

**DECISION N° 222/11/ARMP/CRD DU 16 NOVEMBRE 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE BASIF SARL CONTESTANT
L'ATTRIBUTION PROVISoire DU MARCHE RELATIF A L'APPEL D'OFFRES
AYANT POUR OBJET LES TRAVAUX DE REALISATION D'UNE PEPINIERE
COMMUNALE, D'UNE AIRE D'ABATTAGE ET D'UN PARC A VACCINATION AU
PROFIT DE LA COMMUNE DE THILOGNE**

**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 BASIF SARL en date du 03 octobre 2011 enregistré le 10 octobre 2011 sous le numéro 1041/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

Monsieur René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, rapporteur, entendu en son rapport ;

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, MM. Mamadou DEME et Ndiacé DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De MM. Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, Mme Tackia FALL CARVALHO, MM. Ely Manel FALL, Chef de Division à la Direction de la Réglementation et des Affaires juridiques et Ababacar DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, observateurs;

Après en avoir délibéré conformément à la loi;

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité du recours :

Par lettre en date du 03 octobre 2011, enregistrée le 10 octobre 2011 sous le numéro 1041/11 au secrétariat du CRD, le Gérant de la société BASIF SARL a saisi le CRD d'un recours dirigé contre l'attribution provisoire du marché précité.

LES FAITS

Le 15 août 2011, par voie d'affichage, la commune de Thilogne a, dans le cadre du Programme National de Développement Local (PNDL), publié un avis d'appel d'offres ayant pour objet la réalisation d'une pépinière communale, la construction d'une aire d'abattage et d'un parc à vaccination.

A l'ouverture des plis du 23 septembre 2011, les entreprises Wakeur Serigne Fallou, COBATER, BASIF SARL et Baye Dame Global Business (BDGB) SUARL ont présenté des offres pour les montants respectifs de 5 293 279 FCFA TTC, 39 857 155 FCFA TTC, 30 981 639 FCFA TTC et 32 889 951 FCFA TTC.

Après évaluation et suivant procès-verbal du 26 septembre 2011, le marché a été provisoirement attribué à BDGB SUARL pour le montant de 32 889 951 FCFA TTC.

Non satisfait de cette décision, le candidat BASIF SARL a saisi d'un recours le CRD qui, par décision n° 199/11/ARMP/CRD du 17 octobre 2011, a ordonné la suspension de la procédure de passation du marché.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

BASIF SARL a mis en cause des irrégularités relatives aux dispositions des données particulières de l'appel d'offres ou aux instructions aux candidats concernant les documents administratifs et la garantie de soumission qui ont été volontairement omis par l'autorité contractante aux fins de favoriser le candidat de son choix.

Par ailleurs, il dénonce le fait que le marché a été attribué le même jour que l'ouverture des plis, ce qui ne lui a pas permis de compléter les pièces manquantes de son offre.

Enfin, il argue que le marché a été attribué à un autre candidat alors que son offre est moins disante.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES DE LA COMMUNE

Le rapport d'évaluation renseigne que l'offre de BASIF SARL a été rejetée pour non exhaustivité et pour n'avoir pas rempli les critères de qualification concernant l'expérience spécifique, les moyens humains, matériels et financiers.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte de ce qui précède que le litige porte sur l'omission jugée irrégulière des pièces administratives et de la garantie de soumission, le refus de la commission d'accorder un délai aux candidats pour le dépôt des pièces manquantes et la qualification de BASIF SARL.

L'EXAMEN DU LITIGE

1- Sur les pièces administratives et la garantie de soumission non exigées dans le DAO

Considérant qu'aux termes de l'article 44, alinéa 1 du Code des marchés publics, 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 dans le dossier d'appel à la concurrence ;

Que, toutefois, à l'IC 11 des DPAO, il est dérogé à l'IC 11 du DAO qui énumère les documents constitutifs de l'offre des candidats ;

Considérant que l'article 4 de l'arrêté n° 03193 du 07 avril 2010 du Ministre de l'Economie et des Finances, pris en application de l'article 78 du Code des marchés publics et relatif aux marchés passés par les communautés rurales et certaines communes, prévoit qu'en ce qui concerne les renseignements et les justifications requis des candidats aux marchés, les communes dont le budget initial est inférieur à 300 millions de francs CFA peuvent ne pas exiger les attestations exigées au paragraphe c de l'article 45 du décret n° 2007-545 portant Code des marchés publics (paragraphe c de l'article 44 du décret 2011-1048), pour tout marché dont le montant est inférieur à 25 millions FCFA TTC ;

Considérant que, cependant, le rapport d'évaluation renseigne que le montant estimatif du marché a été évalué à 33 millions FCFA, ce qui signifie que l'arrêté précité ne devait pas être appliqué ;

Considérant que malgré cette application inopportune de l'arrêté, il ne peut être valablement allégué par BASIF SARL que cet état de fait a eu pour dessein et conséquence de favoriser une entreprise particulière, dans la mesure où la disposition dérogatoire a concerné tous les candidats potentiels que l'autorité contractante ne pouvait nommément identifier au moment de la confection du DAO ;

Qu'ainsi, aucun des principes qui soutiennent la commande publique n'ayant été violé, il n'y a pas lieu d'annuler la procédure ;

Considérant que le DAO n'ayant pas requis la production de pièces administratives, BASIF SARL ne peut se plaindre qu'un délai n'ait pas été accordé aux candidats pour le dépôt des pièces manquantes ;

Qu'au demeurant, contrairement à ses allégations, l'attribution provisoire a eu lieu le 26 septembre 2011, donc postérieurement à l'ouverture des plis ;

Considérant que, s'agissant de la garantie de soumission, il est stipulé à l'IC 20.1 des DPAO que la garantie de soumission n'est pas exigée ;

Qu'à cet égard, il y a lieu de souligner qu'en vertu de l'article 111 alinéa 3 du Code des marchés publics, l'autorité contractante peut ne pas exiger la fourniture d'une garantie de soumission pour les marchés d'un montant inférieur aux seuils fixés par arrêté du Ministre chargé des Finances ;

Que les seuils de l'arrêté n°011583 du 28 décembre 2007 étant de trente (30) millions FCFA TTC pour les marchés de fournitures et de services autres que les prestations intellectuelles et de soixante (60) millions FCFA TTC pour les marchés de travaux, il ne peut être reproché à la commune de Thilogne de n'avoir pas exigé une garantie de soumission pour les travaux objet du marché évalués à trente trois (33) millions ;

2- Sur la qualification de BASIF SARL

Considérant qu'au point 5.1 des DPAO, il est stipulé que :

- a) Les soumissionnaires devront justifier d'une expérience en tant qu'entreprise principale dans la construction d'au moins 2 ouvrages de nature et de complexité similaires aux travaux objet du présent appel d'offres au cours des 5 dernières années. Cette expérience devra comporter, au moins, la réalisation de travaux de maçonnerie à hauteur de 25 millions de francs ;
- b) Le Directeur des travaux devra justifier d'au moins 5 années d'expérience et devra être un ingénieur ou un technicien supérieur en génie civil ou rural.
Le conducteur des travaux devra justifier d'au moins 3 années d'expérience et devra être un technicien supérieur en génie civil ;
Le matériel essentiel que le soumissionnaire devra affecter au chantier est le suivant :
 - Bétonnière
 - lot de bois de coffrage
 - petit outillage de maçonnerie
 - voiture 4X4 Pick up simple cabine
 - un camion benne de 8 m³ au moins.
- c) Le montant minimum de liquidités/facilités de crédit net de tous autres engagements contractuels du soumissionnaire doit être en FCFA : 10 millions de francs ;
- d) Le chiffre d'affaires annuel moyen pour des travaux de construction requis de la part du soumissionnaire au cours des trois dernières années doit être au moins égal à 50 millions de francs CFA. Pour ce faire, le soumissionnaire devra fournir un bilan certifié des 3 exercices concernés et donner la liste des travaux en cours suivant le tableau joint en annexe ;

Considérant que dans son offre, BASIF SARL n'a fait la preuve d'aucun des critères exigés ;

Qu'il s'ensuit que c'est à bon droit que la commission des marchés l'a déclaré non qualifié ;

Qu'ainsi, même si son offre était la moins disante des offres jugées conformes, il ne pourrait prétendre à être attributaire du marché ; en conséquence,

DECIDE

- 1) Constate que l'autorité contractante n'a pas, dans les DPAO, exigé des candidats la production des pièces administratives énumérées à l'article 44 du Code des marchés publics ;
- 2) Dit que le montant estimé du marché étant supérieur au montant de 25 millions de francs TTC, la commune de Thilogne aurait du exiger la production des pièces énumérées à l'article 44, c du Code des marchés publics ;
- 3) Dit, toutefois, que les principes régissant les marchés publics n'ayant pas été violés, la procédure de passation du marché ne peut être annulée de ce chef ;
- 4) Dit qu'il ne peut être fait grief à l'autorité contractante de n'avoir pas exigé une garantie de soumission des candidats ;
- 5) Constate que BASIF SARL n'a pas satisfait aux critères de qualification exigés dans les DPAO ;
- 6) Dit que dans ces conditions, bien que moins disant, il ne peut prétendre à l'attribution du marché ;
- 7) Déclare le recours de BASIF SARL mal fondé ;
- 8) Ordonne la continuation de la procédure de passation du marché ;
- 9) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à BASIF SARL, à la Commune de Thilogne, ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA