' « il ne peut y avoir de négociation avec les candidats et aucune modification des offres ou de prix ou des conditions de concurrence ne peut être demandée, offerte ou autorisée » ;

Quant à la clause 29.3 des Instructions aux candidats, elle stipule que l'autorité contractante écartera toute offre qui n'est pas conforme pour l'essentiel au dossier d'appel d'offres et le candidat ne pourra pas par la suite la rendre conforme en apportant des corrections à la divergence, réserve ou omission substantielle constatée.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte sur :

1. la question de savoir si la publication systématique des attributions de marchés et la transmission des courriers aux candidats en fin de semaine constituent, des manœuvres visant à tromper la vigilance des concurrents sur les délais de recours.
2. Le défaut de production d'un rapport d'évaluation des offres par la commission des marchés,

3. la validité du motif de rejet d'un candidat fondé sur la non exhaustivité de son offre, relativement aux critères d'attribution mentionnés dans le dossier d'appel d'offres,
4. la conformité ou non de la composition de la commission des marchés ayant statué sur le dossier.

AU FOND

- 1) Sur l'assimilation de la publication des avis d'attribution de marchés et la transmission des notifications aux candidats, à des pratiques visant à tromper la vigilance des candidats sur les délais de recours :

Considérant que selon les dispositions de l'article 81.3 du Code des marchés publics, dès que l'autorité contractante approuve la proposition d'attribution du marché, elle avise immédiatement les autres candidats du rejet de leurs offres, leur restitue les garanties de soumission et publie un avis d'attribution ;

Considérant que le Code des marchés publics n'impose comme contrainte à l'autorité contractante, que le choix d'un journal quotidien de grande diffusion et si nécessaire, l'affichage, pour satisfaire à l'exigence de publicité sans pour autant viser un jour particulier ;

Considérant qu'à cet égard, le recours systématique à la publication des avis d'attribution ou à la transmission d'un courrier en fin de semaine, ne saurait être interprétée comme une volonté de l'autorité contractante visant à tromper la vigilance des soumissionnaires sur les délais de recours ;

Qu'il appartient dès lors à chaque candidat de prendre toutes les dispositions nécessaires pour s'organiser et faire prévaloir ses droits en cas de nécessité, lorsque l'information a été reçue dans les formes prévues ;

- 2) Sur l'absence d'un rapport d'évaluation des offres de la commission des marchés :

Considérant que selon les dispositions de l'article 81.1 du Code des marchés publics, la commission des marchés est chargée de dresser dans les trois jours qui suivent la fin de ses travaux, un procès verbal dans lequel elle relate les circonstances de son analyse et fait une proposition de classement des offres qui ne peut être rendue publique ni communiquée aux candidats ou à quiconque n'ayant pas qualité pour participer à la procédure d'évaluation ;

Considérant qu'il ne fait aucun doute que l'autorité contractante a élaboré un rapport d'analyse comparative des offres qui a d'ailleurs été transmis à la DCMP pour avis par lettre en date du 11 novembre 2011, en même temps que le procès verbal d'attribution dudit marché ;

Que par conséquent, l'argument visant à nier l'existence d'un rapport d'évaluation des offres élaboré par la commission des marchés est mal fondé ;

3) Sur le motif de rejet fondé sur la non exhaustivité de l'offre :

Considérant qu'il ressort des dispositions de l'article 70 du Code des marchés publics modifié que la commission des marchés propose à l'autorité contractante l'attribution du marché au candidat qui a proposé l'offre conforme évaluée la moins disante et qui est reconnu réunir les critères de qualification mentionnés dans le dossier d'appel à la concurrence ;

Considérant que selon la clause 17 des Instructions aux candidats, pour établir la conformité des fournitures et services connexes au DAO, le soumissionnaire fournira dans le cadre de son offre les preuves écrites que les fournitures sont conformes aux prescriptions techniques et normes spécifiées à la Section IV ; les preuves écrites peuvent revêtir la forme de prospectus, dessins ou données et comprendront une description détaillée des principales caractéristiques techniques et de performance des fournitures et services connexes, démontrant qu'ils correspondent aux spécifications ;

Considérant également que pour faciliter l'examen, l'évaluation, la comparaison des offres et la vérification de la qualification des candidats, l'autorité contractante a toute latitude pour demander à un Candidat des éclaircissements sur son offre ;

Que toutefois, aucune modification de prix ni aucun changement substantiel de l'offre ne seront demandés, offerts ou autorisés, si ce n'est pour confirmer la correction des erreurs arithmétiques découvertes par l'autorité contractante lors de l'évaluation des offres, si l'on se réfère à la clause 28.1 des IC ;

Considérant que l'autorité contractante établira la conformité de l'offre sur la base de son seul contenu, sans divergence, réserve ou omission substantielles par rapport au DAO ;

Les divergences ou omissions substantielles sont celles :

- a) qui limitent la portée, la qualité ou les performances des fournitures et services connexes spécifiés dans le marché ; ou
- b) qui limitent les droits de l'autorité contractante ou les obligations du candidat au titre du marché ; ou
- c) dont l'acceptation serait préjudiciable aux autres candidats ayant présenté des offres conformes.

Considérant qu'en application de la clause 11.1 i) des IC énumérant les documents exigés des soumissionnaires, l'autorité contractante a prévu, la remise par le candidat, d'un spécimen de chacun des articles composant chaque lot du marché, exigence non satisfaite par le requérant ;

Considérant par ailleurs que si le requérant a admis dans son courrier en date du 28 novembre 2011, qu'« il est impossible qu'un soumissionnaire non initié puisse produire l'ensemble des planches entre la date de l'avis d'appel d'offres et la date de remise des offres », force est de reconnaître qu'il avait la possibilité de saisir le CRD dans les délais indiqués pour dénoncer le supposé caractère discriminatoire, en

référence à l'article 88 du Code des marchés publics ; ne l'ayant pas fait, il doit être déclaré forclus ;

4) Sur le motif tiré de la non-conformité de la composition de la commission de marchés :

Considérant qu'à l'appui de son recours, UNITRADE évoque l'irrégularité de la composition de la commission des marchés qui a procédé à l'ouverture des plis du marché litigieux, en raison de l'expiration du mandat de certains d'entre eux et du défaut de quorum ;

Considérant qu'il ressort des articles 35 et 36 du Code des marchés publics, au niveau de chaque autorité contractante, il est mise en place une commission des marchés chargée de l'ouverture des plis, de l'évaluation des offres et de l'attribution provisoire des marchés, dont le nombre et les conditions de désignation sont déterminés par arrêté du Ministre chargé des finances ;

Considérant qu'en application de cette disposition, , l'autorité contractante a mis en place à travers l'Ordre de service n° 6269/MEPEMS/SG/CPM/Psg du 30 décembre 2010, la commission des marchés du Ministère de l'Enseignement Préscolaire, de l'Elémentaire, du Moyen Secondaire et des Langues Nationales composée ainsi qu'il suit :

Titulaires : Mame Moussé Ndoye, DAGE, Président,
Bassirou Mbengue, DPRE,
Pape Sanghoné Gaye, rapporteur,

Suppléants : Assane Dieng, DAGE,
Cheikh Tidiane Mbaye, rapporteur,
Aïssatou Gueye, DPRE ;

Considérant que la commission des marchés ayant participé à l'ouverture des plis est composée comme suit : Pape Sanghoné Gaye, Assane Dieng, Aïssatou Gueye tous membres et Abdoulaye SY, représentant le service bénéficiaire ;

Considérant que pour les besoins de l'analyse des offres, la commission des marchés a mis en place une commission technique, composée de Dibor Bakhom, Inspecteur de spécialité en histoire et géographie, Adama Diouf, professeur de SVT, Abdoulaye Ibnou Seck, tous en service à la DEMSG et Pape Babacar Sow, agent à la Division des marchés /DAGE, en application des dispositions de l'article 38 du Code des marchés publics et de l'Ordre de service n° 6269/MEPEMS/SG/CPM/Psg du 30 décembre 2010 ;

Considérant qu'à cet égard, le quorum exigé à l'article 39 du Code des marchés publics est atteint ;
Que par conséquent, la procédure doit être déclarée régulière ;

DECIDE :

- 1) Dit que le recours systématique à la publication des avis d'attribution ou à la transmission d'un courrier, en fin de semaine, ne peut être interprété comme une volonté de l'autorité contractante visant à tromper la vigilance des soumissionnaires sur les délais de recours ;
- 2) Constate que l'autorité contractante a élaboré un rapport d'analyse comparative des offres qui a d'ailleurs été transmis à la DCMP pour avis par lettre en date du 11 novembre 2011, en même temps que le procès verbal d'attribution dudit marché ;
- 3) Constate que la clause 11.1 i) des Données particulière des IC énumérant les documents exigés des soumissionnaires prévoit la remise par le candidat, d'un spécimen de chacun des articles composant chaque lot du marché ; à cet égard,
- 4) Dit que le requérant n'a pas respecté cette exigence ;
- 5) Déclare le requérant forclos sur le recours portant sur le supposé caractère discriminatoire de la clause 11.1 i) des Données particulières du DAO ;
- 6) Constate que la commission des marchés ayant statué sur le dossier est régulière ;
- 7) Dit que les prétentions du requérant ne sont pas fondées ;
- 8) Ordonne la continuation de la procédure de passation du marché litigieux ;
- 9) Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier à la société UNITRADE, au Ministère de l'Enseignement Elémentaire, du Moyen Secondaire et des Langues Nationales ainsi qu'à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Comité de Règlement des Différends (CRD)

Pour le Président

Abd'El Kader NDIAYE

Mamadou DEME

Membre du CRD

Ndiacé DIOP

**Le Directeur Général
Rapporteur**

Membre du CRD

Saer Niang