

**DECISION N°027/11/ARMP/CRD DU 23 FEVRIER 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE COMPLEXE INDUSTRIELLE THIARE
GUEYE (CITG) CONTESTANT LE REJET DE SON OFFRE PRODUITE DANS LE CADRE DES
MARCHES RELATIFS A L'EQUIPEMENT DE SALLES DE CLASSES ET BLOCS ADMINISTRATIFS
DANS LES DEPARTEMENTS DE KEBEMER, FATICK, FOUNDIOUGNE, LINGUERE ET
DIOURBEL LANCES PAR L'AGETIP.**

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 Co de des Marchés publics, modifié ;

Vu le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP), modifié ;

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

Vu la lettre en date du 13 janvier 2011 de la société CITG ;

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

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 MM Saër NIANG, Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, de Monsieur Oumar SARR, Conseiller juridique et René Pascal DIOUF, 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 les moyens exposés ci-après :

Par lettre mémoire du 13 janvier 2011, enregistrée le même jour sous le numéro 041/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la société Complexe Industrielle Thiaré Guèye (CITG) a introduit un recours auprès du CRD pour contester le rejet de son offre portant sur les appels d'offres suivants lancés par AGETIP :

1. appel d'offres n°099/10 relatif à l'équipement de 130 salles de classes et 24 blocs administratifs dans le Département de Kébemer,
2. appel d'offres n°103/10 relatif à l'équipement de 213 salles de classes et 28 blocs administratifs dans les Départements de Fatick et Foundiougne,
3. appel d'offres n°100/10 relatif à l'équipement de 178 salles de classes et 22 blocs administratifs dans le Département de Linguère,
4. appel d'offres n°098/10 relatif à l'équipement de 126 salles de classes dans la Région de Diourbel.

SUR LA RECEVABILITE:

Considérant qu'aux termes des articles 86 et 87 du décret 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics modifié, tout candidat à une procédure d'attribution est habilité à saisir soit la personne responsable dudit marché d'un recours gracieux, soit le CRD ;

Considérant que la société CITG a introduit, par lettre en date du 7 janvier 2011, un recours gracieux auprès de l'autorité contractante le jour de la parution de l'avis d'attribution provisoire du marché dans le journal « Le Soleil » ;

Considérant que non satisfait de la réponse à son recours gracieux notifiée par lettre datée du 12 janvier, le requérant a introduit une requête auprès du CRD par lettre en date du 13 janvier 2011, enregistrée le même jour sous le numéro 041/11 pour contester le rejet injustifié de son offre ;

Que le recours exercé dans les délais prescrits doit être déclaré recevable.

LES FAITS

L'AGETIP a lancé respectivement dans le journal « Le Soleil » des 17 et 18 août 2010, quatre (4) avis d'appel d'offres portant, d'une part, sur l'équipement de salles de classes et blocs administratifs dans les départements de Kébémér et Linguère et dans la région de Diourbel et, d'autre part, sur l'équipement de salles de classes et blocs administratifs dans les départements de Fatick et Foundiougne ;

L'ouverture des plis a eu lieu le jeudi 16 septembre 2010 pour les marchés des départements de Linguère, Kébémér et Diourbel et le 21 septembre 2010 pour le marché relatif aux départements de Fatick et Foundiougne ;

A la fin des opérations d'évaluation des offres, la commission des marchés a publié un avis d'attribution provisoire relativement à chaque marché ;

La société CITG a introduit un recours gracieux, puis a saisi le Comité de Règlement des Différends pour contester le rejet de ses offres fournies dans le cadre des quatre (4) marchés.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa requête, la société CITG soutient que la commission des marchés ne lui a remis que les procès verbaux de dépouillement des marchés de Foundiougne et Fatick, à l'exception de ceux de Diourbel, Linguère et Kébémér, alors que cette remise constitue une obligation édictée par le Code des marchés publics modifié ;

Il déclare également que MM Ibra Seck et Idrissa WADE dont les noms figurent sur le procès verbal d'ouverture des plis n'ont pas participé à ladite séance ;

Par ailleurs, la commission des marchés lui reproche à tort d'avoir violé les dispositions de la clause 12.1 des Instructions aux candidats suite à l'absence d'indication du montant de sa proposition financière sur ses lettres de soumission produite sur chaque marché ;

Selon lui, la décision de rejet de son offre par la commission des marchés n'est pas fondée puisqu'en référence à la clause 30 des Instructions aux candidats, l'Acheteur peut tolérer toute non-conformité ou omission qui ne constitue pas une divergence substantielle par rapport aux conditions de l'appel d'offres ;

Dès lors, l'AGETIP devait solliciter dans un délai raisonnable, les informations ou la documentation nécessaire pour remédier à la non-conformité des offres fournies ;

Par ailleurs, le requérant se plaint de la rupture du principe d'équité du fait que l'entreprise ESEDIC a été déclarée attributaire du lot 3 du marché relatif à l'équipement de 213 salles de classe et 28 blocs administratifs dans les départements de Fatick et Foundiougne, alors que ce dernier n'a pas présenté de copies de son offre ;

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

Au motif du rejet de l'offre du requérant, l'AGETIP apporte les précisions suivantes :

1. lors de l'ouverture des plis, il a été constaté que la lettre de soumission du requérant n'a ni mentionné le montant de l'offre, ni porté le cachet permettant d'identifier le candidat ; en conséquence, la commission des marchés a déclaré non-conforme l'offre du requérant au motif que les dispositions de l'article 11.1.a des Instructions aux candidats ont été violées ;
2. sur le refus de la commission des marchés de délivrer les procès verbaux d'ouverture des plis, l'autorité contractante déclare qu'elle n'a été saisie à aucun moment d'une telle demande par le requérant ; il s'y ajoute que la copie manuscrite du tableau d'ouverture des plis concernant l'appel d'offres relatif à l'équipement de salles de classes et blocs administratifs dans les Départements de Fatick et Foundiougne lui a été communiquée le même jour ;
3. pour ce qui concerne l'absence de certains membres de la commission des marchés, l'AGETIP affirme le contraire et renvoie le CRD à la feuille de présence jointe en annexe au procès verbal d'ouverture des plis ;

In fine, l'AGETIP déclare que la procédure de passation des quatre (4) marchés a reçu l'avis favorable de l'organe chargé du contrôle a priori.

L'OBJET DU LITIGE

Considérant qu'il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte sur :

1. la validité d'une lettre de soumission sur laquelle n'est pas mentionné le montant de l'offre financière du candidat ;
2. la non production par l'attributaire de copies de son offre ;
3. la non transmission du procès verbal d'ouverture des plis par la commission des marchés ;
4. la sincérité du procès verbal sur lequel l'autorité contractante aurait ajouté des prénoms et noms de personnes qui n'ont pas participé à l'ouverture des plis.

AU FOND

- 1) Sur le défaut d'inscription du montant de l'offre financière sur la lettre de soumission du candidat :

Considérant que selon les articles 54 de la Directive n°4/2005/CM/UEMOA et 11 du Code des Marchés publics, les marchés passés après mise en concurrence comprennent une soumission, acte signé par le candidat qui présente son offre et adhère aux dispositions du marché. Cet acte, établi, après signature par la personne responsable du marché, l'engagement contractuel des deux parties ;

Considérant que selon les dispositions de la clause 30.1 des Instructions aux soumissionnaires, l'Acheteur établira la conformité de l'offre sur la base de son seul contenu ; qu'à cet égard, une offre conforme pour l'essentiel est celle qui respecte toutes les stipulations, spécifications et conditions du DAO, sans divergences, réserves ou omissions substantielles ;

Sont considérées comme divergences, réserves ou omissions substantielles celles qui :

- a) limitent de manière substantielle la portée, la qualité ou les performances des fournitures et services connexes ; ou
- b) limitent d'une manière substantielle et non-conforme au DAO, les droits de l'Acheteur ou les obligations du soumissionnaire au titre du marché ; ou
- c) dont l'acceptation serait préjudiciable aux autres soumissionnaires ayant présenté des offres conformes pour l'essentiel ;

Considérant qu'en application de cette clause, l'Acheteur écartera toute offre qui n'est pas conforme pour l'essentiel au DAO et le soumissionnaire ne pourra pas par la suite la rendre conforme en apportant des corrections à la divergence, réserve ou omission substantielle ;

Considérant que selon les dispositions des clauses 11.1.a et 12.1. des Instructions aux candidats des DAO des marchés susvisés, il est exigé des candidats la production d'une lettre de soumission qui sera remplie de manière à fournir tous les renseignements demandés, conformément au formulaire fourni à la Section IV dudit DAO ;

Qu'à cet égard, la clause 14 des Instructions aux candidats prévoit que le montant à indiquer sur la lettre de soumission sera le prix total de l'offre et devra mentionner le prix global ainsi que tout rabais éventuel, proposé par le candidat ;

Considérant qu'aux termes de l'article 39 du Code des Obligations civiles et commerciales, les dispositions des obligations civiles et commerciales relatives au régime juridique des offres sont applicables aux contrats administratifs, sauf les règles spéciales imposées par le présent code et les textes législatifs et réglementaires aux offres intervenant au cours d'une procédure d'appel d'offres ;

Considérant que selon le Code des Obligations de l'Administration, l'offre est une proposition ferme et précise de contracter, ayant vocation à emporter la formation du contrat par la seule survenance d'une acceptation ; que par conséquent, l'offrant doit fixer l'objet du marché et les conditions financières ; que n'est pas une offre, celle qui ne fixe que l'objet du marché envisagé, et non son prix ;

Considérant que ce manquement constitue une omission substantielle dont l'acceptation serait préjudiciable aux autres candidats ayant présenté des offres conformes pour l'essentiel, en référence à la clause 30.2 du DAO ;

Que si la commission des marchés avait agi autrement, elle aurait rompu le principe d'équité entre les candidats en apportant des corrections à la divergence, réserve ou omission substantielle ;

Que pour cette raison, la décision de la commission des marchés est fondée ;

2) Sur l'absence de production des copies de l'offre :

Considérant qu'en référence aux dispositions de la clause 22.1 des Données particulières des Instructions aux candidats, l'offre de chaque candidat doit être établie en un seul original, accompagné de deux (2) copies ;

Considérant que le requérant reproche au soumissionnaire ESEDIC, déclaré attributaire du marché relatif à l'équipement de 213 salles de classe et 28 blocs administratifs dans les Départements de Fatick et Foundiougne, d'avoir produit uniquement l'original de son offre en l'absence de toute copie ;

Considérant que la présentation du nombre de copies exigées a pour objectif de faciliter l'évaluation des offres par la commission des marchés ;

Qu'à cet égard, le non respect des formalités liées cette exigence n'altère pas la substance de l'offre et ne porte atteinte ni à la recevabilité de l'offre ni à sa conformité, en référence à la clause 30.2 du DAO ;

3) Sur la non transmission du procès verbal d'ouverture des plis :

Considérant que selon les dispositions de l'article 67.4 du Code des Marchés publics, dès la fin des opérations d'ouverture des plis, un procès verbal dressé et signé par la commission des marchés est remis à tous les candidats ;

Considérant que le requérant reproche à la commission des marchés la violation de cette exigence, notamment le défaut de transmission aux candidats du procès verbal d'ouverture des plis pour les marchés relatifs à l'équipement de salles de classes et blocs administratifs dans les Départements de Kébémér, Linguère et dans la Région de Diourbel ;

Considérant que le requérant déclare avoir reçu les résultats de l'ouverture des plis de l'appel d'offres relatif à l'équipement de 213 salles de classes à Fatick et Foundiougne, ce qui n'est pas le cas des trois autres marchés dont l'ouverture des plis a eu lieu le 16 septembre 2010 ;

Considérant que la commission des marchés a finalisé la rédaction des procès verbaux de la séance d'ouverture des plis desdits marchés à la date du 17 septembre 2010 au lieu du 16 septembre 2010, date effective de la tenue de ladite séance ;

Considérant que ce manquement a poussé l'AGETIP à effectuer des corrections sur les procès verbaux susvisés, provoquant un défaut de fiabilité des informations consignées ;

Considérant d'autre part qu'en réponse à cette reproche, l'AGETIP explique dans son courrier datée du 21 janvier 2011, son attitude par l'absence d'une demande de transmission desdits procès verbaux par le requérant ;

Qu'à ce propos, elle déclare que cette exigence a été d'ailleurs remplie par lettre datée du 12 janvier 2011 en réponse au recours gracieux du requérant ;

Considérant qu'il ressort des dispositions de l'article 67.4 du Code des Marchés publics que dès la fin des opérations d'ouverture des plis, la commission des marchés est tenue de remettre aux candidats, le procès verbal de la séance consignait toutes les informations ;

Considérant que l'inobservation de cette formalité est de nature à porter atteinte à la transparence du processus en privant les candidats d'éléments de preuve ;

Considérant cependant que le requérant n'a pas subi de préjudice du fait de la non transmission desdits procès verbaux d'ouverture des plis et ne l'a pas empêché d'exercer son droit de recours devant le CRD ; qu'en tout état de cause, il ne pouvait pas être déclaré attributaire par la commission des marchés du fait de la non-conformité de son offre ;

Qu'en considération de cet élément, il n'y a pas lieu de statuer comme il est demandé ;

4) Sur la non présence de certains membres de la commission des marchés à la séance d'ouverture des plis :

Considérant que selon l'article 35 du Code des Marchés publics modifié, la commission des marchés est chargée de l'ouverture des plis, de l'évaluation des offres et de l'attribution des marchés ;

Considérant que le requérant soutient que Messieurs Ibra Seck et Idrissa WADE dont les noms figurent sur le procès verbal d'ouverture des plis n'ont pas participé à la séance d'ouverture des plis alors qu'ils sont membres de la commission des marchés ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier transmises par l'AGETIP, qu'en sus des autres membres de la commission des marchés, les noms et signatures des sus nommés ont été consignés aussi bien sur le procès verbal d'ouverture des plis que sur la feuille de présence ;

Que la preuve contraire n'est pas établie ;

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la requête introduite par la société CITG ;
- 2) Constate que le requérant n'a pas indiqué le montant de son offre sur la lettre de soumission ;
- 3) Dit que ce manquement constitue une omission substantielle qui entraîne le rejet de l'offre ;
- 4) Dit que le défaut de production du nombre de copies exigé n'altère pas la substance de l'offre et ne porte pas atteinte à sa recevabilité ;
- 5) Dit que la non transmission du procès verbal d'ouverture des plis dans les formes indiqués à l'article 67.4 du Code n'a pas empêché le requérant d'exercer son droit de recours ;
- 6) Constate que, d'une part, les surcharges irrégulières opérées sur la date d'ouverture des plis ne rendent pas fiables les informations consignées sur les procès verbaux, d'autre part, la non transmission des procès verbaux aux candidats ne satisfait pas aux dispositions de l'article 67.4 du Code des Marchés publics ; que malgré tout,
- 7) Dit que ces manquements n'ont pas empêché le requérant d'exercer son droit de recours devant le CRD ;
- 8) Dit qu'au regard des informations consignées sur le procès verbal d'ouverture des plis et sur la feuille de présence, Messieurs Ibra Seck et Idrissa WADE ont participé au dépouillement des offres;
- 9) Dit que la preuve contraire n'est pas établie ;
- 10) Ordonne la continuation de la procédure ;
- 11) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société CITG, à l'AGETIP ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA