

**DECISION N°024/12/ARMP/CRD DU 29 FEVRIER 2012
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE FERMON LABO,
CONTESTANT LA DECISION D'ATTRIBUTION DU MARCHE RELATIF A
L'ACQUISITION DE MATERIELS SCIENTIFIQUES DESTINES AUX COLLEGES DE
L'ENSEIGNEMENT MOYEN, APRES REEVALUATION DES OFFRES.**

**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 Fermon Labo en date du 23 janvier 2012, enregistré le même jour sous le numéro 095/12 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 Abdoulaye SYLLA, Président, de MM. Mamadou DEME, 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 Takia Nafissatou FALL CARVALHO, Conseillère chargée de la Coordination et du Suivi, MM. René Pascal DIOUF, Coordonateur de la Cellule d'enquête sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, Ely Manel FALL, Chef de la division réglementation à la 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 23 janvier 2012, enregistrée le même jour sous le numéro 095/12 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD), la société Fermon Labo a sollicité l'annulation de la décision d'attribution provisoire du marché de

fourniture de matériels scientifiques destinés aux collèges de l'enseignement moyen secondaire.

LES FAITS

La Direction de l'Administration générale et de l'Équipement (DAGE) du Ministère de l'Enseignement Préscolaire, de l'Élémentaire, du Moyen Secondaire et des Langues nationales a obtenu du Budget Consolidé d'Investissement à travers l'appui budgétaire canadien (gestion 2008), des fonds afin de financer le Projet d'Éducation de Qualité pour Tous (phase 2),

A cet effet, le Ministère de l'Enseignement Préscolaire, de l'Élémentaire, du Moyen Secondaire et des Langues nationales a fait publier dans le journal quotidien « Le Soleil » du 08 août 2008, un avis d'appel d'offres pour l'acquisition de matériels scientifiques destinés aux collèges (DAO N°19/08).

A l'ouverture de plis du 08 septembre 2008, seules deux offres ont été reçues, celles de Fermon Labo et d'Unitrade.

Le 24 octobre 2008, l'autorité contractante publie, dans le même journal quotidien, l'avis d'attribution provisoire dudit marché au profit du soumissionnaire Fermon Labo.

Par lettre datée du 04 novembre 2008, la société Unitrade a introduit un recours devant le CRD pour contester les motifs de rejet de son offre avancés par la commission des marchés.

Par décision n° 036/ARMP/CRD du 03 décembre 2008, le Comité de Règlement des Différends, après avoir constaté que l'attribution du marché a été faite en violation de l'article 45 dernier alinéa du Code des marchés public, a annulé la décision de la commission des marchés et a ordonné que cette dernière sollicite de la société Unitrade, les documents exigés.

Après réexamen du dossier, la commission des marchés désigne UNITRADE, attributaire du marché, après avis favorable de la DCMP par lettre du 12 février 2009.

Le 14 janvier 2012, l'autorité contractante publie dans le journal « Le Soleil », l'avis d'attribution provisoire du marché.

Par courrier en date du 23 janvier 2012, la société Fermon Labo introduit dans un premier temps, un recours gracieux auprès de l'autorité contractante, puis le CRD pour contester la décision de la commission des marchés.

Par décision n°018/12/ARMP/CRD du 30 janvier 2012, le CRD a prononcé la suspension de la procédure de passation du marché susvisé.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa requête, Fermon Labo soutient que le marché litigieux a fait l'objet d'une première attribution qui a été annulée par le CRD par décision n°63/ARMP/CRD du 03 décembre 2008, ordonnant à la commission des marchés « de se conformer aux

dispositions de l'article 45 du Code des marchés publics en ce qui concerne l'exigibilité des bilans des exercices manquants et les attestations afférentes aux marchés similaires exécutés ».

Selon lui, non seulement les recommandations du CRD n'ont pas été suivies, mais elles ont plongé dans l'embarras, les membres de la commission des marchés de l'époque qui ont complètement gelé la poursuite du marché.

Trois ans après, le dossier a été ressorti par la nouvelle commission des marchés, qui dit vouloir évacuer les dossiers en souffrance, en réattribuant le marché litigieux au soumissionnaire précédemment évincé, sans prendre en compte les recommandations de l'ARMP ainsi que les dispositions réglementaires concernant la durée des marchés ;

Le requérant poursuit en indiquant que la nouvelle équipe chargée de l'évaluation des offres et de l'attribution des marchés n'a pas tenu compte de la décision du CRD précitée, constatant :

- que la société Unitrade n'a pas présenté le bilan des trois dernières années exigé dans le dossier d'appel d'offres,
- que cette dernière n'a pas apporté la preuve que son chiffre d'affaires est égal à 1,5 fois le montant de sa soumission et
- qu'elle n'a jamais accompli les prestations qu'elle prétend avoir exécutées.

Pour conclure, Fermon Labo déclare que « les vieux dossiers de marchés aujourd'hui exhumés par la nouvelle commission pour être attribués à un soumissionnaire qui avait été évincé sont tous irréguliers ... ».

Par conséquent, le requérant craint que la nouvelle commission des marchés de l'autorité contractante risque ainsi de continuer à attribuer, à la société UNITRADE, les marchés laissés en souffrance par l'ancienne équipe, en violation de la réglementation sur les marchés publics.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

Pour sa part, l'autorité contractante déclare que, contrairement aux allégations du requérant, la commission des marchés a suivi les recommandations du CRD à la suite de la décision n°63/ARMP/CRD du 03 décembre 2008,

Pour prouver sa bonne foi, elle avance qu'après réévaluation des offres, la commission des marchés a transmis la proposition d'attribution du marché à la DCMP qui, en retour, a émis un avis favorable.

Toutefois, elle souligne que le marché n'a pas pu être exécuté lors des exercices de 2010 et 2011 du fait d'une insuffisance de crédits qui ont pu être finalement mobilisés en 2012 à travers le Budget Consolidé d'Investissements (BCI).

L'OBJET DU LITIGE

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

1. La conformité ou non de l'offre de l'attributaire du marché aux critères de qualification contenus dans le dossier d'appel d'offres,
2. Le non respect, par l'autorité contractante, de la durée jugée trop longue, de la procédure de passation du marché litigieux.

AU FOND

- 1) Sur la conformité de l'offre du requérant aux critères de qualification indiqués dans le dossier d'appel d'offres :

Considérant qu'en référence aux dispositions combinées des articles 45 dernier alinéa et 59.2 du Code des marchés publics, la clause 28.1 du dossier d'appel d'offres prévoit 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 selon la clause 31.2 dudit dossier d'appel d'offres, cette demande ne peut concerner les documents suivants :

- Le formulaire de soumission de l'offre,
- Le bordereau des prix,
- Le pouvoir habilitant le signataire à engager le candidat,
- La garantie de soumission ;

Qu'en considération de ces dispositions, et au vu du caractère incomplet des documents et renseignements fournis par UNITRADE, le CRD a estimé, dans sa décision n°63/ARMP/CRD du 03 décembre 2008, d'une part, que le rejet de l'offre dudit soumissionnaire était non fondé, d'autre part, que l'autorité contractante avait l'obligation d'exiger de ce dernier les documents ou renseignements non fournis ou incomplets, dans le délai imparti ;

Considérant qu'après une deuxième évaluation, la commission des marchés a, par procès verbal d'attribution en date du 30 décembre 2008, conclu, d'une part, qu'il a été constaté qu'à l'exception des états financiers des exercices de 2005 et 2007, aucune preuve de certification des états financiers de 2006 concernant l'offre d'Unitrade n'a été donnée ;

Que, d'autre part, UNITRADE n'a pas fourni les éclaircissements demandés concernant l'attestation délivrée par la Direction de la Formation et de l'Education Féminine du Ministère de la Santé et de l'Hygiène publique de la République de Côte d'Ivoire » ;

Qu'en conclusion, la commission des marchés a estimé qu'UNITRADE n'a pas satisfait aux deux critères de qualification que sont le chiffre d'affaires moyen et l'exécution d'un marché de nature et de taille similaire, comme exigé à la clause 5.1 des Données particulières du DAO et a rejeté son offre ;

Considérant qu'après examen de la proposition d'attribution contenue dans le procès verbal d'attribution en date du 30 décembre 2008, la DCMP a donné un avis défavorable par lettre n°000452/MEF/DCMP du 05 février 2009 au motif « qu'aucun manquement à une exigence de qualification de nature à affecter matériellement la capacité du candidat

à exécuter le marché n'a été noté, que son offre est d'autant plus avantageuse que sa différence avec celle classée deuxième est de 302 235 990 F CFA... » ;

Considérant qu'après prise en compte des observations et recommandations formulées par la DCMP, la commission des marchés a finalement désigné UNITRADE attributaire, selon procès verbal en date du 12 février 2009 ;

Considérant que pour prouver sa qualification, UNITRADE a présenté les états financiers faisant refléter un chiffre d'affaires moyen de 550 108 572 F CFA supérieur au montant de sa soumission, réparti comme suit :

- 622 272 760 F CFA pour l'exercice clos le 31 décembre 2005,
- 461 797 436 F CFA pour l'exercice clos le 31 décembre 2006,
- 566 255 520 F CFA pour l'exercice clos le 31 décembre 2007 ;

Considérant que la commission des marchés a néanmoins contesté le chiffre d'affaires présenté par Unitrade, au motif qu'aucune preuve de la certification des états financiers de l'exercice 2006 n'a été donnée ;

Considérant qu'à ce sujet, il convient de relever que tous les trois états financiers présentés par Unitrade ont été signés par le même cabinet, EUREKA Audit & Conseils, même si le rapport du commissaire aux comptes de l'exercice 2006 qui, du reste, n'est pas joint, pouvait être également exigé du soumissionnaire, en référence aux dispositions de l'article 45 du Code des marchés publics ;

Considérant, en outre, que l'attributaire a justifié d'une capacité financière de 800 000 000 de F CFA qui est largement au dessus du montant minimum exigé, à savoir 300 000 000 de F CFA et d'une attestation d'existence de lignes de crédit de 400 000 000 de F CFA délivrée par ECOBANK qui, pourtant, n'était pas requis dans le dossier d'appel d'offres ;

Considérant, par ailleurs, qu'UNITRADE a déclaré avoir exécuté pour le compte de l'autorité contractante, en qualité de sous traitant, les marchés suivants qui, même s'ils n'ont pas la même envergure financière, sont de même nature, donc de complexité similaire :

- Fourniture et installation de matériels didactiques et scientifiques dans les lycées techniques pour 54 700 520 F CFA (Ref marché : n° F 11-FM- MPBHC-DCES de F CFA 72 983 000),
- Fourniture et installation de matériels didactiques et scientifiques dans les lycées techniques pour 206 452 800 F CFA (Ref marché : n° 168-FM- ME-DCES de F CFA 254 880 000),
- Fourniture et installation de matériels d'éducation physique et sportive, matériels d'éveil (puzzles, légumiers), structures extérieures (toboggans, balançoires, portiques pour 155 177 957 F CFA (Ref marché : n° 1 16-FM-Présidence de la République- ANCT de F CFA 191 577 725),
- Fourniture et installation de matériels scientifiques des lycées et blocs scientifiques et techniques pour 252 155 800 (Ref marché : n° 079-FM- MEN DAGE de F CFA 300 000 000 F CFA),

Qu'à cet égard, il y a lieu de considérer que l'offre de UNITRADE présente toutes les garanties requises concernant les critères de qualification exigés à la clause 5.1 des Données particulières du dossier d'appel d'offres ;

2) Sur le non respect, par l'autorité contractante, de la durée jugée trop longue, de la procédure de passation du marché litigieux :

Considérant que le requérant dénonce la durée jugée trop longue du processus de passation, l'amenant à craindre que la commission des marchés continue ainsi à attribuer irrégulièrement, à la société UNITRADE, les marchés en souffrance au niveau du Ministère de l'Enseignement Préscolaire, de l'Elémentaire, du Moyen Secondaire et des Langues nationales ;

Considérant que pour justifier le retard accusé dans le traitement et la finalisation du marché litigieux, dont la proposition d'attribution a reçu un avis favorable de la DCMF par lettre en date du 05 février 2009, l'autorité contractante déclare avoir obtenu son inscription budgétaire sur le BCI de 2012 suite à une insuffisance de crédits pour les exercices 2010 et 2011 ;

Considérant qu'en référence aux dispositions de l'article 17 du Code des Obligations de l'Administration modifié, la conclusion d'un contrat susceptible d'engager les finances de la personne administrative contractante est soumise à l'existence de crédits budgétaires suffisants et au respect des règles d'engagement des dépenses publiques ;

Considérant qu'en application de cette disposition, l'article 9 alinéa 2 du Code des marchés publics prévoit qu'avant signature de tout marché, les services compétents de l'autorité contractante doivent remettre au cocontractant le document portant engagement ou autorisation des dépenses relatives au marché ;

Considérant à cet égard, que le marché est co-financé à travers les crédits de la coopération Canadienne et de l'Etat du Sénégal, et que l'autorité contractante n'a pu mobiliser les fonds de contrepartie nationale lors des exercices de 2010 et 2011 et donc exécuter le marché du fait d'une insuffisance des crédits inscrits dans le BCI ;

Considérant que le retard constaté dans la mise en place de la contrepartie sénégalaise et, par conséquent, dans l'exécution du programme risque d'entraîner un désengagement de la partie canadienne, aux dépens de l'école sénégalaise ;

Considérant que s'il est à déplorer, ledit retard n'est pas imputable à l'autorité contractante ; par contre, ce dernier doit se prémunir de toute défaillance éventuelle dans l'exécution des prestations en prenant toutes les précautions nécessaires vis-à-vis de l'attributaire, notamment la confirmation de son offre.

DECIDE :

- 1) Constate que les états financiers de l'exercice 2006, produits par UNITRADE sont signés par le même cabinet, à l'instar des autres états financiers de 2005 et 2007 et que l'attributaire a justifié d'une capacité financière de 800 000 000 de F CFA qui est largement au dessus du montant minimum exigé et d'une attestation de ligne de crédit qui d'ailleurs, n'était pas requise par le dossier d'appel d'offres ;
- 2) Constate également que UNITRADE dispose d'une expérience dans la fourniture de produits de même nature même si l'ampleur n'est pas similaire; à cet égard,

- 3) Dit que l'offre d'UNITRADE présente toutes les garanties de qualification requises à la clause 5.1 des Données particulières du dossier d'appel d'offres ;
- 4) Constate que le marché est co-financé à travers les crédits de la coopération Canadienne et du budget national ; toutefois,
- 5) Constate que l'autorité contractante n'a pu mobiliser les fonds de contrepartie nationale lors des exercices budgétaires 2010 et 2011 et exécuter le marché du fait d'une insuffisance de crédits ;
- 6) Constate que le retard dans l'exécution du programme risque d'entraîner le désengagement du bailleur ;
- 7) Prend acte des motifs avancés par l'autorité contractante pour justifier le temps mis pour le traitement et la finalisation du dossier ;
- 8) Ordonne la continuation de la procédure de passation du marché litigieux ; toutefois,
- 9) Demande à l'autorité contractante de prendre les précautions requises en exigeant de l'attributaire, confirmation de la validité et du montant de son offre ;
- 10) Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier à la société Fermon Labo, à la Direction de l'Administration générale et de l'Équipement du Ministère de l'Enseignement Préscolaire, de l'Élémentaire, du Moyen Secondaire et des Langues nationales et 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