

**DECISION N°072/10/ARMP/CRD DU 09 JUIN 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE FERMON LABO
CONTESTANT L'ATTRIBUTION PROVISoire DU MARCHÉ DE FOURNITURE
DE MATERIEL INFORMATIQUE, PEDAGOGIQUE ET DIDACTIQUE AU PROFIT
DU MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT TECHNIQUE ET DE LA FORMATION
PROFESSIONNELLE POUR CONFLIT D'INTERETS.**

**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 ;

Vu le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics modifié, notamment en ses articles 86, 87 et 88 ;

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° 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 10 mai 2010, enregistrée le 11 mai 2010 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends ;

Après avoir entendu le rapport de M. Cheikh Saad Bou SAMBE, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties ;

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, de MM Abd'El Kader N'DIAYE et Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends ;

De MM. Saër NIANG assurant l'intérim du Directeur général de l'ARMP, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, Oumar SARR, Conseiller juridique et René Pascal DIOUF, 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 du 10 mai 2010, enregistrée le 11 mai 2010 sous le numéro 220/10 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la société Fermon Labo a introduit un recours pour contester l'attribution provisoire du marché.

Par décision n°053/10/ARMP/CRD du 17 mai 2010, le CRD a prononcé la suspension de la procédure de passation du marché susvisé.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'après avoir été informée des résultats de l'attribution provisoire du marché sus visé par le journal « Le Soleil » en date des 8 et 9 mai 2010, la société Fermon Labo a introduit un recours devant le CRD ;

Considérant qu'aux termes de l'article 86 du Code des Marchés publics, tout candidat à une procédure d'attribution d'un marché est habilité à saisir soit la personne responsable du marché d'un recours gracieux, soit le CRD dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la publication de l'avis d'attribution du marché, de l'avis d'appel d'offres ou de la communication du dossier d'appel d'offres ;

Considérant que le présent recours a été introduit auprès du CRD par lettre du 10 mai 2010, enregistrée le 11 mai 2010 sous le numéro 220/10 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, soit un jour franc après la publication de l'avis d'attribution provisoire du marché ;

Qu'en conséquence, il doit être déclaré recevable ;

LES FAITS

Dans le cadre du marché de fourniture de matériel informatique, pédagogique et didactique, le Ministère de l'Enseignement technique et de la Formation professionnelle a fait publier dans le quotidien « Le Soleil » des 8 et 9 mai 2010, les résultats de l'attribution provisoire dudit marché.

Par courrier du 10 mai 2010, le requérant introduit un recours devant le CRD pour contester les conclusions de la commission des marchés ;

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa requête, Fermon Labo déclare qu'à la suite de la séance d'ouverture des plis du marché sus visé tenue le 9 novembre 2009, elle a saisi l'autorité contractante par lettre du 30 novembre 2009 pour l'informer que les candidats Tic Tac et IPS qui ont postulé en même temps sur les trois (3) lots dudit marché, sont des sociétés qui appartiennent à deux frères, ce qui constitue d'une part une violation de la réglementation et d'autre part, un déséquilibre entre les soumissionnaires ;

En réponse, par lettre du 10 décembre 2009, l'autorité contractante a déclaré prendre acte des informations portées à sa connaissance et ne ménagera aucun effort pour faire respecter la réglementation ;

Malgré ses déclarations, le Ministère de l'Enseignement technique et de la Formation professionnelle n'a écarté en définitive que la société Tic Tac, au lieu de disqualifier

également l'autre soumissionnaire incriminé, notamment la société IPS, déclarée attributaire du lot 1 du marché ;

Le requérant soutient également que les deux sociétés IPS et Tic Tac n'ont pas respecté les critères de qualification contenus dans le dossier d'appel d'offres pour les raisons suivantes :

- 1) elles ne peuvent avoir réalisé des marchés similaires durant les trois dernières années car l'attributaire du marché est une société d'imprimerie d'une part, et la société Tic Tac a été créée après 2009 d'autre part ;
- 2) l'attributaire du marché ne dispose ni du montant du chiffre d'affaires requis au cours des trois dernières années (2006-2007-2008), ni d'états financiers certifiés ;

LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

L'autorité contractante n'a pas fait parvenir ses commentaires aux moyens invoqués par le requérant.

Toutefois, il ressort des informations contenues dans le rapport d'évaluation des offres que la société Tic Tac a informé l'autorité contractante par lettre du 8 janvier 2010, qu'elle retirait « pour des raisons internes » son offre soumise dans le cadre de l'appel d'offres susvisé ;

C'est pour cette raison que la commission des marchés a considéré que la réclamation de la société Fermon Labo dénonçant une soumission concertée entre les deux sociétés, notamment l'attributaire du marché et la société Tic Tac, est devenue sans objet ;

Par contre, l'examen des critères de qualifications de la société IPS a donné les résultats suivants :

- 1) Sur le chiffre d'affaires :

La société IPS a réalisé les chiffres d'affaires suivants au cours des trois dernières années :

| 2006 | 2007 | 2008 | Moyenne |
|-------------|-------------|-------------|-------------|
| 180 603 756 | 535 065 265 | 486 105 295 | 400 591 438 |

Sur la base de ces informations, la commission des marchés a conclu que le candidat a rempli le critère puisque la moyenne de son chiffre d'affaires sur les trois dernières années est le double du montant de sa soumission.

- 2) Sur les marchés de nature et de taille similaires :

Le candidat IPS a présenté des attestations de service fait portant sur la fourniture de matériels informatiques au profit de la Société générale de Banques au Sénégal

pour des montants respectifs de 114 827 000 F CFA TTC en 2007, et 125 210 000 F CFA en 2008 ;

3) Sur le service après vente (SAV) :

Le candidat IPS a produit une attestation par laquelle il s'engage à assurer le SAV ;

4) Sur la capacité financière :

Le candidat IPS a fourni une attestation de capacité financière d'un (1) million de francs CFA délivrée par la CBAO/Groupe Attijariwafa Bank ;

En conclusion, la commission des marchés a estimé que la société IPS qui a soumis l'offre la moins disante remplit les critères de qualification prévus.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte, d'une part, sur la contestation de la décision d'attribution provisoire du marché pour conflit d'intérêts et d'autre part, sur le non respect par l'attributaire, des critères de qualification contenus dans le dossier d'appel d'offres.

AU FOND

Considérant qu'aux termes de la clause 5.1 des Données particulières des Instructions aux candidats, le soumissionnaire doit, entres autres :

- avoir réalisé un chiffre d'affaires moyen au moins égal à une fois et demi le montant de sa soumission au cours des trois dernières années (2006, 2007, 2008) et apportera la preuve que les états financiers des exercices sus indiqués sont dûment certifiés par un commissaire aux comptes agréé ;
- avoir exécuté au moins deux marchés de nature et de taille similaires au cours des trois dernières années ;
- disposer d'un service après vente (SAV) performant et de qualité pour les lots n° 1 et 3 , à cet effet, ils sont tenus de produire une attestation décrivant les moyens humains et matériels dont ils disposent ;

Considérant que par lettre du 8 janvier 2010, la société Tic Tac s'est volontairement retirée de l'appel d'offres ; que pour cette raison, seuls les critères de qualification de la société IPS seront examinés ;

Considérant que contrairement aux déclarations du requérant, il ressort des pièces du dossier que l'attributaire du marché, IPS, a produit ses états financiers pour les exercices 2006, 2007 et 2008 et que la société Tic Tac Sarl a été créée le 27 février 2006 et non après l'année 2009 ;

1) Sur le conflit d'intérêts :

Considérant qu'en référence aux articles 6 des statuts des sociétés sus nommées, Messieurs Mehdi Farhat et Samir Farhat demeurent les seuls associés ayant versé chacun pour moitié, les cent parts sociales de IPS et Tic Tac ;

Considérant qu'au terme des articles 12 et 13 respectivement des statuts des sociétés Tic Tac Sarl, et IPS, Monsieur Mehdi Farhat est nommé gérant statutaire pour toute la durée de vie des deux sociétés ; qu'à ce titre, il est investi des pouvoirs les plus étendus pour représenter lesdites sociétés et agir en leurs noms en toutes circonstances ;

Considérant que selon l'article 25 de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA, il est formellement interdit aux candidats et soumissionnaires de présenter pour le même marché ou un de ses lots, plusieurs offres en agissant à la fois en qualité de candidat individuel ou de membres d'un ou plusieurs groupements ; que pour cette raison, l'article 11 in fine du Code des Marchés publics interdit à une même personne, qu'elle soit physique ou morale, de représenter plus d'un candidat pour un même marché ;

Considérant par ailleurs que lorsque deux ou plusieurs entreprises ayant des liens capitalistiques ou de gérance étroits pouvant induire des possibilités de soumission concertée, veulent concourir à la fois à un appel d'offres, il est nécessaire que lesdits liens entre ces sociétés soient portés à la connaissance de l'autorité contractante lors du dépôt des offres ; que cette information revêt, en effet, une grande importance pour que l'autorité contractante puisse, par des démarches appropriées, apprécier l'indépendance réelle des offres remises et exercer un choix éclairé ;

Qu'à cet égard, Monsieur Mehdi Farhat, gérant des deux sociétés sus nommées s'est trouvé délibérément en situation de conflit d'intérêts en soumettant deux offres élaborées par lesdites sociétés, alors qu'en référence aux dispositions de la clause 4.3 des Instructions aux candidats, tout soumissionnaire se trouvant dans une situation de conflit d'intérêts en présentant plus d'une offre dans le cadre de l'appel d'offres sus nommé sera disqualifié ;

Considérant également qu'après avoir eu connaissance des résultats de l'ouverture des plis du marché sus visé qui a vu son offre financière classée moins disante pour un montant de 161 718 000 F CFA, suivie de la société IPS arrivée en deuxième position, la société Tic Tac s'est retirée de la compétition par lettre en date du 8 janvier 2010 pour « des raisons internes » ;

Qu'en agissant de la sorte, la société Tic Tac qui était moins chère, a dégagé intentionnellement son offre pour faire bénéficier à son suivant immédiat, la société IPS, désignée attributaire du marché, d'un prix plus élevé au détriment de l'autorité contractante ;

2) Sur les critères de qualification :

Considérant que la société IPS a produit un chiffre d'affaires au moins égal au double du montant de sa soumission, remplissant de ce fait le critère prévoyant un chiffre d'affaires moyen d'au moins égal à une fois et demi le montant de sa soumission au cours des trois dernières années ;

Considérant que relativement au deuxième critère portant sur l'expérience similaire, le candidat IPS a présenté, conformément à la clause 5.1 des Données particulières des Instructions aux candidats, deux attestations de service qui, bien que délivrées par la Société générale de Banques au Sénégal pour des montants respectifs de 114 827 000 F CFA TTC pour l'année 2007, et 125 210 000 F CFA pour l'année 2008, restent évasives sur la nature des prestations exécutées ;

Qu'à cet égard et en référence à la clause 28 des Instructions aux candidats et 5.1 des Données particulières des Instructions au candidat, la commission des marchés avait toute latitude pour demander au candidat de rapporter la preuve de ses déclarations, notamment en exigeant copie des contrats ou bons de commande signés ;

Considérant également que l'attributaire du marché n'a fourni qu'une attestation par laquelle elle s'engage à assurer un service après vente (SAV) alors qu'au terme de la clause 5.1 des Données particulières des Instructions aux candidats, il est tenu de fournir une attestation décrivant les moyens humains et matériels dont il dispose pour prouver qu'il dispose d'un SAV performant et de qualité ;

Qu'il s'ensuit que la commission des marchés n'a pas apprécié la pertinence des justificatifs produits par la société IPS afin de déterminer leur conformité relativement aux critères portant sur les marchés similaires et l'existence d'un SAV, concluant ainsi à tort que lesdits critères ont été remplis ;

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la requête introduite par Fermon Labo ;
- 2) Constate que Monsieur Mehdi Farhat, gérant statutaire des sociétés IPS et Tic Tac s'est trouvé en situation de conflit d'intérêts en soumettant une offre pour chacune des sociétés, en violation de l'article 11 in fine du Code des Marchés publics ;
- 3) Constate que le retrait de l'offre de la société Tic Tac, moins disante à l'ouverture des plis, a permis à la société IPS d'être désignée attributaire provisoire du marché sur la base d'un prix plus élevé au détriment de l'autorité contractante ; en conséquence,
- 4) Dit que toutes les deux sociétés, candidates au marché susvisé, sont disqualifiées en référence aux dispositions de la clause 4.3 des Instructions aux candidats ;
- 5) Constate que la commission des marchés n'a pas apprécié la pertinence des justificatifs produits par la société IPS afin de déterminer leur conformité

relativement aux critères portant sur les marchés similaires et l'existence d'un SAV ;

- 6) Annule l'attribution du lot 1 du marché sus visé ;
- 7) Ordonne la reprise de l'évaluation des offres ;
- 8) Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier à la société Fermon Labo, au Ministère de l'Enseignement technique et de la Formation professionnelle ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP