

**DECISION N° 168/12/ARMP/CRD DU 19 DECEMBRE 2012
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA SAISINE DE L'ENTREPRISE CSTP SA
CONTESTANT L'ATTRIBUTION PROVISOIRE DU MARCHE RELATIF AUX
TRAVAUX DE REHABILITATION ET D'EXTENSION DE LA CLINIQUE
GYNECOLOGIQUE ET OBSTETRICALE DU CENTRE HOSPITALIER
UNIVERSITAIRE DE L'HOPITAL ARISTIDE LE DANTEC**

**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 la Compagnie Sénégalaise des Travaux Publics (CSTP S.A) ;

Monsieur Ousseynou CISSE, chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, 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, Takia Nafissatou FALL CARVALHO, Conseillère chargée de la Coordination et du Suivi, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, 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 23 octobre 2012 enregistrée le lendemain au secrétariat du CRD, la Compagnie Sénégalaise des Travaux Publics (CSTP S.A) a introduit un recours pour contester le rejet de son offre et l'attribution provisoire du marché relatif aux travaux de réhabilitation et d'extension de la clinique gynécologique et obstétricale du Centre hospitalier universitaire de l'hôpital Aristide Le Dantec, lancé par la Direction des Infrastructures, des Equipements et la Maintenance (DIEM) du Ministère de la Santé et de l'Action sociale.

LES FAITS

Le Ministère de la Santé et de l'Action sociale a obtenu des fonds dans le cadre du Budget Consolidé d'Investissement afin de financer les travaux de réhabilitation et d'extension de la clinique gynécologique et obstétricale du Centre hospitalier universitaire de l'hôpital Aristide Le Dantec ;

Par le biais de la Direction des Infrastructures, des Equipements et de la Maintenance, le Ministère de la Santé et de l'Action Sociale a fait publier dans le journal « Le Soleil » du 2 mai 2012 un avis d'appel d'offres ayant pour objet les travaux susvisés ;

A l'ouverture des plis le 5 juin 2012, douze offres ont été reçues parmi lesquelles celle de la Compagnie Sénégalaise des Travaux Publics (CSTP S.A) ;

Après évaluation, « BF Trading et Service en Groupement avec INCO EXCAVACIONES » a été déclaré seul candidat conforme et proposé attributaire provisoire du marché ;

Dans le journal « Le Soleil » du 17 octobre 2012, la Direction des Infrastructures, des Equipements et de la Maintenance du Ministère de la Santé et de l'Action sociale a fait publier l'avis d'attribution provisoire du marché à « BF Trading et Service Groupement avec INCO EXCAVACIONES » ;

Le même jour, la Compagnie Sénégalaise des Travaux Publics (CSTP S.A) a saisi la DIEM d'un recours gracieux pour contester l'attribution provisoire du marché à « BF Trading et Service Groupement avec INCO EXCAVACIONES » ;

Par lettre en date du 22 octobre 2012, le Président de la Commission des Marchés du Ministère de la Santé et de l'Action Sociale a notifié au requérant les motifs du rejet de son offre ;

Non satisfaite de la réponse de l'autorité contractante, l'entreprise CSTP SA a, par lettre datée du 23 octobre 2012, saisi le CRD ;

Par décision n° 135/12/ARMP/CRD du 05 novembre 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 soutient que le marché étant financé par le Budget de l'Etat du Sénégal, les entreprises non communautaires sont exclues de la concurrence. A cet égard, il estime que la proposition d'attribution provisoire du marché à « BF Trading et service Groupement avec INCO EXCAVACIONES » est contraire aux textes qui régissent le Code des Marchés publics dans la mesure où INCO EXCAVACIONES est une entreprise non communautaire. De surcroit, le requérant relève le fait que l'entreprise attributaire provisoire a proposé, de loin, l'offre financière la plus élevée ;

En outre, relativement au non respect du critère d'expérience, soulevé par l'autorité contractante pour motiver l'élimination du requérant, l'entreprise CSTP SA soutient que

le dossier d'appel d'offres n'a nulle part fait cas d'infrastructures sanitaires comportant des lots techniques tels que fluides médicaux ;

Rappelant que le critère a été formulé ainsi qu'il suit « avoir effectivement exécuté en tant qu'entrepreneur, ou sous-traitant dans au moins trois marchés au cours des cinq dernières années avec une valeur minimum de 592.000.000 (cinq cent quatre vingt douze millions de francs CFA) de manière satisfaisante », le requérant indique avoir réalisé lors des cinq dernières années les travaux suivants :

- Mbao Villeneuve (phase 1) pour 2.661 670.768 FCFA TTC
- Mbao Villeneuve (phase 2) pour 1.400.000.000 FCFA TTC
- Réalisation d'un immeuble de 7 niveaux (R+M+5 E) pour 1.200.000.000 fCFA ;
- Réalisation d'un immeuble de 5 niveaux (R+4 E) pour 400.000.000 fCFA

Il en conclut que son offre est administrativement et techniquement conforme et de surcroît moins disante.

LES MOTIFS DONNES PAR LE MINISTERE DE LA SANTE ET DE L'ACTION SOCIALE

Par lettre en date du 22 octobre 2012, l'Autorité contractante informe la Compagnie Sénégalaise des Travaux Publics (CSTP SA) que le rejet de son offre est motivé par le fait qu'aucune référence mentionnée dans l'offre technique n'est similaire aux travaux proposés qui portent sur une infrastructure sanitaire comportant des lots techniques tels que les fluides médicaux.

OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte sur le rejet de l'offre du soumissionnaire CSTP SA pour cause de références jugées non similaires et sur la non conformité de la proposition d'attribution provisoire à « BF Trading et service Groupement avec INCO EXCAVACIONES » qui est associé à des étrangers.

AU FOND

1. Sur la non conformité de l'attribution provisoire du marché à « BF Trading et service en groupement avec INCO EXCAVACIONES »

Considérant qu'au regard des dispositions de l'article 52 du Code des Marchés publics, l'accès aux marchés financés sur le budget de l'Etat n'est autorisé aux entreprises étrangères autres que celles originaires d'Etats appliquant le principe de réciprocité que lorsque les prestations ne peuvent être exécutées par les entreprises sénégalaises ou communautaires et que dans ce cas, la formation de groupement réunissant des entreprises communautaires et non communautaires est obligatoire ;

Considérant qu'il ressort de l'instruction du dossier qu'un premier appel d'offres ayant le même objet avait été déclaré infructueux par l'autorité contractante après avis favorable de la DCMP suite à l'évaluation des sept offres reçues, à l'issue de laquelle la commission des marchés avait conclu qu'aucun soumissionnaire ne répondait aux critères de qualification ;

Qu'il y a lieu d'observer à cet égard que même si l'analyse combinée du caractère infructueux du premier appel d'offres et de la spécificité des travaux comportant des lots techniques propres au milieu hospitalier permet d'accepter le principe de la participation d'entreprises non communautaires, il reste entendu que les conditions de participation doivent être précisées à l'attention de tous les candidats et les bases de la concurrence préalablement bien définies en vertu du principe d'équité ;

Qu'à cet égard, l'autorité contractante devait, au moment du lancement de l'appel d'offres, informer tous les candidats de la possibilité de former des groupements avec des entreprises non communautaires pour renforcer leur compétence ;

Considérant, au surplus, que malgré l'existence d'une convention de partenariat jointe à l'offre entre BF Trading et Service et INCO EXCAVACIONES, les conditions essentielles requises pour constituer un groupement n'ont pas été remplies, notamment la garantie de soumission et la lettre de soumission. En effet, la garantie de soumission a été fournie uniquement au nom de BF Trading et Service au lieu de désigner le groupement ou chacun de ses membres ; en outre, la lettre de soumission désigne expressément « BF Trading et Service » comme soumissionnaire et ne fait pas ressortir un engagement du groupement ;

Qu'ainsi, il y a lieu de ne considérer dans l'évaluation des offres que le candidat BF Trading et Service qui s'est engagé dans la lettre de soumission et a fourni la garantie en son nom ;

Que par ailleurs, au vu du rapport d'évaluation deux références sur les trois exigées sont considérées comme conformes pour le soumissionnaire « BF Trading et Service et INCO EXCAVACIONES » et sont à l'actif du partenaire INCO EXCAVACIONES ;

Qu'en considération de ce qui précède, il y a lieu de reprendre l'évaluation de l'offre de BF Trading et Service sans prendre en compte les références fournies par son associé espagnol en l'occurrence INCO EXCAVACIONES ;

2. Sur l'élimination de CSTP pour cause de références jugée non similaires

Considérant qu'il ressort de l'instruction du dossier que les exigences relatives à l'expérience sont libellées ainsi « avoir effectivement exécuté en tant qu'entrepreneur, ou sous-traitant dans au moins trois marchés au cours des cinq dernières années avec une valeur minimum de cinq cent quatre vingt douze millions (592 000 000) de francs CFA de manière satisfaisante » ;

Que le requérant a justifié son expérience par la fourniture d'attestations dont l'analyse fait ressortir ce qui suit :

- Les deux références relatives à la réalisation d'un immeuble de 7 niveaux (R+M+5 E) pour 1.200.000.000 FCFA et à celle d'un immeuble de 5 niveaux (R+4 E) pour 400.000.000 FCFA ont été justifiées par la production d'une attestation de travaux datée du 12 décembre 2007 et délivrée par un bureau d'architecture avec la mention « les travaux en cours d'exécution sont effectués dans les règles de l'art ». Ladite attestation n'indique ni le contenu des prestations réalisées, ni le niveau d'achèvement actuel et en conséquence ne permet pas de conclure que le requérant peut légitimement faire valoir ces références ;

- Les références relatives à la construction de logements à Mbao Villeneuve (phase 1) pour 2.661 670.768 FCFA TTC et Mbao Villeneuve (phase 2) pour 1.400.000.000 FCFA TTC sont justifiées par des attestations de bonne fin. Lesdits travaux qui sont relatifs à un programme immobilier de logements économiques et duplex, en dépit des montants importants, ne peuvent être considérés comme similaires à ceux objet du marché litigieux car n'ayant pas la même complexité ;
- Les autres références fournies dans l'offre de CSTP SA ne sont pas de même envergure et de même complexité que les travaux objet du marché litigieux au regard de leur nature et de leur montant;

Qu'il y a lieu en conséquence de considérer que la commission a valablement éliminé le soumissionnaire CSTP SA pour défaut de références similaires ;

Considérant qu'il ressort de la note technique de l'autorité contractante que la réouverture de la clinique gynécologique et obstétricale de l'Hôpital Aristide Le Dantec, revêt un caractère prioritaire, d'une part, au regard de sa vocation de structure d'enseignement et, d'autre part, des activités qui y sont menées, lesquelles contribuent à satisfaire la forte demande de la population pour les cas jugés sérieux qui nécessitent un suivi assez délicat et qui ne peuvent être pris en charge par les autres structures de faible capacité.

Considérant qu'à cet égard, il y a lieu de prendre en compte le caractère urgent du projet au motif que la date de démarrage prévisionnel des travaux a accusé un retard du fait que le premier appel d'offres a été déclaré infructueux ;

PAR CES MOTIFS

- 1) Constate qu'en dépit de l'existence d'un contrat de partenariat entre BF Trading et service et INCO EXCAVACIONES, les conditions essentielles requises pour constituer un groupement n'ont pas été remplies ;
- 2) Constate que la possibilité pour les candidats de se constituer en groupement avec des entreprises non communautaires n'a pas été précisée au préalable dans l'appel d'offres ;
- 3) Dit que l'attribution du marché au groupement « BF Trading et Service et INCO EXCAVACIONES » n'est pas conforme ;
- 4) Constate que CSTP SA n'a pas prouvé qu'il a réalisé des projets similaires ;
- 5) Dit que l'autorité contractante a valablement éliminé le soumissionnaire CSTP SA ;
- 6) Annule l'attribution provisoire du marché ;
- 7) Ordonne la reprise de l'évaluation de l'offre du soumissionnaire BF Trading et Service ;

- 8) Déclare qu'au cas où l'appel d'offres serait à nouveau infructueux, l'autorité contractante pourra envisager la relance par appel d'offres restreint en procédure d'urgence et à titre exceptionnel avec possibilité d'ouverture à l'international, en conformité aux dispositions de l'article 52 du Code des Marchés publics ;
- 9) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à l'entreprise CSTP SA, au Ministère de la Santé Publique et de l'Action Sociale 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