

**DECISION N°134/10/ARMP/CRD DU 24 SEPTEMBRE 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE FERMON LABO
CONTESTANT LES NOTES QUI LUI ONT ETE ATTRIBUEES PAR LA
COMMISSION DES MARCHES DU MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
PRESCOLAIRE, DE L'ELEMENTAIRE, DU MOYEN SECONDAIRE ET DES
LANGUES NATIONALES ET QUI ONT CONDUIT AU REJET DE SON OFFRE
RELATIVE A L'ACQUISITION DE TROIS CENT DIX MILLE (310 000) MANUELS
DESTINES AU CYCLE MOYEN.**

**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, notamment en son article 30 ;

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 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 en date du 20 septembre 2010 de la société Fermon Labo ;

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 (CRD) ;

De MM Youssouf SAKHO, Directeur général et Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, 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 20 septembre 2010, enregistrée le même jour sous le numéro 725/10 au Secrétariat du CRD, la société Fermon Labo a introduit un recours auprès du CRD pour contester les résultats de l'évaluation des offres du marché sus visé qui ont conduit à son élimination.

SUR LA RECEVABILITE :

Considérant qu'aux termes des articles 86 et 87 du décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics, 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 Fermon Labo a introduit par lettre en date du 14 septembre 2010, un recours gracieux auprès du Ministère de l'Enseignement Préscolaire, de l'Elémentaire, du Moyen Secondaire et des Langues nationales (MEPEMSLN) pour contester l'attribution du marché sus visé parue dans le journal « Le Soleil » du 9 septembre 2010 ;

Que malgré les éléments de réponse fournis par l'Autorité contractante par courrier en date du 17 septembre 2010, le requérant a saisi le CRD d'un recours en date du 20 septembre 2010, enregistré le même jour sous le numéro 725/10 ;

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

LES FAITS

Suite à la publication de l'avis d'attribution provisoire du marché sus nommé dans le journal « Le Soleil » en date du 9 septembre 2010, le candidat Fermon Labo a introduit un recours gracieux auprès du MEPEMSLN avant de saisir le CRD en contestation des résultats de l'évaluation des offres.

Par décision n° 131/10/ARMP/CRD du 21 septembre 2010, le CRD a prononcé la suspension de la procédure de passation du marché susvisé.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa requête, la société Fermon Labo soutient que les motifs ayant conduit à son élimination sur les deux (2) lots du marché sont « injustifiés » :

- pour le lot 1 (245 000 manuels), elle a reçu une note de 68,81 points sur 100,
- pour le lot 2 (65 000 manuels), une note de 69,50 points sur 100 lui a été attribuée ;

Ces notes étant inférieures au score minimum requis dans le dossier d'appel d'offres, la commission des marchés a déclaré son offre technique non-conforme ;

Elle déclare également que :

- pour le lot 1 du marché, le candidat Clairafrique qui est attributaire propose un manuel initialement destiné au Cameroun et qui a été transformé pour pouvoir s'adapter au Sénégal ;
- pour le lot 2, l'attributaire EENAS est dans une situation de conflit d'intérêts au motif que ce dernier a élaboré des programmes au profit de l'autorité contractante, de ce fait, il se retrouve dans une situation de juge et partie,

étant appelé à superviser et contrôler les prestations découlant de l'appel d'offres sus visé ;

Par ailleurs, le requérant affirme avoir proposé des livres « Hachette » écrits par des auteurs sénégalais et exclusivement destinés aux élèves sénégalais.

C'est pourquoi elle remet en cause la neutralité des professeurs ayant évalué les offres des candidats.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

La Commission des marchés soutient que les critères d'évaluation indiqués dans la Section IV « Bordereau des quantités, calendrier de livraison, cahier des clauses techniques, plans, inspections et essais » prévoient que « toute offre qui n'aura pas atteint le seuil minimal de 80 points, soit 80% des conditions exigées sera purement et simplement éliminée. Seules les propositions retenues dans le cadre de l'évaluation technique seront soumises à la phase d'évaluation financière » ;

La société Fermon Labo ayant obtenu 68,81 points sur 100 sur le lot 1 et 69,50 points sur 100 sur le lot 2, son offre a été purement et simplement écartée pour n'avoir pas obtenu le score minimum requis ;

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte sur la conformité ou non de l'application et de la validité des critères d'évaluation qui ont été utilisés par la commission des marchés pour départager les candidats.

AU FOND

Considérant qu'en référence aux dispositions de l'article 61 de la Directive n°4/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans L'Union économique et monétaire Ouest africaine (UEMOA), l'attribution d'un marché se fait sur la base de critères économiques, financiers et techniques, mentionnés dans le dossier d'appel d'offres afin de déterminer l'offre conforme évaluée la moins disante, sous réserve des dispositions spécifiques applicables aux marchés de prestations intellectuelles ;

Considérant qu'en son alinéa 2, ledit article 61 dispose que les critères d'évaluation, tel que les coûts d'utilisation, le prix, la rentabilité, la qualité, la valeur technique, le service après vente et l'assistance technique, le délai d'exécution, le calendrier de paiement, sont définis en rapport avec l'objet du marché, quantifiables et exprimés en termes monétaires ;

Considérant qu'il ressort de la clause 32.2 des Instructions aux candidats du dossier d'appel d'offres sus visé que l'autorité contractante évaluera les aspects techniques de chaque offre pour confirmer que toutes les stipulations de la Section 5 « Bordereau des quantités, calendrier de livraison, cahier des clauses techniques, plans, inspections et essais » sont respectées ;

Considérant que selon la clause 33.4 des Instructions aux candidats, pour évaluer le montant de l'offre, l'autorité contractante peut prendre également en considération outre le facteur « prix », d'autres critères comme les caractéristiques techniques, la performance des fournitures et services connexes ainsi que leur conditions d'achat, le délai d'exécution, le calendrier de paiement ; mais que ces facteurs supplémentaires, lorsqu'ils sont pris en compte dans l'évaluation, doivent être exprimés en termes monétaires de manière à faciliter la comparaison des offres en prenant en compte les ajustements résultant de l'utilisation des facteurs d'évaluation, des méthodes et critères sélectionnés ;

Considérant que sur ce point, les Données particulières du Dossier d'appel d'offres dont l'objectif est de compléter, préciser ou amender les clauses générales des Instructions n'ont pas pris en compte lesdits critères, ce qui laisse supposer que seul le facteur « prix » a été pris en compte au titre de l'évaluation des offres ;

Considérant cependant que l'autorité contractante a introduit au niveau de la Section IV du dossier d'appel d'offres « Bordereau des quantités, calendrier de livraison, cahier des clauses techniques, plans, inspections et essais », d'autres critères et sous critères évalués sous forme de points en sus du « critère prix » ;

Que de ce fait, les critères « Respect des critères liés aux aspects pédagogiques » et « Respect des critères liés aux aspects matériels » ont été notés respectivement sur 70 points et 30 points pour les besoins de l'évaluation, et toute offre qui n'aura pas atteint le seuil minimal de 80 points sera éliminé ;

Considérant que lesdits critères auraient dû être mentionnés au niveau de la clause 33.4 des Données particulières de l'appel d'offres qui traite des critères d'évaluation, et non au niveau de la Section IV du dossier d'appel d'offres qui est relatif au « Bordereau des quantités, calendrier de livraison, le cahier des clauses techniques, les plans, inspections et essais ;

Considérant également que le système de notation par points utilisé par l'autorité contractante ne correspond pas à la méthode d'évaluation des marchés de fournitures, mais plutôt à celle des prestations intellectuelles, si l'on se réfère aux dispositions combinées des articles 59.1 et 79 du Code des marchés publics ;

Qu'il en résulte dès lors une violation par l'autorité contractante desdites dispositions qui exigent que l'attribution d'un marché lancé par appel d'offres se fasse après la détermination de l'offre conforme évaluée la moins disante, sur la base de critères quantifiés en termes monétaires préalablement portés à la connaissance des candidats ;

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la requête introduite par la société Fermon Labo ;

- 2) Constate que l'autorité contractante a introduit dans le dossier d'appel à la concurrence, un système de jugement des offres par l'attribution de notes chiffrées, en violation des dispositions de l'article 61 de la Directive n°4/2005/CM/UEMOA et 60 du Code des Marchés publics ; en conséquence,
- 3) Constate que l'évaluation des offres a été faite sur une base non fondée ;
- 4) Annule l'attribution provisoire du marché susvisé ;
- 5) Ordonne la correction du dossier d'appel d'offres et sa relance ;
- 6) Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier à la société Fermon Labo, au Ministère de l'Enseignement Préscolaire, de l'Elémentaire, du Moyen Secondaire et des Langues nationales ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP