

**DECISION N°116/10/ARMP/CRD DU 1^{er} SEPTEMBRE 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DU CENTRE AFRICAIN DE
PERFECTIONNEMENT ET DE RECYCLAGE AU SENEGAL (CAPERSEN) CONTRE
LA DECISION D'ATTRIBUTION PROVISoire DU MARCHÉ RELATIF A
L'ORGANISATION DE LA COLONIE DE VACANCES DE L'AGENCE NATIONALE DE
L'AVIATION CIVILE DU SENEGAL (ANACS)**

**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 ;

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

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

Vu le recours en date du 15 juillet 2010 de CAPERSEN, enregistré le 23 juillet 2010 sous le numéro 556 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

Après avoir entendu le rapport de M. René Pascal DIOUF, rapporteur, présentant les moyens et les conclusions des parties,

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, de MM. Abd'El Kader NDIAYE, Birahime SECK et Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De MM Youssouf SAKHO Directeur général, 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 mémoire en date du 15 juillet 2010 enregistrée le 24 juillet sous le numéro 556 au Secrétariat du CRD, CAPERSEN a saisi le CRD en contestation du rejet de son offre par la commission des marchés de l'ANACS.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'au terme des articles 86 et 87 du décret 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics, tout candidat à une procédure d'attribution d'un marché est habilité à saisir soit la personne responsable dudit marché d'un recours gracieux, soit directement le CRD d'un recours contentieux; que ledit recours doit être

exercé 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 ;

Qu'en l'absence de suite favorable de son recours gracieux, le requérant dispose de trois (3) jours ouvrables à compter de la réception de la réponse de l'autorité contractante ou de l'expiration du délai de cinq jours imparti à celle-ci pour répondre à son recours pour saisir le CRD d'un recours ;

Considérant que la décision d'attribution provisoire contestée a été publiée dans le journal « Le Soleil » du 21 juillet 2010;

Que par lettre en date du 15 juillet enregistrée le 23 juillet 2010, CAPERSEN a saisi le CRD d'un recours ;

Que le recours ayant été introduit dans les forme et délai requis, il convient de le déclarer recevable ;

LES FAITS

Le 25 mai 2010, l'ANACS a fait publier dans le journal « Le Soleil », un avis d'appel d'offres relatif à l'organisation de sa colonie de vacances pour la gestion 2010.

Après dépôt, ouverture et analyse des offres, l'ANACS a, le 21 juillet 2010, fait publier dans le même journal, un avis d'attribution provisoire du marché à SENEGAL DECOUVERTES TOURISTIQUES (SDT), pour un montant de 65 205 300 FCFA TTC.

Le 23 juillet 2010, CAPERSEN a saisi le CRD d'un recours.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de son recours, CAPERSEN soulève quatre motifs tirés du non dépôt par l'attributaire provisoire de certaines pièces administratives, de la contestation du défaut de validité de sa caution alléguée par la commission des marchés, du fait que SDT n'était pas moins disante et de la date de publication de l'avis d'attribution provisoire.

Sur le premier motif, le requérant soutient que, de même que dans le procès-verbal d'ouverture des plis la commission d'évaluation des offres a relevé que CAPERSEN n'a pas fourni les attestations de l'IPRES, de la Caisse de Sécurité Sociale, de même aussi, elle aurait du mentionner que SDT n'a fourni ni quitus fiscal à jour ni l'attestation de l'Inspection du Travail.

En outre, il ajoute qu'au vu dudit procès-verbal, SDT n'a pas non plus fourni les curricula vitae du personnel-clé et les certificats de bonne vie et mœurs des personnes concernées, à l'exception du directeur de la colonie, contrairement à CAPERSEN, alors que l'appréciation des CV est un élément de jugement qui permet de se faire une idée précise sur l'expérience et le vécu du personnel proposé et les références qu'il offre.

S'agissant de sa garantie de soumission, CAPERSEN soutient que la commission d'évaluation a décidé qu'elle ne couvre pas la période indiquée dans le DAO, c'est-à-dire 30 jours après la validité de l'offre qui est fixée à 90 jours, outre le fait que l'offre ne contient pas les attestations de l'IPRES, de la Caisse de Sécurité Sociale et de l'Inspection du Travail.

Toutefois, il fait observer que dans l'Avis d'appel d'offres publié dans le journal « Le Soleil » du 25 mai 2010, il est indiqué au point 9 que « les offres doivent comprendre une garantie de soumission d'un montant de 800 000 FCFA. Les offres devront demeurer valides pendant une durée de 90 jours à compter de la date limite de soumission ».

Ayant fourni sa garantie sur la base de l'avis d'appel d'offres, il n'en a pas moins, après l'ouverture des plis du 28 juin 2010, procédé à un complément de dossier en souscrivant une garantie bancaire sur les 120 jours requis, et s'étonne donc que la commission n'aie pas pris en compte cette garantie complémentaire.

Pour le troisième motif, il soutient que SDT a été choisi en dépit du fait qu'il n'a pas présenté de quitus fiscal valide et que son offre dépasse de loin celle des autres soumissionnaires et que CAPERSEN est la structure la plus spécialisée de tous les soumissionnaires.

Enfin, CAPERSEN met en cause le fait que l'attribution provisoire a été publiée le 21 juillet 2010, alors que la colonie de vacances était censée commencer le 24 juillet, ce qui constitue une entrave à l'exercice par les candidats de leur droit au recours.

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

Par contre, l'ANACS, pour le complément des documents administratifs requis, soutient que, dans son entendement, les documents évoqués par CAPERSEN (attestations de l'IPRES, de la Caisse de Sécurité Sociale, de l'Inspection du Travail et quitus fiscal) ne sont pas des critères de rejet de dossier mais des éléments pour lesquels un complément de dossier peut être autorisé à tous les soumissionnaires au plus tard avant l'attribution provisoire du dossier.

Elle note que pour le présent cas, aucun des soumissionnaires n'a fourni l'attestation de l'Inspection du Travail en raison de la grève qui touche ce secteur, et qu'à l'ouverture des plis, il avait été demandé aux soumissionnaires de compléter les pièces administratives avant l'attribution provisoire, ce à quoi SDT s'est astreint en déposant un quitus fiscal en bonne et due forme.

S'agissant des CV du personnel-clé, l'ANACS affirme que CAPERSEN a fourni uniquement le CV du directeur de la colonie proposé, M. Papa Demba SOW et qu'avant l'attribution provisoire, SDT a fourni les certificats de bonne vie et mœurs et les références du personnel clé.

Sur la garantie de soumission de CAPERSEN, l'ANACS renseigne que la question est réglée de façon nette et précise par deux dispositions du DAO (section I. Instruction aux candidats 20.2.f et la section II. Données particulières de l'appel d'offres IC 19.1) qui stipulent respectivement : « demeurer valide pendant trente (30) jours après l'expiration de la durée de validité de l'offre, y compris si la durée de validité de l'offre est prorogée selon les dispositions de la clause 19.2 des IC », « la période de validité de l'offre sera de 90 jours ».

Elle en conclut donc que le requérant a fait une confusion entre validité de l'offre et validité de la garantie de soumission.

S'agissant du caractère moins disant de l'offre de CAPERSEN, l'ANACS révèle que le DAO avait omis de préciser le nombre de concernés, mais qu'elle a par la suite transmis

un complément d'information à tous les soumissionnaires pour leur indiquer que le nombre devrait être compris entre 40 et 50 enfants.

En conséquence, les offres des soumissionnaires ont varié suivant le nombre d'enfants et l'effectif d'encadrement proposé, de sorte qu'au vu du tableau comparatif dressé, CAPERSEN n'est pas moins disant puisque, dans son analyse, il n'a pris en compte que les montants lus publiquement, sans les lier au nombre de colons arrêté dans les différentes offres.

Enfin, concernant les délais de recours, l'ANACS estime les avoir respectés puisque la date du 24 juillet contenue dans le complément de dossier envoyé aux soumissionnaires n'était qu'indicative et que le départ étant finalement fixé au 28 juillet 2010, le délai de recours fixé à 5 jours a été respecté.

L'OBJET DU LITIGE

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

- la recevabilité des offres des candidats CAPERSEN et SDT,
- la qualification du candidat SDT,
- et le respect par l'ANACS des délais de recours.

AU FOND

1- Sur la recevabilité des offres des candidats CAPERSEN et SDT

Considérant que l'article 45 du Code des marchés publics d'une part dispose que « sous réserve du respect de ses droits en matière de protection de la propriété intellectuelle ou industrielle et de la confidentialité des informations concernant ses activités, tout candidat à un marché public doit justifier qu'il dispose des capacités juridiques, techniques et financières requises pour exécuter le marché en présentant tous documents et attestations appropriés énumérés dans le dossier d'appel à la concurrence... » et d'autre part, indique la liste des documents que les candidats doivent produire ;

Que, par ailleurs, ledit article précise que le défaut de fournir la garantie de soumission à l'ouverture des plis entraîne le rejet de l'offre et que les documents prévus aux alinéas a) à e) et, éventuellement g), non fournis ou incomplets, sont exigibles dans le délai imparti à l'autorité contractante pour prononcer l'attribution provisoire ;

Considérant, en outre, que l'article 68 du Code des marchés publics prévoit qu'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, afin de déterminer si les candidatures sont recevables en application de l'article 43 et sont accompagnées des pièces mentionnées à l'article 45, et rejette les offres non recevables ;

a) En ce qui concerne SDT

Considérant que le procès-verbal d'ouverture des plis en date du 28 juin 2010 renseigne que le candidat SDT doit « renouveler » son quitus fiscal et qu'il n'a pas produit l'attestation de l'Inspection du Travail ;

Que s'agissant de cette dernière pièce, le CRD a décidé que la grève prolongée des Inspecteurs et Contrôleurs du Travail constitue une force majeure qui délie les candidats aux marchés publics de l'obligation de la produire jusqu'à la fin de la grève ;

Qu'ainsi, le non dépôt de cette pièce ne saurait constituer un motif de rejet de l'offre d'un candidat ;

Considérant que l'examen de l'offre de SDT révèle que le candidat a transmis par lettre en date du 30 juin 2010, un nouveau quitus fiscal visé le même jour par le Receveur Général du Trésor ;

Qu'en conséquence de ce qui précède, l'offre de SDT est recevable ;

b) En ce qui concerne CAPERSEN

Considérant qu'à l'ouverture des plis, il a été relevé que CAPERSEN a proposé une garantie bancaire dont la date limite de validité est fixée au 28 septembre 2010, alors que la date limite de validité requise est arrêtée au 28 octobre 2010 ;

Que la commission d'évaluation, à l'examen préliminaire, a déclaré l'offre de CAPERSEN irrecevable au motif que la garantie de soumission ne couvre pas la période indiquée dans le DAO, c'est-à-dire trente (30) jours après la validité de l'offre qui est fixée à quatre-vingt dix (90) jours ;

Qu'à sa décharge, CAPERSEN soutient qu'il a produit sa garantie de soumission sur la base de l'avis d'appel d'offres qui serait en contrariété avec le DAO ;

Considérant, toutefois, qu'au point 9 de l'avis d'appel d'offres, il est simplement mentionné « les offres doivent comprendre une garantie de soumission d'un montant de 800 000 FCFA. Les offres devront demeurer valides pendant une durée de 90 jours à compter de la date limite des offres ;

Que, cependant, au point 20.2.f des Instructions aux soumissionnaires, il est mentionné que la garantie de soumission devra demeurer valide pendant trente (30) jours après l'expiration de la durée de validité des offres, soit donc une période de cent-vingt (120) jours ;

Considérant qu'à l'examen de la caution fournie par le Crédit du Sénégal, il est stipulé que toute demande de paiement au titre de la présente garantie doit être reçue à cette date au plus tard, soit le 28 septembre 2010, soit un délai de 90 jours ;

Que par suite, nonobstant le dépôt d'une nouvelle caution en date du 06 juillet 2010, et en vertu des dispositions de l'article 45 qui prévoient que « le défaut de fournir la garantie de soumission à l'ouverture des plis entraîne le rejet de l'offre », l'offre de CAPERSEN a été déclarée à bon droit irrecevable par la commission des marchés de l'ANACS;

2- Sur la qualification du candidat SDT

Considérant qu'après examen préliminaire de la recevabilité des offres, l'article 70 du Code des marchés publics renseigne que la commission procède ensuite à une évaluation détaillée en fonction des critères établis conformément à l'article 59 du présent décret, mentionnés dans le dossier d'appel à la concurrence, et 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 mentionnés dans le dossier d'appel à la concurrence ;

Considérant qu'à l'étape de l'examen préliminaire des offres, la commission des marchés a constaté que la garantie de soumission de CAPERSEN n'était pas valide et que les soumissionnaires Cheikh Tidiane SARR, Ada Voyages, Azur Voyages et Phisco International n'ont pas fourni de garantie de soumission ;

Considérant que, dans ces conditions, SDT étant moins disante et son offre ayant été déclarée conforme, il appartenait à la commission des marchés de vérifier si ce candidat, indépendamment de son offre, était qualifié au vu des justifications qu'il a soumises, conformément à l'article 59.2 du Code des marchés publics ;

Considérant, à cet égard, qu'à l'IC 18.1 du DAO, il est stipulé que pour établir qu'il possède les qualifications exigées à la clause 5 des IC pour exécuter le marché, le candidat fournira les pièces justificatives demandées dans les formulaires figurant à la Section II, Formulaire de soumission ;

Qu'en outre, à l'IC 11.1 (k) des données particulières, il est exigé aux candidats de joindre, entre autres documents, « CV détaillé et certificat de bonne vie et mœurs datant d'au moins 03 mois » ;

Qu'enfin, à la section III, formulaires de soumission, 2. Informations relatives à la qualification, il est d'une part mentionné au sous-point 1.5 Qualification et expérience du personnel clé proposé pour l'administration et l'exécution du marché (**Annexer les CV**. Se reporter également à la sous clause 5.2 (e) des IS et à la sous clause 9.1 des CG.), et d'autre part, prévu un tableau dont les rubriques à renseigner sont « poste », « nom », « année d'expérience (générale) » et « années d'expérience au poste prévu » ;

Considérant que dans son offre, SDT n'a fourni qu'une attestation, une lettre de référence et un CV concernant Monsieur Ndiassé Gningue, quand bien même dans sa proposition de budget, le candidat aurait prévu les indemnités d'un directeur de colonie, d'un adjoint pédagogique, d'un médecin, d'un intendant, d'un maître nageur et de huit (8) moniteurs diplômés ;

Que, du reste, le procès-verbal d'évaluation des offres mentionne que « Sénégal Découvertes Touristiques n'a pas fourni les curricula vitae du personnel clé et leurs certificat de bonnes vie et mœurs à l'exception du directeur de la colonie (le soumissionnaire devra nécessairement fournir ces documents s'il est attributaire du marché) », alors même que l'ANACS, dans sa note explicative du déroulement de la passation du marché colonie de vacances 2010, convient avec CAPERSEN que « l'appréciation des curriculum vitae est un élément de jugement qui permet de se faire une idée précise sur l'expérience et le vécu du personnel proposé et les références qu'il offre » ;

Considérant qu'il est établi, comme d'ailleurs reconnu par l'ANACS, que c'est par lettre en date du 20 juillet 2010, donc postérieurement à l'évaluation comme en atteste le rapport d'évaluation datée du 06 juillet 2010, que SDT a fourni la liste du personnel d'encadrement comprenant un directeur de colonie, un adjoint pédagogique, un médecin, un intendant et six moniteurs dont quatre sénégalais et deux marocains, ainsi que les certificats de bonne vie et mœurs des personnes concernées et datés du 19 juillet 2010 ;

Qu'en conséquence de ce qui précède, la qualification de SDT n'a pas été examinée au seul regard des justifications que le candidat a produites dans sa soumission, mais a fait l'objet de régularisation, en violation de l'article 59.2 du Code des marchés publics, en foi de quoi, le marché a été attribué à tort à SDT par l'ANACS ;

3- Sur le respect par l'ANACS des délais de recours

Considérant qu'aux articles 85, 86 et 87 du Code des marchés publics, il est aménagé la possibilité pour les candidats aux marchés publics de procéder successivement ou indépendamment à une demande d'information sur les motifs d'éviction de leur offre, à un recours gracieux et/ou contentieux ;

Que pour assurer l'effet utile de ces recours, il est prévu la signature du marché dans le délai minimum de quinze jours suivant la publication de l'avis d'attribution visé à l'article 81 du code ;

Considérant que contrairement aux allégations de l'ANACS qui prétend avoir respecté les délais de recours, après publication, le 21 juillet 2010, dans le journal « Le Soleil » de l'avis d'attribution provisoire, l'ANACS a, le même jour que le requérant a saisi le CRD, le 23 juillet 2010, procédé à la signature et fait enregistrer le marché pour un montant de 51 231 884 FCFA, avec entrée en vigueur le même jour, alors même qu'il était envisagé que les prestations devraient commencer le 24 juillet ;

Qu'ainsi, l'ANACS en agissant de la sorte, a gravement porté atteinte au droit de recours de CAPERSEN ;

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la requête introduite par CAPERSEN ;
- 2) Dit que l'offre de Sénégal Découvertes Touristiques est recevable ;
- 3) Constate que la garantie de soumission de CAPERSEN n'est pas valide et dit en conséquence que son offre n'est pas recevable ;
- 4) Constate que la qualification de Sénégal Découvertes Touristiques n'a pas été examinée au vu des documents contenus dans la soumission mais en considération des documents fournis après l'évaluation des offres ;
- 5) Dit qu'au regard des justifications initialement produites et des critères de qualification contenus dans le dossier d'appel d'offres, Sénégal Découvertes Touristiques n'était pas qualifié et que le marché lui a donc été attribué à tort, en violation de l'article 59.2 du Code des marchés publics ;

- 6) Constate que l'ANACS a procédé à la signature du contrat avec SDT pendant le délai de recours, et a donc porté atteinte au droit au recours du requérant ;
- 7) Dit en conclusion que la procédure de passation du marché relatif à l'organisation de la colonie de vacances 2010 de l'ANACS est irrégulière ;
- 8) Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier à CAPERSEN, à l'ANACS ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP