

**DECISION N°025/12/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 PEDAGOGIQUE ET DIDACTIQUE 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 Fermon Labo en date du 17 janvier 2012, enregistré le 20 janvier 2012 sous le numéro 092/12 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 17 janvier 2012, enregistrée le 20 janvier 2012 sous le numéro 092/12 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 pédagogique et didactique 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'Elémentaire, du Moyen Secondaire et des Langues nationales a obtenu du Budget Consolidé d'Investissement, à travers la « Contrepartie du Matching Found USAID/PDEF, des fonds afin de financer le Projet d'Education de Qualité pour Tous (phase 2) »,

A cet effet, le Ministère de l'Enseignement Préscolaire, de l'Elémentaire, du Moyen Secondaire et des Langues nationales a fait publier dans le journal quotidien « Le Matin » du 18 mai 2009, un avis d'appel d'offres pour l'acquisition de matériels pédagogique et didactique destinés aux collèges (AAO N° 13/09).

A l'ouverture de plis du 19 juin 2009, seules deux offres sont reçues, celles de Fermon Labo et d'Unitrade.

Par lettre du 10 janvier 2012, l'autorité contractante notifie à Fermon Labo, le rejet de son offre et publie dans le journal quotidien « Le Soleil » du 13 janvier 2012, l'avis d'attribution provisoire dudit marché au profit du soumissionnaire Unitrade.

Le 11 janvier 2012, le requérant introduit un recours gracieux pour contester la décision de la commission des marchés, puis saisit le CRD.

Par décision n°10/12/ARMP/CRD du 25 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, la requérante soutient qu'après évaluation des deux offres reçues, celles de Unitrade et Fermon Labo, la commission des marchés a attendu trois (3) ans pour annoncer les résultats de la compétition.

Selon lui, il a fallu l'intervention d'une nouvelle équipe administrative pour finaliser la procédure du choix de l'attributaire, en violation des dispositions des articles 70 et 83.3 du décret n°2011-1048 du 27 juillet 2011 portant Code des marchés publics.

Par ailleurs, elle conteste les motifs de rejet de son offre, car ayant présenté tous les échantillons ainsi que les autorisations des fabricants requis par le dossier d'appel d'offres.

Pour conclure, Fermon Labo dénonce « les vieux dossiers de marchés aujourd'hui exhumés par la nouvelle commission pour être attribués alors qu'aucune demande de prorogation de la validité des offres n'a été demandée, que toutes les cautions ont été levées, qu'aucune réactualisation des prix n'a été demandée et que les échantillons ayant accompagné les offres n'ont pas été restitués ».

Par conséquent, la requérante demande l'annulation de l'attribution du marché litigieux.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

Pour sa part, l'autorité contractante déclare qu'à l'ouverture des plis du 19 juin 2009, la commission des marchés a reçu deux offres.

Après évaluation, la commission a proposé par procès verbal du 28 août 2009, l'attribution dudit marché à Unitrade pour un montant de 230 688 000 F CFA, laquelle proposition a reçu un avis favorable de la DCMP par lettre du 10 novembre 2009.

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 n'ont pu être mobilisés qu'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. Le non respect, par l'autorité contractante, de la durée jugée trop longue, de la procédure de passation du marché litigieux,
2. La conformité ou non de l'offre du requérant par rapport aux spécifications techniques contenues dans le dossier d'appel d'offres.

AU FOND

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

Considérant que l'évaluation des offres est soumise aux dispositions du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics et non à celles du décret n°2011-1048 du 27 juillet 2011 ;

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 DCMP par lettre en date du 10 novembre 2009, l'autorité contractante déclare avoir obtenu son inscription budgétaire sur le BCI de 2012 suite à une insuffisance des crédits ouverts 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, de l'USAID 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 des bailleurs 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.

2) 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 de l'article 70 du Code des marchés publics, après avoir procédé à une évaluation détaillée en fonction des critères mentionnés dans le dossier d'appel à la concurrence, la commission des marchés propose, à l'autorité contractante, l'attribution du marché au candidat qui a l'offre conforme évaluée la moins disante et qui est reconnu réunir les critères de qualification ;

Considérant que la société Fermon Labo rejette la décision de la commission des marchés en déclarant être le seul soumissionnaire à avoir présenté une offre conforme ;

Considérant que la commission des marchés a relevé dans le rapport d'évaluation des offres, les non conformités suivantes :

- Unitrade n'a pas produit l'échantillon de l'article n°1 « Science au présent 2009 » ,
- Fermon Labo n'a pas fourni la fiche de légende numérotée pour l'article « Squelette du corps humain », la planche didactique « Cycle de l'eau » ne comporte pas d'œillets avec baguettes pour les bords bas, la qualité de la carte « géographique physique et administrative du Sénégal » et celle de la carte murale du monde ont été jugées peu satisfaisantes, la balance Roberval n'est pas de bonne qualité, les boîtiers des « masses marquées » sont peu résistants avec risque de perte des petites masses, la carte murale d'Afrique et la carte murale économique du Sénégal sont de mauvaise qualité et facilement détériorables ;

Considérant que malgré ces divergences constatées, la commission dit avoir décidé d'attribuer le marché à Unitrade qui a soumis l'offre la moins disante et qui respecte les critères de qualification du dossier d'appel d'offres, même si l'échantillon demandé n'a pas été produit ;

1.1) Sur la conformité de l'offre de l'attributaire :

Considérant que selon la clause 30 du dossier d'appel d'offres, si une offre est conforme pour l'essentiel, l'autorité contractante peut tolérer toute non-conformité ou omission qui ne constitue pas une divergence substantielle par rapport aux conditions de l'appel d'offres ;

Que si une offre est conforme pour l'essentiel, l'autorité contractante peut demander au candidat de présenter, dans un délai raisonnable, les informations ou la documentation nécessaires pour remédier à la divergence ou aux omissions non essentielles constatées dans l'offre en rapport avec la documentation demandée ; toutefois, pareille omission ne peut, en aucun cas, être liée à un élément quelconque du prix de l'offre et le candidat qui ne ferait pas droit à cette demande peut voir son offre écartée ;

Considérant que la commission des marchés après avoir relevé le défaut de présentation par Unitrade, de l'échantillon de l'article n° 1 « Science au présent 2009 », avait toute latitude d'exiger, de cette dernière, la production dudit document aux fins de sa validation, avant de déclarer l'offre conforme, en référence aux dispositions de la clause 30.2 du dossier d'appel d'offres, ;

Que ne l'ayant pas fait, il y a lieu de demander à la commission des marchés de se conformer à ladite prescription avant toute décision de sa part ;

1.2) Sur la non-conformité de l'offre de FERMON LABO :

Considérant que la commission des marchés a déclaré les échantillons de l'offre de Fermon Labo non conformes (la carte géographique physique et administrative du Sénégal, la carte murale du monde, la balance Roberval, les boîtiers des « masses marquées », la carte murale d'Afrique et la carte murale économique du Sénégal) pour défaut de qualité alors que la définition de ces fournitures dans la Section IV du dossier d'appel d'offres ne fait mention à aucune norme qualitative ;

Qu'à cet égard, il y a lieu de constater que le motif de rejet invoqué par la commission des marchés n'est pas justifié ;

Considérant cependant que même s'il advenait que l'offre de Fermon Labo soit déclarée conforme par la commission des marchés, cette décision ne peut avoir aucune incidence sur le classement au motif que le montant évalué de la proposition financière de son concurrent est moins élevée de 142 606 529 F CFA.

DECIDE :

- 1) Dit que l'évaluation des offres est soumise aux dispositions du décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics ;
- 2) Constate que le marché est co-financé à travers les crédits du « Matching Found USAID/PDEF », destinés à financer le Projet d'Education de Qualité pour Tous (phase 2) ; toutefois,

- 3) Constate que l'autorité contractante n'a pu mobiliser les fonds de contrepartie nationale lors des exercices budgétaires 2010 et 2011 et donc exécuter le marché du fait d'une insuffisance de crédits ;
- 4) Constate que le retard dans l'exécution du programme met en péril la poursuite du partenariat avec les bailleurs concernés ;
- 5) Prend acte des motifs avancés par l'autorité contractante pour justifier le temps mis pour le traitement et la finalisation du dossier ;
- 6) Constate que les motifs de rejet de certains articles produits par Fermon Labo pour défaut de qualité, avancés par la commission des marchés, ne sont pas justifiés ; toutefois,
- 7) Dit que la conformité de l'offre de Fermon Labo, même si elle est admise, ne peut avoir aucune incidence sur le classement des offres du fait qu'UNITRADE a soumis l'offre financière évaluée la moins disante ;
- 8) Demande à la commission des marchés d'exiger d'UNITRADE, la production de l'échantillon de l'article n° 1 aux fins de sa validation, en référence aux dispositions de la clause 30.2 du dossier d'appel d'offres ; par conséquent,
- 9) Ordonne la continuation de la procédure de passation du marché litigieux si l'échantillon de l'article n° 1 proposé par Unitrade est déclaré conforme aux spécifications demandées ;
- 10) Demande à l'autorité contractante de prendre la précaution d'exiger, de l'attributaire, confirmation de la validité et du montant de son offre ;
- 11) 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