

**DECISION N° 086/12/ARMP/CRD DU 08 AOUT 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 LOT 1 DE L'APPEL D'OFFRES
N° F-03/12-DEQS PORTANT SUR LA FOURNITURE D'EQUIPEMENTS EN
MATERIELS DE LABORATOIRE (SCIENCES PHYSIQUES, CHIMIE ET SVT) DE
LYCEES ET COLLEGES ET LE CLASSEMENT SANS SUITE DES LOTS 2 ET 3.**

**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, modifié ;

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

Vu la lettre de FERMON LABO en date du 04 juillet 2012, enregistrée le 06 juillet 2012 ;

M. Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, ayant exposé le rapport de la Direction générale ;

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, de MM Abd'El Kader N'DIAYE, Ndiacé DIOP et Mamadou DEME, 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, Coordonnateur de la Cellule d'enquête 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 en date du 04 juillet 2012, reçue le 06 juillet 2012 sous le numéro 583/12, la société FERMON LABO SENEGAL S.A. a saisi le CRD en contestation de la décision de la commission des marchés du Ministère de l'Education nationale attribuant le lot 1 de l'appel d'offres N° F-03/12-DEQS portant sur la fourniture d'équipements en matériel de laboratoire (Sciences physiques, Chimie et SVT) de Lycées et Collèges et déclarant sans suite les lots 2 et 3.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'il résulte des dispositions des articles 88 et 89 du Code des marchés publics, que tout candidat à un marché public peut, soit saisir l'autorité contractante d'un recours gracieux dans le délai de cinq jours ouvrables à compter de l'avis d'attribution provisoire du marché, de l'avis d'appel d'offres ou de la communication de la demande de proposition, puis le CRD dans les trois jours suivant l'expiration du délai de cinq jours imparti à l'autorité contractante pour répondre, soit saisir directement le CRD dans les trois (3) jours suivant la publication de l'avis d'attribution provisoire du marché, de l'avis d'appel d'offres ou de la communication de la demande de proposition ;

Considérant qu'il apparaît de l'instruction du dossier qu'après avoir été informée, par le journal « Le Soleil » en date du 04 juillet 2012, de la décision du Ministère de l'Education nationale déclarant sans suite les lots 2 et 3 du marché susvisé, la société Fermon Labo a saisi directement le CRD, par lettre datée du 04 juillet 2012, reçue le 06 juillet 2012, pour contester le rejet de son offre ;

Considérant que les dispositions des articles 88 et 89 du Code des marchés publics ne sauraient être utilement interprétées sans les opposer à celles de l'article 11 de la Directive n° 05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine qui invite les Etats membres à prendre les mesures nécessaires permettant aux candidats des marchés publics ou délégations de service public d'introduire un recours effectif préalable à l'encontre des procédures et décisions rendues à l'occasion de la procédure de passation et leur causant préjudice, devant le représentant de l'autorité contractante ;

Considérant que contrairement aux règlements qui sont d'application directe et immédiate, les directives lient les Etats membres en ce qui concerne les résultats à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens, et nécessitent une transposition dans l'ordonnement juridique des Etats ;

Considérant qu'en transposant l'article 11 de la Directive précitée, le décret portant Code des marchés publics n'a pas de façon péremptoire posé le principe du caractère obligatoire du recours gracieux préalable, mais a seulement « habilité » tout candidat à un marché public à saisir la personne responsable du marché d'un recours gracieux ;

Qu'au surplus, le Code des marchés publics ne sanctionne pas de déchéance la requête d'un candidat dont le recours devant le CRD n'a pas été précédé d'une saisine préalable, à titre gracieux, de l'autorité ;

Considérant qu'à cet égard, le requérant a saisi directement le CRD dans les trois (3) jours ouvrables à compter de la publication de l'avis d'attribution provisoire, en référence aux articles 88 et 89 du Code des Marchés publics modifié ;

Qu'il convient donc de le déclarer recevable ;

LES FAITS

Dans l'avis d'attribution provisoire paru dans le quotidien « Le Soleil » n° 12631 du mercredi 4 juillet 2012, la commission des marchés, après ouverture des plis et évaluation des offres, a annoncé l'attribution du lot 1 (matériel SVT) de l'appel d'offres susnommé à UNITRADE et le classement sans suite des lots 2 (matériel de physique) et 3 (produits chimiques) du marché.

Suite à cette décision, la société FERMON LABO SENEGAL a saisi le CRD d'un recours contentieux.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS :

Au soutien de son recours, FERMON LABO SENEGAL prétend que la décision de déclarer sans suite les lots 2 et 3 du marché n'est pas conforme au Code des marchés publics, au motif que l'appel d'offres litigieux étant inscrit sur le Plan de passation des marchés de 2012, la commission des marchés devait prononcer l'attribution en faveur du candidat le mieux placé, même si, par défaut de crédits, l'autorité contractante est contrainte de différer la commande.

En ce qui concerne le lot 1, le requérant soutient que « la différence entre le montant à l'ouverture des plis et le montant attribué laisse penser que des réaménagements de l'offre du soumissionnaire UNITRADE ont été effectués au-delà du seuil acceptable. Par conséquent, l'offre devait être déclarée non conforme pour les trois lots... ».

Selon le requérant, c'est comme si la commission des marchés s'est substituée au fournisseur pour mettre ses offres en bon état, en violation des règles de neutralité.

En conclusion, la société FERMON LABO SENEGAL demande à être rétablie dans ses droits.

LES MOTIFS DONNES PAR LE MINISTERE DE L'EDUCATION NATIONALE :

L'autorité contractante dénonce la non saisine au préalable du Ministère de l'Education nationale, par le requérant, avant l'introduction du présent recours devant le CRD.

Selon elle, c'est la DCMP qui, après analyse du dossier, a par lettre n°2357/MEF/DCMP/59 du 05 juin 2012, fait des observations sur le rapport d'évaluation conduisant à déclarer la société UNITRADE, attributaire des trois lots de l'appel d'offres.

En retour, la commission des marchés a proposé à la DCMP d'attribuer le lot 1 dudit marché et de déclarer sans suite les lots 2 et 3 pour des raisons liées à l'insuffisance de crédits.

Pour justifier sa demande auprès de la DCMP, l'autorité contractante déclare que le montant total des crédits alloués pour l'acquisition de matériels scientifiques en 2012 s'élevait à 627 000 000 de francs CFA, comme mentionné sur le Plan de passation des marchés de ladite année.

Sur instruction du Ministre d'Etat, Ministre de l'Economie et des Finances, des engagements de marchés de 2011 ont été effectués sur lesdits crédits à hauteur de 254 033 842 FCFA.

Ainsi, le crédit disponible pour les marchés de 2012 a été réduit à la somme de 372 966 158 FCFA, alors que le montant total de l'offre de UNITRADE, sur les trois lots de l'appel d'offres litigieux, s'élève à 649 079 020 FCFA.

Face à cette insuffisance de crédits, la DCMP a suivi le Ministère en sa demande en déclarant sans suite les lots 2 et 3.

Pour ce qui concerne le deuxième moyen soulevé par le requérant, l'autorité contractante déclare que les offres des deux candidats sur le lot 1, lues à l'ouverture des plis, se présentaient comme suit :

FERMON LABO SENEGAL: 490 834 876 FCFA,
UNITRADE : 324 223 637 FCFA.

Sur cette base, l'attribution du lot 1 a été faite au candidat UNITRADE qui a soumis l'offre évaluée la moins disante et qui remplit les critères de qualification.

Cependant, eu égard au fait que les crédits disponibles ne pouvaient pas permettre l'attribution des lots 2 et 3 du marché litigieux, l'autorité contractante a préféré augmenter la commande des ouvrages sur le lot 1 sur la base des dispositions de la clause 39.1 des Données particulières des Instructions aux candidats qui autorisent l'autorité contractante à majorer à hauteur de 10%, les quantités attribuées.

Conséquemment, le montant de l'offre d'UNITRADE, lu publiquement, est passé de 324 223 637 FCFA à 356 645 205 FCFA.

En conclusion, l'autorité contractante affirme qu'elle s'est toujours conformée aux principes d'équité, d'égalité et de transparence depuis la prise de fonction de la nouvelle équipe et s'offusque des graves accusations qui ont été portées à l'endroit des membres de la commission des marchés.

L'OBJET DU LITIGE :

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

- le fondement de la décision déclarant sans suite, les lots 2 et 3 du marché et
- les prétendues manipulations de l'offre de UNITRADE sur le lot 1 du marché, ayant conduit à un écart important, entre le montant lu à l'ouverture des plis et celui retenu à l'attribution provisoire.

EXAMEN DU LITIGE

1) Sur le fondement de la décision déclarant infructueux, les lots 2 et 3 du marché :

Considérant qu'il résulte de l'article 65 du Code des marchés publics que l'autorité contractante peut, après consultation de la DCMP, ne pas donner suite à un appel d'offres pour des motifs d'intérêt général, tels que la disparition du besoin qui était à l'origine de la procédure ou des montants d'offres trop élevés par rapport à la valeur estimée du marché ;

Considérant qu'il ressort de l'original de l'offre d'UNITRADE sur le lot 2 du marché, que les articles de verrerie ont été prévus dans son devis (item 74 à 118), pour un montant total de 57 385 351 FCFA, alors que lesdits produits concernent le lot 3 du marché, si l'on se réfère à la Section IV du DAO (Bordereau des quantités, Calendrier de livraison, Cahier des clauses techniques, Plans, Inspections et Essais);

Considérant que par conséquent, la commission des marchés a extirpé du lot 2, lesdits articles et les a reversés au niveau du lot 3, ce qui donne une offre corrigée de $282\,556\,378\text{ FCFA} - 57\,385\,351\text{ FCFA} = 225\,171\,027\text{ FCFA}$, amenant ainsi à désigner UNITRADE comme ayant soumis l'offre la moins disante devant FERMON LABO SENEGAL qui a proposé 278 241 134 FCFA ;

Considérant que sur le lot 3, l'offre de UNITRADE a été revue à la hausse à concurrence de 102 266 912 FCFA, après application des corrections et ajustements, comme suit : $42\,299\,733\text{ FCFA}$ (offre lue à l'ouverture des plis) + $2\,581\,828\text{ FCFA TTC}$ (consécutif à la prise en compte de quatre articles non cotés) – 4 FCFA (erreur de calcul) + $57\,385\,351\text{ FCFA}$ (articles de verrerie initialement prévus sur le lot 1) ;

Considérant que sur le même lot, l'offre de FERMON LABO SENEGAL a également subi un ajustement à la hausse de 728 238 FCFA à la suite d'une omission portant sur l'item cuivre sulfate 0,1 mol/l, ce qui porte son offre corrigée à $158\,393\,789\text{ FCFA} + 728\,238\text{ FCFA} = 159\,122\,027\text{ FCFA}$;

Qu'en considération des éléments du dossier, c'est à bon droit que la société UNITRADE a été déclarée attributaire des trois lots du marché pour avoir soumis l'offre conforme, évaluée la moins disante et qui réunit les critères de qualification ;

Considérant toutefois que suite à des engagements de crédits qui ont été opérés sur des marchés de 2011, l'autorité contractante s'est vu obligée, compte tenu du reliquat de 372 966 158 FCFA au titre des crédits disponibles, de demander et d'obtenir l'autorisation à la DCMP déclarant sans suite deux des trois lots, en se fondant sur les dispositions de l'article 65 du Code des marchés publics ;

2) Sur l'écart jugé important, entre le montant de l'offre de UNITRADE lu à l'ouverture des plis et celui retenu à l'attribution du lot 1 du marché :

Considérant que selon les dispositions des articles 68 et 70 du Code des Marchés publics, avant de procéder à l'analyse, à l'évaluation et à la comparaison des offres, la commission des marchés compétente procède à un examen préliminaire, puis

détermine si les offres sont conformes aux conditions et spécifications des cahiers des charges ;

Considérant que par la suite, la commission procède à une évaluation détaillée en fonction des critères établis dans le dossier d'appel à la concurrence et propose l'attribution du marché au candidat qui a soumis l'offre conforme évaluée la moins disante et qui réunit les critères de qualification ;

Considérant que sur le lot 1 du marché, les deux soumissionnaires ont présenté les offres suivantes à l'ouverture des plis ;

FERMON LABO SENEGAL: 490 834 876 FCFA,
UNITRADE : 324 223 637 FCFA.

Considérant qu'après évaluation, la commission des marchés a déclaré sans suite les lots 2 et 3 du marché, pour couverture insuffisante de crédits, puis a proposé d'attribuer uniquement le lot 1 en majorant de 10%, les quantités prévues du fait des besoins exprimés sur le terrain, conformément aux dispositions de la clause 39.1 des Données particulières qui donne le droit, à l'autorité contractante, d'augmenter ou de diminuer la quantité de fournitures et de services connexes initialement spécifiée à la Section IV, pour autant que ce changement n'excède pas 15% et sans modification des prix unitaires ou autres conditions ;

Que par conséquent, il y a lieu de dire que l'attribution ne souffre d'aucune non-conformité et de confirmer la décision d'attribution du lot 1 à UNITRADE pour un montant ne dépassant pas 356 645 200 FCFA TTC ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Dit qu'en internalisant la Directive n° 5, le décret portant Code des marchés publics n'a pas imposé aux candidats un recours gracieux préalable avant saisine du CRD ; à cet égard,
- 2) Déclare recevable, la saisine de FERMON LABO SENEGAL ;
- 3) Constate que UNITRADE a proposé sur les lots 2 et 3 du marché, l'offre conforme évaluée la moins disante et qui réunit les critères de qualification exigés ;
- 4) Dit que la décision de la commission des marchés, déclarant sans suite les lots 2 et 3 du DAO en raison de l'insuffisance des crédits disponibles pour assurer la couverture des trois lots du marché, est fondée ;
- 5) Dit que sur le lot 1, l'écart constaté entre le montant soumis par UNITRADE et celui attribué provisoirement résulte de l'application de la clause 39.1 des Données particulières qui donne le droit, à l'autorité contractante, d'augmenter ou de diminuer la quantité de fournitures et des services connexes prévus, jusqu'à concurrence de 15% ; à cet égard,
- 6) Dit que le lot 1 du marché a été régulièrement attribué ;

7) Ordonne la continuation de la procédure de passation ;

8) Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier à la société Fermon Labo Sénégal, au Ministère de l'Education nationale 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