

**DECISION N°124/11/ARMP/CRD DU 06 JUILLET 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE FERMON LABO
CONTESTANT LE REJET DE SON OFFRE POUR NON CONFORMITE AUX
SPECIFICATIONS TECHNIQUES DU DOSSIER D'APPEL D'OFFRES RELATIF A
LA FOURNITURE DE MATERIELS ET D'EQUIPEMENTS SPORTIFS AU PROFIT
DE LA PRESIDENCE DE LA REPUBLIQUE POUR LA GESTION 2011.**

**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 ses articles 30 et 31 ;

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 le recours de la société Fermon Labo en date du 14 juin 2011, enregistré le 15 juin 2011 sous le numéro 518/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

Après avoir entendu le rapport de M. Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, rapporteur, présentant les moyens et les conclusions des parties,

Après consultation de Monsieur Mamadou DEME, assurant l'intérim de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, de MM. Abd'El Kader NDIAYE et Ndiacé DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De MM. Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP assurant le secrétariat du CRD, et René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur la régularité des procédures de passation et d'exécution des marchés publics, 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 14 juin 2011, la société Fermon Labo a contesté le rejet de son offre portant sur le marché de fourniture de matériels d'équipements sportifs destinés à la Présidence de la République.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'aux termes des articles 86 et 87 du Code des marchés publics modifié, tout candidat évincé d'une procédure d'attribution peut saisir la personne responsable dudit marché d'un recours gracieux, en invoquant une violation caractérisée de la réglementation ;

Considérant que ce recours peut porter sur la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché, les conditions de publication des avis, les règles relatives à la participation des candidats et aux capacités et garanties exigées, le mode de passation et la procédure de sélection retenus, la conformité des documents d'appels d'offres à la réglementation, les spécifications techniques retenues, les critères d'évaluation et 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 ;

Considérant que la personne responsable du marché est tenue de répondre à cette réclamation dans un délai de cinq (5) jours ouvrables au-delà duquel le défaut de réponse sera constitutif d'un rejet implicite du recours gracieux ;

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

Considérant qu'il résulte des faits, que suite à la publication dans le journal « Le Soleil » des 04 et 05 juin 2011, de l'avis d'attribution provisoire du marché litigieux, le candidat Fermon Labo a introduit par courrier daté du 06 juin 2011, reçu le même jour, un recours gracieux auprès de l'autorité contractante pour contester la décision de la commission des marchés ;

Considérant que dès le lendemain de l'expiration du délai de cinq (5) jours prévu à l'article 86 du Code des Marchés publics, le requérant, en l'absence de réponse, a saisi le CRD d'un recours par lettre en date du 14 juin 2011, reçue le 15 juin 2011 ;

Considérant que ledit recours a été exercé dans les délais prescrits par les articles 86 et 87 du Code des Marchés publics ; qu'il doit être déclaré recevable ;

LES FAITS

Après avoir lancé dans le journal quotidien « Le Soleil » en date des 19 et 20 mars 2011, l'avis d'appel d'offres relatif à la fourniture d'équipements sportifs à son profit, la Présidence de la République a fait publier dans l'édition des 4 et 5 juin 2011 du même organe de presse, l'avis d'attribution provisoire dudit marché.

La société Fermon Labo a saisi l'autorité contractante d'un recours gracieux resté sans réponse tendant à contester le rejet jugé injustifié de son offre, puis a introduit une requête auprès du CRD.

Par décision n°090/11/ARMP/CRD du 17 juin 2011, le CRD a ordonné la suspension de la procédure de passation.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa requête, la société Fermon Labo expose dans sa lettre de saisine du CRD datée du 14 juin 2011, les éléments suivants :

1. A l'ouverture des plis, les prix unitaires n'ont pas été lus, alors que l'appel d'offres a été lancé sous forme de marché à commande ;
2. Elle a produit l'offre financière la moins élevée, mais la commission des marchés a retenu le candidat qui a présenté la deuxième offre moins disante lors de l'ouverture des plis ;
3. L'attributaire provisoire du marché n'a pas satisfait aux exigences liées à la présentation des documents administratifs (attestations Caisse de sécurité sociale, états financiers, Charte de transparence et d'éthique, etc....), lors de l'ouverture des plis ;
4. Les prix unitaires publiés dans l'avis d'attribution provisoire du marché (832 490 F CFA) diffèrent de ceux annoncés à l'ouverture des plis (705 500 F CFA).

Par la suite, le requérant a fait parvenir au Président du CRD, un courrier daté du 22 juin 2011, informant qu'elle a reçu finalement par lettre du 15 juin 2011, une réponse à son recours gracieux, indiquant comme motif de rejet de son offre, la non-conformité aux spécifications techniques du dossier d'appel d'offres, des modèles de trophées qu'il a présenté.

A ce sujet, il soutient qu' « il est impossible de choisir dans les catalogues des fabricants, une grande, une moyenne et une petite taille, s'il n'est pas précisé la dimension de chacune de ces tailles, car plusieurs grandes, moyennes et petites tailles figurent dans les catalogues ».

En conséquence, elle déclare que pour caractériser la taille d'un trophée, il faut préciser les dimensions, notamment la hauteur, le diamètre ainsi que la discipline sportive, ce qu'a omis de faire l'autorité contractante.

Elle conclut que cette façon d'opérer a laissé libre cours aux décideurs, notamment les membres de la commission des marchés, de choisir à leur guise l'attributaire du marché, en violation du principe d'équité.

LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

Après un rappel de la procédure de passation du marché, l'autorité contractante fait savoir que lors de la séance d'ouverture des plis, la commission des marchés a constaté que certains candidats n'avaient pas fourni les pièces administratives demandées, par conséquent, elle leur a accordé un délai de 72 heures pour compléter lesdites pièces.

Après réception des éléments complémentaires, la commission a, après examen des échantillons proposés par les candidats, retenu les offres des candidats SOTECH et MARZIN SPORTS et a rejeté celles de Fermon Labo et Ets FAKIH au motif que les échantillons des trois trophées présentés par la société Fermon Labo sont non conformes du point de vue de leur taille.

Sur la base de ces conclusions, la commission des marchés a retenu la société SOTECH, attributaire du marché dont l'offre est techniquement conforme et moins disante, puis a transmis le dossier à la DCMP qui a émis un avis favorable sur la proposition d'attribution.

Par rapport aux autres griefs soulevés par le requérant dans son recours, l'autorité contractante soutient que :

1. à l'ouverture des plis, la lecture des prix unitaires n'est pas pertinente au motif que le marché a été lancé en un lot unique et indivisible ;
2. l'offre du requérant n'est pas conforme aux spécifications techniques demandées, bien qu'elle soit moins disante à l'ouverture des plis ;
3. l'attributaire provisoire du marché a fait parvenir dans les délais à la commission des marchés, les pièces administratives requises ;
4. Les allégations du requérant selon lesquelles la sommation des prix unitaires publiés dans l'avis d'attribution provisoire est supérieure au montant annoncé à l'ouverture des plis, sont dénuées de tout fondement.

En conclusion, l'autorité contractante déclare que la décision d'attribution du marché à la société SOTECH est fondée.

SUR L'OBJET DU LITIGE

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

1. le défaut de lecture à haute voix des prix unitaires des offres des candidats lors de l'ouverture des plis ;
2. le défaut de production des pièces administratives par l'attributaire du marché à l'ouverture des plis ;
3. l'absence de conformité entre les prix unitaires de l'attributaire publiés dans l'avis d'attribution provisoire et ceux annoncés à l'ouverture des plis ;
4. le rejet de l'offre du requérant pour non-conformité de son offre par rapport aux spécifications techniques du dossier d'appel d'offres.

AU FOND

- 1) Sur le défaut de lecture à haute voix des prix unitaires des offres des candidats :

Considérant qu'au terme de la clause 26.3 des Instructions aux candidats et 1.1 des Données particulières, le marché litigieux a été lancé en un lot unique et que dans pareil cas, la commission des marchés ouvre les enveloppes l'une après l'autre, puis annonce à haute voix le nom de chaque candidat ainsi que le montant de son offre par lot, s'il y a lieu ;

Considérant que le requérant a reproché à tort à la commission des marchés de n'avoir pas lu à haute voix lors de l'ouverture des offres, les prix unitaires du Bordereau des prix, alors qu'en cas d'appel d'offres lancé en lot unique, seul le prix global indiqué dans la lettre de soumission est porté à l'information des candidats ;

Qu'à cet égard, le grief fondé sur le défaut de lecture à haute voix des prix unitaires des offres des candidats par la commission des marchés à l'ouverture des plis n'est pas fondé ;

2) Sur le défaut de production des pièces administratives au moment de l'ouverture des plis :

Considérant qu'en référence à l'article 45 nouveau du Code des marchés publics, tout candidat à un marché public doit justifier qu'il possède entre autres, les capacités juridiques requises pour exécuter le marché en présentant tout document ou attestation appropriés qui, lorsqu'ils ne sont pas produits, sont exigibles dans le délai imparti par l'autorité contractante ;

Considérant qu'à l'ouverture des plis, la commission des marchés, après avoir constaté que les candidats SOTECH, MARZIN SPORTS et ETS FAKIH n'ont pas fourni toutes les pièces administratives demandées, a exigé d'eux, leur transmission dans les 72 heures ;

Considérant qu'en réponse à la demande de l'autorité contractante, l'attributaire provisoire a fait parvenir dans les délais indiqués, les pièces administratives requises ;

Qu'il y a lieu de constater que le motif tiré de la non satisfaction par l'attributaire provisoire du marché aux exigences liées à la présentation des documents administratifs lors de l'ouverture des plis, n'est pas fondé ;

3) Sur la différence entre les prix unitaires publiés dans l'avis d'attribution provisoire et ceux annoncés à l'ouverture des plis de la société SOTECH :

Considérant que si l'on se réfère à la copie du procès verbal d'ouverture des plis signé par les membres de la commission des marchés, la société SOTECH a proposé un montant de 705 500 francs en hors TVA (Taxe sur la Valeur Ajoutée) ;

Considérant que pour les besoins de l'évaluation et de la comparaison des offres, la commission des marchés a arrêté ledit montant à 832 490 francs TTC (Toutes Taxes Comprises) , en y intégrant la TVA de 18% ;

Qu'à cet égard, l'offre de l'attributaire provisoire lu en HTVA à l'ouverture des plis a été valablement exprimé et arrêté en TTC pour les besoins de l'évaluation, ce qui exclue toute discordance entre les deux montants ;

4) Sur l'imprécision des spécifications techniques du dossier d'appel d'offres relativement aux dimensions des trophées :

Considérant qu'à ce propos, selon l'article 44 de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA, la nature et l'étendue des besoins sont déterminées avec précision par les autorités contractantes avant tout appel à la concurrence ou toute procédure de négociation par entente directe ;

Considérant qu'il ressort des dispositions de l'article 68 nouveau du Code des marchés publics qu'avant de procéder à l'analyse, à l'évaluation et à la comparaison

des offres, la commission des marchés fait d'abord un examen préliminaire afin de déterminer si les candidatures sont recevables, puis détermine si les offres sont conformes aux conditions et spécifications du cahier des charges ;

Considérant également que les clauses 17.1 et 32 des Instructions aux candidats prévoient que l'autorité contractante évaluera les aspects techniques de l'offre présentée par chaque candidat pour confirmer que toutes les stipulations de la Section IV (Bordereau des quantités, Calendrier de livraison, Cahier des clauses techniques, Plans Inspections et Essais) du dossier d'appel d'offres ont été respectées sans divergence ou réserve substantielle ;

Considérant qu'en application de ces dispositions, la commission des marchés a prévu au niveau des items 19, 20 et 21 du Cahier des clauses techniques, la fourniture par les candidats, de trophées de grande, moyenne et petite taille, en métal, argenté ou doré, sans pour autant préciser les exigences minimales souhaitées en terme de dimension ;

Considérant qu'en raison de l'imprécision du dossier d'appel d'offres sur les dimensions des trophées, la commission des marchés s'est dotée d'une marge de manœuvre assez conséquente pour imposer un choix de nature plutôt subjective que technique, en écartant l'offre de Fermon Labo dont les échantillons de trophées produites ont été jugés non conforme aux spécifications techniques demandées ;

Considérant que les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures énoncés à l'article 24 nouveau du Code des obligations de l'Administration modifié, conditions sine qua non de la régularité d'une procédure, doivent se caractériser notamment par la vigilance lors de la rédaction du cahier des clauses techniques particulières par la définition, de la façon la plus précise et claire, des fournitures demandées ;

Considérant à cet égard que d'une part, les candidats ont disposé d'éléments assez vagues et imprécis pour soumettre une offre, d'autre part, la commission des marchés, à défaut d'avoir prévu dans le dossier d'appel d'offres les dimensions des trophées, a fait prévaloir une appréciation subjective pour déterminer à sa guise les offres supposées conformes et celles qui ne le sont pas ;

Considérant qu'en procédant de la sorte, elle n'a observé ni le principe de transparence et d'égalité de traitement des candidats prévus à l'article 24 nouveau du Code de l'Administration modifié, ni les dispositions de l'article 44 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'UEMOA,;

Que pour ces raisons, l'offre de FERMON LABO ne peut être déclarée non conforme ;

DECIDE :

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

- 2) Constate que le grief tiré du défaut de lecture à haute voix des prix unitaires des offres des candidats par la commission des marchés à l'ouverture des plis, n'est pas fondé ;
- 3) Dit que la commission des marchés a valablement demandé à la société SOTECH de présenter les documents administratifs exigés dans un délai de 72 heures, en référence aux dispositions de l'article 45 nouveau du Code des marchés publics ; qu'à cet égard,
- 4) Constate que les documents ont été présentés dans les délais requis à la commission des marchés ; par conséquent,
- 5) Dit que le motif selon lequel l'attributaire provisoire du marché n'a pas satisfait aux exigences liées à la présentation des documents administratifs lors de l'ouverture des plis, n'est pas fondé ;
- 6) Constate que le montant de 705 500 francs hors TVA de l'attributaire du marché lu à l'ouverture des plis a été et valablement arrêté à 832 490 F CFA TTC pour les besoins de l'évaluation et de l'attribution du marché;
- 7) Constate que la commission des marchés, à défaut d'avoir prévu dans le dossier d'appel d'offres, les dimensions des trophées, a fait prévaloir une appréciation subjective pour déterminer à sa guise les offres supposées conformes et celles qui ne le sont pas ; qu'à cet égard,
- 8) Dit qu'elle n'a pas observé les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats prévus à l'article 24 nouveau du Code de l'Administration modifié et à l'article 44 de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA ; par conséquent,
- 9) Dit que l'offre de FERMON LABO ne peut être déclarée non conforme ;
- 10) Ordonne la reprise de l'évaluation des offres ;
- 11) Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier à la société Fermon Labo, à la Présidence de la République ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Pour le Président

**Mamadou DEME
Chargé de l'intérim**