

**DECISION N° 069/12/ARMP/CRD DU 27 JUIN 2012
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE D'AVIS DE L'AGENCE DE
DEVELOPPEMENT MUNICIPAL (ADM) CONTESTANT LES AVIS DEFAVORABLES
DE LA DIRECTION CENTRALE DES MARCHES PUBLICS (DCMP) SUR LES
ATTRIBUTIONS PROVISOIRES DES MARCHES AYANT POUR OBJET UNE
MISSION DE DIAGNOSTIC FINANCIER ET D'ENQUETES POUR L'AMELIORATION
DE LA MOBILISATION DES RESSOURCES, D'UNE PART, DANS LES COMMUNES
DE TAMBACOUNDA, KOLDA, SEDHIOU, ZIGUINCHOR, KEDOUGOU, THIES,
LOUGA, D'AUTRE PART, DANS LES COMMUNES DE KAOLACK, FATICK,
MBOUR, DIOURBEL, KAFFRINE, SAINT-LOUIS ET MATAM**

**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 les lettres de l'Agence de Développement Municipal (ADM) en date du 13 juin 2012 enregistrées respectivement les 14 et 15 juin 2012 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) sous les numéros 502/12 et 507/12 ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques ;

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, de MM Abd'El Kader N'DIAYE, Ndiacé DIOP et Mamadou DÉME, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De M. Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, Mme Takia Nafissatou FALL CARVALHO, Conseillère chargée de la Coordination et du Suivi, MM. 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, Ely Manel FALL, Chef de Division à la Direction de la Réglementation et des Affaires juridiques, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité de la saisine, les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettres en date du 13 juin 2012, enregistrées respectives les 14 et 15 juin 2012 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) sous les numéros 502/12

et 507/12, l'Agence de Développement Municipal (ADM) a saisi le CRD d'une demande d'avis sur les attributions provisoires des marchés relatifs, d'une part, à la mission de diagnostic financier et d'enquêtes pour l'amélioration de la mobilisation des ressources dans les communes de Kaolack, Fatick, Mbour, Diourbel, Kaffrine, Saint-Louis et Matam (DP N° 03/2011/ADM), d'autre part, à la mission de diagnostic financier et d'enquêtes pour l'amélioration de la mobilisation des ressources dans les communes de Tambacounda, Kolda, Sédhiou, Ziguinchor, Kédougou, Thiès et Louga. (DP N°04/2011/ADM).

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'aux termes de l'article 83 alinéas 3 et 4 du Code des marchés publics, si l'autorité contractante n'accepte pas les recommandations formulées par la Direction chargée du contrôle des marchés, en ce qui concerne l'attribution provisoire du marché, elle peut saisir le CRD dans un délai de trois (3) jours ouvrables suivant la réception de ces recommandations ;

Considérant que par lettres n° 2412/MEF/DCMP/74 et n° 2413/MEF/DCMP/74 en date du 11 juin 2012, reçues le 12 juin 2012 par l'ADM, la DCMP a notifié à l'autorité contractante son avis défavorable sur les rapports d'analyse comparative des offres et les procès-verbaux d'attribution provisoire relatifs aux deux marchés susvisés ;

Considérant que par deux lettres datées du 13 juin 2012, enregistrées les 14 et 15 juin 2012 au secrétariat du CRD, l'ADM a saisi ledit Comité d'une demande d'avis sur les propositions d'attribution des deux marchés, suite à l'avis défavorable de la DCMP ;

Considérant, d'une part, que les deux requêtes introduites par l'ADM ont été exercées dans le délai prévu, elles doivent être déclarées recevables;

Considérant d'autre part, que les deux demandes d'avis, bien que portant sur des localités différentes, concernent le même objet ; qu'il y a lieu donc d'opérer leur jonction ;

LES FAITS

Dans le cadre de l'amélioration de la mobilisation des ressources dans les communes de Kaolack, Fatick, Mbour, Diourbel, Kaffrine, Saint-Louis et Matam, d'une part, dans celles de Tambacounda, Kolda, Sédhiou, Ziguinchor, Kédougou, Thiès et Louga, d'autre part, l'ADM a lancé deux Demandes de propositions sous les numéros suivants DP N° 03/2011/ADM et 'DP N° 04/2011/ADM.

Après évaluation des propositions reçues, la commission des marchés a considéré que toutes les offres techniques reçues sur les deux marchés, ont atteint la note technique minimale exigée, à l'exception de l'offre du cabinet EDM.

Au moment de l'évaluation financière des offres, la commission des marchés s'est rendu compte qu'elle avait omis de relever que le cabinet MINTECH avait mentionné, dans son offre technique, que l'équipe d'appui des six enquêteurs sera prise en charge par la commune.

Par conséquent, aucune rémunération n'ayant été prévue à ce titre dans l'offre financière dudit cabinet, la commission des marchés a jugé que cette distorsion était de nature à fausser le principe d'équité et d'égalité des chances et a recommandé que les deux consultations soient déclarées sans suite.

Saisie de la question, la DCMP a donné un avis défavorable.

La commission des marchés s'est réunie à nouveau, a décidé d'écarter le cabinet MINTECH et d'attribuer les deux marchés au cabinet ACL, classé en deuxième position.

Après examen de la nouvelle décision prise par la commission des marchés, la DCMP a donné, à nouveau, un avis défavorable.

L'ADM a, par lettres en date du 13 juin 2012 enregistrées les 14 et 15 juin 2012, saisi le CRD en contestation des avis défavorables de la DCMP.

LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

A l'appui de sa décision de ne pas déclarer la consultation sans suite, la DCMP soutient que la situation décrite par l'autorité contractante ne rentre ni dans les cas prévus à l'article 65 du Code des marchés publics, ni dans ceux admis par la clause 2.30 des Directives de la Banque mondiale pour la sélection et l'emploi de consultants (version octobre 2006).

Saisie une deuxième fois pour se prononcer sur le rapport d'évaluation des offres et la proposition d'attribution, la DCMP n'a pas suivi la commission des marchés dans ses conclusions au motif : que :

1. « le cabinet MINTECH INTERNATIONAL a prévu, dans sa proposition technique, conformément aux termes de références de la DP, deux (2) enquêteurs et, pour le personnel d'appui, un pool de six (6) enquêteurs tout en précisant que ce personnel d'appui serait fourni par les communes. Il n'a pas, en conséquence, intégré sa rémunération dans sa proposition financière.
2. le cabinet ACL Consulting n'a prévu dans sa proposition technique, ni les deux (2) enquêteurs, ni les six (6) membres du personnel d'appui ; mais a budgétisé leur rémunération dans sa proposition financière et n'a donc fourni aucune personne devant exécuter les activités d'enquêtes » ;
3. « le cabinet PRESTIGE a, quant à lui, prévu dans sa proposition financière, deux (2) enquêteurs mais pas les six (6) membres du personnel d'appui dont la rémunération, même si elle est indiquée dans la proposition financière, n'indique pas pour autant le nombre de personnes concernées » ;

Selon la DCMP, les divergences constatées sur la prise en charge du personnel d'appui découlent de l'interprétation, par les candidats, du contenu de la réponse apportée à la demande d'éclaircissement formulée par le cabinet CEAON.

Qu'en tout état de cause, l'ouverture en séance publique de la proposition financière du cabinet MINTECH INTERNATIONAL « emporte validation de sa proposition technique ... et sa participation à la deuxième phase de l'évaluation ».

Elle conclut qu'à ce stade de la procédure, l'élimination du cabinet MINTECH INTERNATIONAL est de nature à compromettre la régularité de la procédure de sélection.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

En réponse à ces observations, l'ADM déclare, en liminaire, que « le cabinet ACL Consulting a bien précisé la prise en charge des enquêteurs et du personnel d'appui. En effet, au paragraphe C de la méthodologie (page 28) le cabinet écrit « l'équipe fournie par ACL Consulting pour l'exécution de la présente mission sera composée de deux (2) experts en finances et fiscalité locale, deux (2) spécialistes en finances locales, deux superviseurs des enquêteurs et six (6) enquêteurs. Elle sera renforcée par les agents de la commune concernée... ».

Ensuite, elle soutient que le cabinet PRESTIGE a prévu, aussi bien dans sa proposition technique que financière, la prise en charge des six (6) membres du personnel d'appui, comme indiqué sur le Tableau « Calendrier du personnel » situé à la page 31 de son offre technique et au Tableau « Ventilation du personnel » en page 4 de son offre financière.

En définitive, seul le cabinet MINTECH INTERNATIONAL a précisé que les six (6) membres du personnel d'appui seraient fournis par la commune et par conséquent, n'a pas budgétisé leur prise en charge, ce qui constitue une divergence majeure.

L'ADM reconnaît l'erreur de la commission des marchés du fait que le cabinet MINTECH INTERNATIONAL aurait dû être écarté à l'évaluation des offres techniques pour manquement aux dispositions des Termes de référence.

Elle déclare qu'attribuer le marché à MINTECH INTERNATIONAL aboutirait à une impasse par rapport à l'exécution de la mission, car ni la commune, ni l'ADM n'ont prévu la prise en charge financière de cette équipe d'appui.

En définitive, elle sollicite l'arbitrage du CRD sur sa proposition d'attribution des deux marchés à ACL Consulting.

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte de ce qui précède que le litige porte sur la question de savoir si la commission des marchés peut revenir sur la conformité d'une offre technique après l'ouverture de la proposition financière de ce dernier, pour non respect des termes de référence.

AU FOND

Considérant qu'aux termes de l'article 80 du Code des marchés publics, dans le cadre des marchés de prestations intellectuelles, la soumission des propositions s'effectue

sous la forme d'une enveloppe unique contenant deux enveloppes distinctes et cachetées comportant respectivement l'offre technique et l'offre financière ;

Considérant que pour ce type de marché, l'ouverture des offres s'effectue en deux temps : dans un premier temps, les offres techniques sont ouvertes et évaluées conformément aux critères définis, dans un deuxième temps, seules les offres financières des soumissionnaires dont les propositions techniques ont été déclarées qualifiées et conformes sont ouvertes ;

Considérant qu'en application de cette disposition, la clause 5.4 de la Note d'Information aux candidats prévoit qu'à l'issue de l'évaluation de la qualité technique, le Client informe le consultant des scores obtenus et procède à l'ouverture des propositions financières des soumissionnaires qui ont obtenu la note technique minimale requise ;

Considérant qu'à l'issue de l'évaluation des offres techniques, la commission des marchés a donné une note globale de 82,67/100 points à MINTECH INTERNATIONAL, puis a déclaré son offre conforme ;

Considérant cependant qu'après ouverture des propositions financières, la commission des marchés a découvert que le cabinet MINTECH INTERNATIONAL n'avait pas intégré dans son offre, une disposition jugée essentielle des Termes de référence de la mission, notamment le recrutement, par le consultant, d'un personnel d'appui au nombre de six (6), chargé des opérations de recensement sur le terrain ;

Considérant que sur l'original de l'offre technique de MINTECH INTERNATIONAL, il est mentionné à la page 46 ce qui suit :

« Pendant l'exécution des études, le Consultant affectera sur le terrain en fonction du calendrier du personnel, deux experts en finances et fiscalité locale, deux spécialistes en finances et fiscalité locale et deux enquêteurs.

Cette équipe clé sera appuyée par 06 membres chargés des opérations de recensement sur le terrain sous la conduite des 02 enquêteurs
Le personnel d'appui composé de six membres sera recruté au niveau local avec l'aide des autorités communales » ;

Considérant qu'en réponse à une demande d'éclaircissement formulée par un candidat, libellée en ces termes « Quelle est la nature de l'appui que le consultant doit apporter pour l'organisation des activités de recensement et d'enquête ? », l'ADM a déclaré, par courrier électronique du 31 octobre 2011, ce qui suit : « Dans le cadre de la mise en œuvre et de l'évaluation des opérations de recensement, les services financiers de la commune, de la recette perception municipale et le centre des impôts seront fortement impliqués dans tout le processus de préparation, de collecte et de traitement des données.

Il est prévu que la mise à disposition du personnel, du matériel de recensement et d'autres commodités soit à la charge de chaque commune et que le consultant soit responsable de la mise en œuvre de ses opérations dans le cadre d'un comité de

supervision créé et supervisé par le Maire regroupant l'ADM, le Consultant, le Trésor et le Centre des services fiscaux. » ;

Considérant que cette mise au point fournie par l'ADM, au lieu d'apporter une cohérence globale devant permettre aux soumissionnaires d'avoir une bonne perception de la mission, est plutôt de nature à jeter une confusion sur l'aspect relatif à la mise à disposition du personnel d'appui que ni la clause 5.2 (i) des Données particulières de la Note d'information de la Demande de propositions, ni les Termes de référence, ne considèrent comme faisant partie intégrante du personnel clé ;

Considérant qu'après ouverture des propositions financières des soumissionnaires, la commission des marchés a constaté que le personnel d'appui de MINTECH INTERNATIONAL composé des six (06) enquêteurs, n'est pas pris en compte sur le plan budgétaire et a rejeté par conséquent, son offre ;

Considérant que la commission des marchés n'a pas fait application des dispositions de la clause 5.6 de la Note d'information de la Demande de propositions, qui prévoit qu'elle devra corriger toute erreur de calcul et, en cas de différence entre le montant partiel et le montant total, ou entre mots et chiffres, les premiers prévalent. ;
Qu'en outre et comme indiqué au paragraphe 3.6, les activités et intrants décrits dans la Proposition technique sans qu'un prix leur ait été attribué, sont supposés être inclus dans le prix des autres activités et intrants ;

Que le dernier alinéa de ladite clause précise qu'"au cas où une activité ou un poste comptable est différent dans la Proposition technique et dans la Proposition financière, i) en cas de Marché rémunéré au temps passé, le Comité d'évaluation corrigera le(s) montant(s) figurant dans la Proposition financière de façon à rendre cette dernière cohérente avec la proposition technique, appliquera les prix unitaires de la proposition financière à la quantité corrigée et corrigera le prix total, ou ii) en cas de Marché à rémunération forfaitaire, aucune correction ne sera apportée à la proposition financière.

Considérant qu'en l'espèce, le marché devant lier le client à l'attributaire et qui est joint au dossier de Demande de propositions fait référence non pas au marché à prix unitaires, mais plutôt au contrat à rémunération forfaitaire ;

Que ce type de marché est utilisé principalement pour des missions où la nature des services, leur durée et les prestations que les consultants sont censés fournir, sont clairement définies et donnent lieu à des paiements venant à échéance sur la base d'un montant forfaitaire prédéterminé ;

Qu'en conclusion, l'ADM ne saurait valablement invoquer, au vu des circonstances, la non-conformité de l'offre de MINTECH INTERNATIONAL et motiver, ainsi, le rejet de l'offre de ce dernier ;

Qu'il y a lieu de confirmer la DCMP en son avis défavorable ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Constate qu'après évaluation des propositions techniques, le cabinet MINTECH INTERNATIONAL a obtenu la note technique exigée dans le dossier de Demande de Propositions ;

- 2) Constate que le cabinet MINTECH INTERNATIONAL n'a pas prévu expressément dans sa proposition financière, la prise en charge budgétaire des six (6) agents chargés d'appuyer l'équipe d'experts ; toutefois,
- 3) Constate que la réponse de l'ADM à la demande d'éclaircissement est de nature à jeter une confusion dans l'appréciation par les soumissionnaires, de la mission attendue ;
- 4) Dit qu'en raison du type de contrat à rémunération forfaitaire, les activités et intrants décrits dans la Proposition technique sans qu'un prix leur ait été attribué, sont supposés être inclus dans le prix des autres activités et intrants, en référence à la clause 5.6 de la Note d'information de la Demande de propositions ; à cet égard,
- 5) Dit que l'ADM ne saurait valablement invoquer la non-conformité de l'offre de MINTECH INTERNATIONAL ;
- 6) Annule la proposition d'attribution des deux marchés litigieux ;
- 7) Ordonne la reprise de l'évaluation des offres
- 8) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à l'Agence de Développement Municipal ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA

Les membres du CRD

Abd'El Kader NDIAYE

Mamadou DEME

Ndiacé DIOP

**Le Directeur Général
Rapporteur**

Saër NIANG