DECISION N° 012/2023/ARMP/CRD/DEF DU 01 FEVRIER 2023 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE FROID AUTO CENTENAIRE CONTRE L'ATTRIBUTION PROVISOIRE DE LA DRPCO N° F-OFOR-061 DU MARCHE RELATIF A LA REMISE A L'ETAT DU PARC AUTOMOBILE, LANCE PAR L'OFFICE DES FORAGES RURAUX(OFOR)

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES,

VU la loi n° 2022-07 du 19 avril 2022, modifiant la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, modifiée ;

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 le décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des Marchés publics, modifié ;

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

VU la résolution n° 09-12 du 13 décembre 2012 instituant le versement d'une consignation pour la saisine du Comité de Règlement des Différends ;

VU la résolution n° 07-20 du 28 avril 2020 portant nomination des membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP ;

VU le recours de la société FROID AUTO CENTENAIRE reçu le 09 janvier 2023 ;

VU la quittance de consignation n°100012023000121 du 09 janvier 2023 ;

Monsieur Al Hassane DIOP, rapporteur présentant les moyens et conclusions des parties, entendu en son rapport ;

VU la décision de suspension n° 005/2023/ARMP/CRD/SUS du 13 janvier 2023 ;

En présence de monsieur Mamadou DIA, Président ; madame Aïssé Gassama TALL, messieurs Moundiaye CISSE et Mbareck DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De monsieur Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, assisté par ses collaborateurs, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation ;

Adopte la présente délibération fondée sur la recevabilité du recours ;

Par courrier reçu le 09 janvier 2023 à l'ARMP, enregistré le même jour sous le n°011/CRD au service courrier du CRD, la Société FROID AUTO CENTENAIRE a saisi le Comité de Règlement des Différends pour contester l'attribution provisoire du marché, objet de la DRPCO n°F-OFOR-061 relatif à la remise en état du parc automobile de l'Office des Forages ruraux (OFOR).

LES FAITS

L'OFOR a obtenu, dans le cadre de la mise en œuvre du budget 2022, des crédits et à l'intention d'en utiliser une partie pour effectuer des paiements au titre d'un marché relatif à la remise à l'état de son parc automobile.

Ainsi, l'OFOR agissant en tant que maitre d'ouvrage, a lancé une DRPCO dont l'avis a été publié dans « Le Soleil » du samedi 1er octobre 2022 pour le recrutement d'un prestataire.

A l'ouverture des plis tenue le 14 octobre 2022, trois (03) offres ont été reçues et les montants, ci-dessous, lus publiquement.

N° d'ordre	Soumissionnaires	Montant de l'offre FCFA TTC
01	FALLOU SAMB	48 248 363 FCFATTC
02	PRESTIGE AUTO	30 730 000 FCFA HTTC
03	FROID AUTO CENTENAIRE	46 844 820 FCAF TTC

Au terme de l'évaluation des offres, la commission des marchés a proposé d'attribuer le marché à l'entreprise FALLOU SAMB sur la base de son offre d'un montant de quarante-huit millions deux cent quarante-huit mille trois cent soixante-trois (48 248 363) francs CFA TTC.

Après notification de l'attribution provisoire par courrier reçu le 03 janvier 2023, la société FROID AUTO CENTENAIRE a saisi l'OFOR d'un recours gracieux, reçu le 04 janvier 2023, pour contester le rejet de son offre.

Non satisfaite de la réponse de l'autorité contractante du 05 janvier 2023, la requérante a introduit auprès du CRD un recours contentieux, par lettre reçue à l'ARMP le 09 janvier 2023.

Par décision n° 005/2023/ARMP/CRD/SUS du 13 janvier 2023, le CRD a jugé le recours de la société FROID AUTO CENTENAIRE recevable, ordonné la suspension de la procédure de passation dudit marché et saisi l'autorité contractante pour disposer des documents nécessaires à l'instruction du recours.

Par courrier reçu le 23 janvier 2023, l'OFOR a transmis à l'ARMP les pièces demandées.

LES MOTIFS A L'APPUI DU RECOURS

La requérante soutient que les motifs du rejet de son offre, évoqués par l'autorité contractante et portant sur la non satisfaction aux exigences des critères de qualification financière et technique, notamment la non fourniture des états financiers et la non satisfaction aux critères du marché similaire, ne sont pas fondés.

Elle prétend que les états financiers manquants auraient pu être demandés par l'autorité contractante avant l'attribution provisoire.

Elle soutient aussi que les marchés similaires demandés sont bel et bien fournis dans son offre.

Elle a, par ailleurs, signalé dans sa lettre adressée au CRD, que l'autorité contractante n'a pas autorisé, son agent dépositaire de son offre, à assister à la séance d'ouverture des offres.

Compte tenu de ce qui précède, elle réclame l'annulation de la décision d'attribution faite par l'autorité contractante.

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

Dans la lettre de transmission des pièces du dossier d'appel d'offres, l'autorité contractante a formulé des observations sur le recours contentieux.

En ce qui concerne, l'absence du représentant de la requérante, l'autorité contractante a soutenu que l'ouverture des plis a eu lieu dans la salle de réunion de l'OFOR, en présence des membres de la Commission et des représentants des soumissionnaires présents et qu'à la fin de la réunion le PV d'ouverture a été envoyé aux soumissionnaires qui étaient absents.

Elle a réitéré ses arguments contenus dans la lettre réponse au recours gracieux en affirmant que la Société FROID AUTO CENTENAIRE n'a pas produit les états financiers des trois années (2019 ;2020 et 2021).

Elle soutient que les marchés similaires fournis n'ont pas atteint le montant de quarante millions (40 000 000) FCFA comme exigé par le DAO.

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte de la saisine et des faits qui la sous-tendent que le litige porte sur l'absence du représentant de la société FROID AUTO CENTENAIRE lors de la séance d'ouverture des plis et sur le rejet de l'offre de la requérante pour défaut de qualification lié à la non présentation des états financiers et le défaut de fournitures d'un marché similaire atteignant le seuil exigé par le DAO.

EXAMEN DU LITIGE

- **Sur l'absence du représentant de FROID AUTOMOBILE CENTENAIRE à l'ouverture des prix**

Considérant que l'article 67 du Code des Marchés publics prévoit qu'à la séance d'ouverture des plis, tous les candidats qui ont soumis des offres sont autorisés par l'autorité contractante à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des plis, que ces derniers ou leurs représentants présents signeront un registre attestant de leur présence ;

Que pour donner corps à ces dispositions, l'autorité contractante les a reprises dans l'avis d'appel d'offres de la DRPCO au point 9 ;

Considérant que le requérant dans son recours contentieux a déclaré que l'autorité contractante n'a pas autorisé son représentant à assister à la séance d'ouverture des prix,

Que ce point, ce dernier ne rapporte pas la preuve de ses affirmations par des éléments objectifs surtout qu'il ressort de l'exploitation de la feuille de présence de la séance d'ouverture des plis, que seul le représentant de l'entreprise PRESTIGE AUTO INDUSTRIE, non attributaire du marché, a signé la feuille de présence ;

Considérant que par ailleurs, il ressort de l'instruction du recours que par email en date du vendredi 14 octobre à 11h05 mn, la Cellule de passation des marchés a envoyé le procès-verbal d'ouverture des plis à tous les soumissionnaires n'ayant pas été représentés lors de la séance d'ouverture qui s'est tenue plus tôt à 10h;

Que l'autorité contractante s'est conformée à la règlementation ;

Qu'il y a lieu de déclarer le recours sur ce point injustifié ;

- **Sur la non présentation des états financiers et le critère du marché similaire**

Considérant qu'il ressort de l'article 44 du Code des Marchés publics que : « Tout candidat a 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 dans le dossier d'appel à concurrence » ;

Qu'en s'inscrivant dans le même sens, l'article 59 alinéa 2 précise que la qualification des candidats est appréciée au vu des justifications fournies ;

1) <u>Sur la non présentation des états financiers</u>

Considérant qu'il est exigé par l'avis et au point 5 des IC du des données particulières de l'appel d'offres (DPAO) au titre de la capacité technique du candidat, la production des états financiers des trois dernières années (2019 ;2020 et 2021) ;

Considérant que le requérant n'a pas produit les états financiers demandés à l'ouverture des plis ;

Considérant que l'article 44 du Code des Marchés publics prévoit que les documents prévus aux alinéas a) à f), et éventuellement h) et i), sont exigibles dans un délai au plus égal à celui imparti à l'autorité contractante pour prononcer l'attribution provisoire ;

Qu'en application de cette disposition, il ressort de l'instruction du recours que OFOR n'a n'a pas demandé au requérant de produire les états financiers avant l'attribution provisoire ;

Qu'en ayant pas procédé ainsi, l'autorité contractante a commis un manquement à la règlementation ;

Qu'il y a lieu de considérer le recours de la société FROID AUTO CENTENAIRE, sur ce point, justifié.

2) Sur le critère du marché similaire

Considérant que l'autorité contractante dans les DPAO de la DRPCO aux IC 5.2 au point C, libelle le critère relatif à la similarité comme suit « avoir effectué un marché similaire au cours des trois dernières années (2019- 2020-2021) d'un montant de quarante millions (40 000 000) FCFA » ;

Considérant que l'analyse de l'offre révèle que la requérante a fourni les documents de marchés similaires suivants :

- une attestation de réparation et maintenance de véhicules d'un montant de quinze millions (15 000 000) FCFA délivrée par la Direction des Routes pour l'année 2020;
- une attestation délivrée par la Commission électorale nationale autonome(CENA)pour un montant de vingt-neuf millions (29 000 000) FCFA TTC pour un marché réalisé en 2019;
- une attestation de réparation et maintenance de véhicules d'un montant de vingt millions (20 000 000) FCFA, en 2020 délivrée par la Direction des Routes ;
- une attestation de la Faculté de Pharmacie et d'Odontologie de l'UCAD pour un montant de treize millions trois cent quatre-vingt-un mille trois cents (13 381 300) FCFA HTVA, pour le compte l'année 2018 ;
- Une attestation du Port Autonome de Dakar pour 2018, d'un montant de deux millions sept cent un milli six cent quarante (2 701 640) FCFA ;
- Un contrat enregistré pour le compte de l'exercice budgétaire 2022, dont le cumul des lots 1 et 2 fait quarante-deux millions cinq cent (42 500 000) FCFA signé avec la Direction des Routes du Ministère en charge des Infrastructures ;

Considérant que les années de références indiquées pour le marché similaire sont 2019, 2020 et 2021 ;

Considérant, bien évidemment, que les attestations fournies par la requérante qui couvrent la période référencée sont celles de 2019 délivrée par la CENA et celles de 2019 et 2020 délivrées par la Direction des Routes ;

Considérant, par ailleurs, que le critère relatif à la réalisation d'un marché similaire devrait renvoyer plus à l'exécution de marchés analogues, qu'au prix des marchés concernés, le prix n'étant qu'une valeur d'échange entre un bien ou un service et la monnaie pour une période donnée ;

Que d'ailleurs, la société FROID AUTO CENTENAIRE a bénéficié, pour le compte de l'année 2022, d'un contrat pour lequel les prestations sont similaires à celles demandées dans le cadre du présent marché, de la Direction des Routes pour un montant dépassant, celui exigé par l'autorité contractante ;

Considérant que la requérante a fourni toutes les garanties et assurances de la preuve de sa capacité technique à réaliser les prestations exigées dans la DRPCO, avec une expérience avérée ;

Considérant, au surplus, que sur la base du libellé du critère sur la similarité mentionnée dans le DAO de la DRPCO, il y a lieu de constater qu'aucun des candidats ne serait finalement pas qualifié ;

Qu'il y a lieu de reprendre la procédure d'évaluation sans le critère indexé et d'apprécier également la capacité financière de la requérante à travers les états financiers produits, après complément de dossier en application de l'article 44 du CMP précité ;

Qu'en définitive, il y a lieu par conséquent de déclarer le recours fondé, d'ordonner la reprise de l'évaluation et la restitution de la consignation.

PAR CES MOTIFS :

1) Constate que le DAO exige parmi les critères de qualification que le soumissionnaire doit fournir les états financiers des trois dernières années (2019-2020-2021) ;

2) Constate que le soumissionnaire n'a pas fourni dans son offre les états financiers demandés ;

3) Dit que l'article 44 du Code des Marchés publics prévoit que les documents prévus aux alinéas a) à f), et éventuellement h) et i), sont exigibles dans un délai au plus égal à celui imparti à l'autorité contractante pour prononcer l'attribution provisoire ;

4) Constate que l'autorité contractante n'a pas demandé au requérant de produire les états financiers avant l'attribution provisoire, commettant ainsi un manquement aux dispositions de l'article 44 susmentionné ;

5) Dit que le recours de la société FROID AUTO CENTENAIRE, sur ce point, est bien justifié et fondé ;

6) Constate que le critère sur la similarité est libellé comme suit : avoir effectué un marché similaire au cours des trois dernières années (2019- 2020-2021) d'un montant de quarante millions (40 000 000) FCFA » ;

7) Constate que FROID AUTO CENTENAIRE, en plus de plusieurs attestations de bonne exécution, a joint à son offre un contrat d'un marché similaire, enregistré pour le compte de l'exercice budgétaire 2022, dont le cumul des lots 1 et 2 fait quarante-deux millions cinq cent (42 500 000) FCFA signé avec la Direction des Routes du Ministère en charge des Infrastructures ;

8) Dit que le critère relatif à la réalisation d'un marché similaire devrait renvoyer plus à l'exécution de marchés analogues, qu'au prix des marchés concernés étant entendu que le prix n'est qu'une valeur d'échange entre un bien ou un service et la monnaie pour une période donnée ;

9) Dit que la requérante a donné toutes les garanties et assurances de la preuve de sa capacité technique à réaliser les prestations exigées dans la DRPCO, avec une expérience avérée ;

10) Constate, au surplus, que sur la base du libellé du critère sur la similarité dans le DAO de la DRPCO, il y a lieu de constater qu'aucun des candidats ne serait, en définitive, qualifié ;

11) Dit que c'est à bon droit que la requérante demande l'annulation de la procédure ;

12) Dit qu'il y a lieu de reprendre la procédure d'évaluation des offres sans le critère indexé et qui se trouve mal libellé ;

13) Qu'en définitive, il y a lieu par conséquent de déclarer le recours fondé, d'ordonner la reprise de l'évaluation des offres et la restitution de la consignation ;

14) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société FROID AUTO CENTENAIRE, à l'Office des Forages ruraux (OFOR) ainsi qu'à la Direction centrale des Marchés publics, la présente décision qui sera publiée dans le site officiel des marchés publics.

Le Président

CONSEIL DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS
Le Président

Mamadou DIA

Les membres du CRD

Aïssé Gassama TALL **Moundiaye CISSE** **Mbareck DIOP**

Le Directeur général,
Rapporteur

Saër NIANG

AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS
Le Directeur Général