

**DECISION N° 104/13/ARMP/CRD DU 08 MAI 2013
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE EN.CO.SER
CONTESTANT LA DECISION D'ATTRIBUTION DU MARCHÉ RELATIF A LA GESTION
ET L'EXPLOITATION DU RESTAURANT N° 2 LANCE PAR LE CENTRE REGIONAL
DES ŒUVRES UNIVERSITAIRES DE SAINT-LOUIS**

**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° 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° 0005/ARMP/CRMP portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu le recours de la société ENCOSER SUARL en date du 21 avril, enregistré le lendemain au secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) sous le numéro 175/CRD ;

Madame Khadijetou Dia LY, Chargée des enquêtes, entendue en son rapport ;

En présence de Monsieur Mademba GUEYE, assurant l'intérim de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, absent, de MM. Mamadou WANE et Babacar DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De MM. Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la réglementation et des Affaires Juridiques, 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, Ousseynou CISSE, ingénieur, chargé d'enquête à la Cellule d'Enquêtes et d'Inspection, Ely Manel FALL, Chef de la Division Réglementation à la Direction de la Réglementation et des Affaires juridiques et Madame Takia Nafissatou FAL CARVALHO, Conseillère chargée de la Coordination et du Suivi, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité du recours ;

Par lettre en date du 21 avril 2013, enregistrée le lendemain au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) sous le numéro 175/13, la société ENCOSER SUARL a saisi le CRD pour contester la décision d'attribution du marché relatif à l'exploitation et à la gestion du restaurant N° 2, lancé par le Centre Régional des Œuvres Universitaires de Saint-Louis (CROUS).

LES FAITS

Le 08 février 2013, le CROUS a lancé dans le journal quotidien « Le Soleil », un appel d'offres pour la sélection de l'opérateur chargé de la gestion et de l'exploitation du restaurant N° 2 de Saint-Louis.

Après évaluation des offres, le CROUS a fait publier dans le journal quotidien « Le Soleil » en date du 19 avril 2013, l'attribution provisoire du marché en faveur du GIE Saint-Louis Restauration.

La société ENCOSER SUARL a saisi directement le CRD, par lettre en date du 21 avril 2013, enregistrée le lendemain pour contester le rejet de son offre.

Par décision N° 093/13 /ARMP/CRD du 23 avril 2013, le CRD a ordonné la suspension de la procédure de passation relatif au marché litigieux.

Par lettre en date du 30 avril 2013, reçue le 02 Mai 2013, au service courrier de l'ARMP, l'autorité contractante a fait parvenir au CRD les documents nécessaires à l'instruction du recours.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

Selon le requérant, plusieurs cas de non-conformités substantielles ont été notés dans l'offre de l'attributaire du marché. A ce propos, le requérant cite 03 cas :

- défaut de présentation des états financiers certifiés relatifs aux exercices 2010 et 2012 tel que requis par la clause 5-4 (f) des DPAO. Selon le requérant, l'attributaire provisoire du marché n'aurait présenté que les états financiers certifiés de l'exercice 2011.
- défaut de présentation d'un NINEA conforme. Le requérant déclare que le procès-verbal d'ouverture des plis mentionne que le NINEA produit par le GIE n'était pas conforme.
- défaut de présentation d'une attestation de ligne de crédit ou de facilités de crédits net de tout engagement contractuel ou de toute avance de démarrage à hauteur de 500 millions de FCFA tel que requis par la clause 5.4 (e) des DPAO. Selon le requérant, le GIE Saint-Louis restauration s'est contenté de produire l'attestation de capacité financière de 500 millions de FCFA mentionnée à la clause IC 11.1(k) dans la partie C relative à la préparation des offres. Le requérant estime que cette attestation ne saurait tenir lieu de justification de liquidités, car n'emportant aucun engagement de la banque à accompagner le soumissionnaire dans l'exécution du marché.

Ainsi de l'avis du requérant, ces manquements, relevés au stade de l'ouverture des plis et qui ne sauraient faire l'objet de régularisation sans violation du principe d'intangibilité des offres, auraient dû entraîner le rejet de la soumission du candidat pour non respect des critères de qualification.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

En réponse aux griefs du requérant, l'autorité contractante, dans une lettre adressée à l'ARMP en date du 30 avril 2013, reçue le 02 mai, soutient que :

- le NINEA fourni par le GIE Saint-Louis Restauration lors de l'ouverture des plis était une photocopie non légalisée. Ainsi l'autorité contractante a demandé au GIE, conformément aux dispositions de l'article 44 de régulariser dans un délai qui a été fixé à 10 jours par la commission, soit au plus tard le 21 Mars 2013 à 10 heures. Le candidat a ainsi procédé à la légalisation dudit document qui a été déposé avant la date limite accordée aux soumissionnaires.
- l'attributaire provisoire du marché a bien produit les états financiers certifiés des trois derniers exercices à savoir 2010, 2011 et 2012 tel que requis par les DPAO.

S'agissant du montant des liquidités ou facilités de crédit net de tout engagement contractuel et de toute avance de démarrage qui est fixé à 500 millions par la clause 5.4.e du DPAO, l'autorité contractante soutient que le GIE Saint Louis Restaurant a produit une attestation de capacité financière d'un montant de 800 millions de FCFA délivrée par la BICIS . De plus, précise l'autorité contractante, l'attributaire a produit une attestation prouvant qu'il dispose d'une ligne d'avance sur factures d'une valeur de 50 millions de FCFA. En effet, selon la clause IC11.1 (k) des DPAO, le candidat devra joindre à son offre l'attestation de capacité financière d'un montant au moins égal à 500 millions de FCFA ou la preuve de l'octroi par un établissement financier d'un crédit revolving d'un montant de 50 millions de FCFA renouvelable trois fois pendant la durée de l'exécution du marché.

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, motifs et constatations faites par les parties que le litige porte sur la question de savoir si l'attributaire provisoire du marché a rempli les critères relatifs à la production d'un NINEA conforme, à la présentation des états financiers de 03 exercices, et à la justification d'avoir en liquidités ou facilités de crédit net auprès des institutions financières d'un montant de 500 millions de FCFA.

AU FOND

1. Sur l'absence de production d'un NINEA conforme

Considérant qu'en vertu de l'article 44 du Code des Marchés publics, 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, financières et environnementales requises pour exécuter le marché, en présentant tous documents et attestations appropriés énumérés par le dossier d'appel à la concurrence ;

Considérant qu'à l'exception de la garantie de soumission dont le défaut de production à l'ouverture des plis entraîne le rejet de l'offre, les documents prévus à l'article 44 aux alinéas a) à f) et éventuellement h) et i), non fournis ou incomplets sont exigibles dans un délai au plus égal à celui imparti à l'autorité contractante pour prononcer l'attribution provisoire ;

Considérant qu'à l'examen du PV d'ouverture des plis, il était mentionné que la photocopie du NINEA présentée par le GIE Saint-Louis Restauration n'était pas conforme ;

Considérant qu'un délai de 10 jours a été accordé à tous les soumissionnaires pour compléter les documents administratifs manquants ou incomplets ;

Considérant que le soumissionnaire GIE Saint-Louis a procédé à la régularisation dudit document en le faisant légaliser et l'a, par la suite, déposé dans les délais impartis, auprès de la commission des marchés du CROUS ;

Qu'à cet égard, la commission des marchés est fondée à accepter le document administratif.

2. Sur l'absence de production des états financiers certifiés relatifs aux exercices 2010 et 2012

Considérant que suivant la clause 5.2 (f) figurant dans les DPAO, le candidat pour être qualifié devra présenter les états financiers certifiés des trois dernières années ;

Considérant qu'à l'instruction du dossier, les états financiers des exercices 2010, 2011 et 2012 du GIE Saint-Louis Restauration faisaient bien partie des documents constitutifs de l'offre ;

Qu'en outre lesdits états financiers étaient dûment certifiés par un cabinet d'expert comptable agréé ;

Que de surcroît, la commission des marchés, dans son rapport d'évaluation en date du 19 mars 2013 au niveau du tableau 9 « vérification de la qualification », a bien relevé la présentation des 3 états financiers susmentionnés en qualifiant ce critère de conforme ;

Qu'en conséquence, sur la base des pièces qui ont été fournies, le défaut de présentation des états financiers souligné par le requérant n'est pas fondé.

3. Sur la capacité Financière

3.1. En référence à la clause IC 11.1 (k) de la section C « préparation des offres »

Considérant que la clause IC 11.1 (k) du DPAO, au niveau de la section C « préparation des offres », prévoit que le candidat devra joindre à son offre d'autres documents dont une attestation de capacité financière d'un montant au moins égal à 500 millions de FCFA ou la preuve de l'octroi par un établissement financier d'un crédit revolving d'un montant de 50 millions de FCFA renouvelable trois (03) fois pendant la durée de l'exécution du marché ;

Considérant qu'en l'espèce, le GIE Saint-Louis Restauration a choisi, pour répondre à cette exigence de produire d'une part une attestation de la BICIS en date du 07 mars 2013, prouvant qu'il dispose d'une ligne d'avance sur facture d'une valeur de 50 millions de FCFA et d'autre part d'une attestation de capacité financière à hauteur de 800 millions de FCFA de la même banque ;

Qu'en conséquence l'attributaire du marché a rempli le critère relatif à la clause IC11 .1 (k) prévu à la section C « Préparation des offres » .

3.2. En référence à la clause IC 5.4 (e) des DPAO

Considérant que suivant la clause IC 5.4 (e) des DPAO), le candidat doit disposer d'avoirs en liquidités et/ ou facilités de crédits nets d'autres engagements contractuels et de toute avance qui serait versée en vertu du marché, d'un montant au moins égal à 500 millions de FCFA ;

Considérant que ce critère de qualification a été mentionné expressément dans l'Avis d'Appel d'Offres publié dans le quotidien « Le soleil » en date du 08 février 2013 ;

Considérant qu'en réponse à ces exigences, le GIE Saint-Louis Restauration a présenté une attestation de capacité financière en date du 22 février 2013, délivrée par la BICIS et sur laquelle est mentionné ce qui suit : « GIE Saint-Louis Restauration qui dispose d'un compte ouvert dans nos livres, nous paraît disposer de moyens lui permettant de satisfaire actuellement aux obligations qui découleraient pour lui de sa participation à l'appel d'offres N° AAO/S_CROUS_001 /2013, ayant trait à la gestion et à l'exploitation du restaurant II du Centre Régional des Œuvres Universitaires de Saint-Louis, à concurrence de 800 millions de FCFA . Selon l'usage, les indications contenues dans la présente revêtent un caractère confidentiel et ne sauraient engager la responsabilité de notre établissement » ;

Considérant que lorsqu'une autorité contractante exige un niveau minimal de capacité financière par référence à des avoirs en liquidités et/ou facilités de crédit, c'est pour pouvoir constituer, objectivement un indice positif de l'existence d'une assise financière suffisante du titulaire pour mener à bien l'exécution du marché ;

Considérant qu'à l'opposé de l'attestation de capacité financière qui n'emporte aucune garantie d'accompagnement sur le plan financier, l'attestation de liquidités et ou de facilités de crédits provenant d'une institution financière devrait permettre à l'autorité contractante d'atténuer le risque d'inexécution ou de mauvaise exécution des prestations à travers un engagement formel d'accompagnement financier ;

Que par conséquent, force est de constater que l'attributaire du marché n'a pas rempli le critère prévu à la clause IC 5.4 (e) des DPAO, contrairement au requérant qui a produit une attestation d'existence de ligne de crédit de la Banque Islamique à concurrence de 500 millions de FCFA.

PAR CES MOTIFS :

- 1) Constate que le NINEA fourni par le GIE Saint-Louis Restauration après régularisation dans les délais impartis est conforme ;
- 2) Constate que les états financiers relatifs aux trois dernières années ont été produits ;
- 3) Constate que le GIE Saint-Louis Restauration a produit une attestation de capacité financière à hauteur de 500 millions de FCFA et une attestation prouvant l'existence d'une avance sur facture de 50 millions tel que requis par la clause IC 11.1 (k) ;

- 4) Constate que l'attributaire provisoire du marché n'a pas produit une attestation de ligne de crédit ou de facilités de crédit ou une attestation bancaire prouvant l'existence de liquidités net d'engagement à hauteur de 500 millions tel que requis par les DPAO et le DAO;
- 5) Dit que le critère relatif à la disponibilité d'avoir en liquidités et/ ou facilités de crédit constitue un indice positif de l'existence d'une assise financière suffisante du titulaire pour mener à bien l'exécution du marché ; A cet égard,
- 6) Dit que l'attributaire provisoire du marché litigieux n'a pas rempli ledit critère ;
- 7) Annule la décision d'attribution provisoire ;
- 8) Ordonne la reprise de l'évaluation des offres ;
- 9) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à ENCOSER Suarl, au CROUS de Saint-Louis, ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

**Pour le Président
Chargé de l'Intérim**

Mademba GUEYE

Les membres du CRD

Babacar DIOP

Mamadou WANE

**Le Directeur Général
Rapporteur**

Saër NIANG