

**DECISION N° 145/11/ARMP/CRD DU 03 AOUT 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DU GIE LES CONSTRUCTEURS
CONTESTANT L'ATTRIBUTION PROVISOIRE DES LOTS 1 ET 2 DU MARCHE
RELATIF AUX TRAVAUX DE CONSTRUCTION DE DIX (10) ECOLES, TROIS (3)
SALLES DE CLASSE, UN (1) BLOC ADMINISTRATIF, UN (1) BLOC D'HYGIENE,
UN (1) POINT D'EAU ET UN (1) MUR DE CLOTURE LANCE PAR L'AGENCE
REGIONALE DE DIOURBEL.**

**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/CR du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu le recours du Gie Les Constructeurs en date du 12 juillet 2011, enregistré le même jour sous le numéro 708/11 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 Abdoulaye SYLLA, Président, de MM. Abd'El Kader NDIAYE, Ndiacé DIOP et Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De MM Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP assurant le secrétariat du CRD, Oumar SARR, Conseiller juridique et René Pascal 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, les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre mémoire en date du 12 juillet 2011, reçue le même jour, le Gie Les Constructeurs a sollicité l'annulation de la décision d'attribution provisoire du marché portant sur les deux lots du marché de travaux de construction de dix (10) écoles, trois (3) salles de classe, un (1) bloc administratif, un (1) bloc d'hygiène, un (1) point d'eau et un (1) mur de clôture (Fast Track n°02-20 11), lancé par l'Agence Régionale de Développement (ARD) de Diourbel.

LES FAITS

L'ARD de Diourbel a fait publier dans l'édition n°2 333 du journal « L'Observateur » en date des 02 et 03 juillet 2011, l'attribution provisoire du marché de construction de 10 écoles, 3 salles de classe, 1 bloc administratif, un bloc d'hygiène, 1 point d'eau et 1 mur de clôture dans le département de Diourbel sous la référence Fast Track n°02 – 2011.

Le GIE Les Constructeurs, candidat malheureux, a introduit, par lettre en date du 04 juillet 2011, un recours gracieux auprès de l'autorité contractante pour contester la décision de la commission des marchés.

Non convaincue par la réponse apportée à son recours gracieux, le Gie Les Constructeurs a alors saisi le CRD.

Par décision n°126/11/ARMP/CRD du 13 juillet 2011, 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, le requérant déclare que la commission des marchés l'avait proposé attributaire provisoire pour un montant de 119 351 647 francs CFA, après rejet du candidat SGC qui avait soumis l'offre la moins élevée à l'ouverture des plis, mais qui n'a pas satisfait au critère portant sur la production de l'attestation de qualification et de classification exigée.

Ensuite, le requérant soutient qu'il s'est opposé à l'initiative de certains membres de la commission de passation dont les noms n'ont pas été dévoilés, qui avaient tenté de négocier avec lui en réclamant 5% du montant global du marché à leur verser sous forme de pot de vin.

Pour asseoir les charges dirigées contre la commission des marchés, le requérant invite le CRD à constater que les chiffres d'affaires découlant de son offre ont été volontairement « gonflés » par les évaluateurs pour pouvoir le déclarer non conforme, comme le montre du reste, le tableau ci après :

Années	Chiffres d'affaires rapportés	Chiffres d'affaires réels
2007	124 536 747	110 632 157
2008	164 000 000	124 536 747
2009	142 816 320	139 265 874

Selon ses déclarations, la commission a proposé le GIE KEUR MOUHAMADOU DEME, entreprise spécialisée dans la boulangerie, attributaire du lot 2, après avoir manipulé les chiffres d'affaires des trois dernières années dans le but de rejeter son offre.

Il soutient également que la commission des marchés n'a pas remis, aux candidats présents, le procès verbal d'ouverture des plis.

Par ailleurs, il affirme avoir fourni une attestation de capacité financière de 400 000 000 de FCFA délivrée par la Banque Atlantique, prouvant ainsi qu'il a les capacités financières pour exécuter le marché.

En conclusion, le requérant déclare que le lot 1 du marché devait lui revenir au motif qu'il a proposé une offre conforme moins disante que celle de l'attributaire, le Gie Keur Serigne Mouhamadou DEME et a respecté les critères de qualification exigés.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES DE L'ARD DE DIOURBEL

En réponse, l'autorité contractante soutient qu'il n'y a pas eu manipulations des offres, mais affirme que les montants des attributions provisoires évoqués par le requérant émanent des offres corrigées des candidats et non des offres lues publiquement.

Après évaluation des offres, le classement s'établit comme suit :

LOT 1	LOT 2
1 ^{er} : Gie Les Constructeurs Montant offre : 119 331 784 FCFA HT/HD	1 ^{er} : Gie Keur Serigne Mouhamadou DEME Montant offre : 116 077 500 FCFA HT/HD
2 ^{ème} : Gie Keur Serigne Mouhamadou DEME Montant offre : 121 629 400 FCFA HT/HD	2 ^{ème} : Gie Les Constructeurs Montant offre : 119 331 784 FCFA HT/HD

Sur la base dudit classement, la commission a attribué provisoirement le lot 1 au Gie Les Constructeurs et le lot 2 au Gie Keur Serigne Mouhamadou DEME avant de transmettre le rapport d'évaluation à la DCMP pour avis.

En retour par lettre du 22 juin 2011, la DCMP fait remarquer que le Gie Les Constructeurs, moins disant sur le lot 1, n'a pas rempli le critère de qualification sur le chiffre d'affaires moyen et doit par conséquent être écarté au profit du second moins disant, en l'occurrence le Gie Keur Serigne Mouhamadou DEME.

C'est pourquoi l'offre du requérant a été rejetée au motif qu'elle a présenté un chiffre d'affaires moyen de F CFA 143 784 356 qui est inférieur au chiffre d'affaires demandé qui doit être de 1,5 fois le montant de son offre ($1,5 \times 119\,331\,784 = 178\,997\,676$ F CFA).

Par ailleurs, même si le requérant a produit dans son offre une attestation de capacité financière exigée à la clause 5.5 e) du FDAO, ce dernier ne peut se substituer au critère sur le chiffre d'affaires moyen.

Les allégations du requérant faisant état d'un gonflement volontaire de ses chiffres d'affaires en vue de l'écarter ne sont pas fondées ; si s'était le cas, lesdites manipulations devraient au contraire profiter au candidat car aboutissant à l'amélioration de son chiffre d'affaires moyen.

Au vu de ses constats, la commission des marchés a attribué valablement les deux lots dudit marché au GIE Keur Serigne Mouhamadou Dème qui a présenté une offre conforme et rempli tous les critères de qualification exigés.

Toutefois, il est à signaler que l'autorité contractante n'a pas apporté de réponse à la non transmission aux candidats du procès verbal d'ouverture des plis.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte, d'une part, sur les supposés manipulations, par la commission des marchés, du chiffre d'affaires produit par le requérant en vue de rejeter son offre et, d'autre part, sur la non transmission aux candidats du procès-verbal d'ouverture des plis.

AU FOND

1) Sur le critère relatif au chiffre d'affaires :

Considérant qu'il ressort des dispositions de l'article 59.2 du Code des marchés publics modifié que la qualification du candidat qui a présenté l'offre évaluée la moins disante au regard des capacités juridiques, techniques et financières requises est examinée indépendamment du contenu de son offre, au vu des justificatifs qu'il a soumises ;

Considérant que selon la clause 5.5 de la Fiche des Données de l'appel d'offres (FDAO), pour être admis à l'attribution du marché, les soumissionnaires devront satisfaire, entres autres, aux critères de qualification suivants :

- a) Avoir effectué des travaux de construction d'un montant financier moyen annuel correspondant au moins à 1,5 fois le montant de l'offre au cours des trois dernières années (2007, 2008, 2009) ;
- b) Avoir réalisé deux expériences d'entrepreneur principal de travaux de construction de même nature et de complexité similaires pendant les cinq dernières années (2005 à 2009) ;

Considérant qu'il est mentionné dans l'original de l'offre du Gie Les Constructeurs, les chiffres d'affaires suivants :

- 2007 : 110 632 157 FCFA,
- 2008 : 124 536 747 FCFA,
- 2009 : 164 000 000 FCFA,
- 2010 : 142 816 320 FCFA ;

Considérant que selon le rapport d'évaluation établi par la commission des marchés, le GIE LES CONSTRUCTEURS a produit, au titre du chiffre d'affaires réalisé :

- En 2007 : 124 536 747 FCFA,
- En 2008 : 164 000 000 FCFA ,
- En 2009 : 142 816 320 FCFA;

Considérant que les supposés gonflement de chiffres d'affaires semblent bien résulter d'erreurs matérielles de report par rapport à l'année considérée ; qu'en effet, au lieu de prendre en considération les années 2007, 2008 et 2009 comme exigé à la clause 5.5 de la FDAO, la commission des marchés a reporté les informations de 2008, 2009 et 2010 ;

Considérant qu'après prise en compte des années considérées (2007, 2008 et 2009), la moyenne du chiffre d'affaires réel présenté par le Gie Les Constructeurs est de 143 784 355 FCFA, donc inférieur au chiffre d'affaires requis de 178 997 676 FCFA, soit 1,5 x 119 331 784, si l'on se réfère aux dispositions de la clause 5.5 de la FDAO ;

Qu'à cet égard la décision de la commission des marchés déclarant non conforme l'offre du GIE LES CONSTRUCTEURS, est fondée ;

2) Sur la non transmission du procès verbal d'ouverture des plis :

Considérant que selon les dispositions de l'article 67.4 du Code des Marchés publics, dès la fin des opérations d'ouverture des plis, un procès verbal dressé et signé par la commission des marchés est remis à tous les candidats ;

Considérant que le requérant reproche à la commission des marchés la violation de cette exigence, notamment le défaut de transmission aux candidats du procès verbal d'ouverture des plis ;

Considérant que la remise dudit document, gage de transparence du processus de passation, permet aux candidats de se munir de tous les éléments d'information à ce stade de la procédure et au besoin, de faire prévaloir leurs droits devant le CRD en cas de violation par la commission des marchés d'une quelconque de ses obligations ;

Considérant cependant que, d'une part, le requérant n'a pas subi de préjudice du fait de la non transmission dudit procès verbal d'ouverture des plis au motif que cela ne l'a pas empêché d'exercer son droit de recours devant le CRD et, d'autre part, la procédure d'attribution ne souffre d'aucune irrégularité ; et qu'en tout état de cause, le requérant ne pouvait pas être déclaré attributaire par la commission des marchés du fait de la non-conformité de son offre ;

Qu'en considération de cet élément, il n'y a pas lieu d'annuler la procédure de passation du marché litigieux ;

DECIDE :

- 1) Constate que les supposés gonflement de chiffres d'affaires résultent d'erreurs matérielles de report par rapport à l'année considérée ; qu'à cet égard,
- 2) Dit que le requérant a présenté une moyenne de chiffre d'affaires de 143 784 355 FCFA qui est inférieur au chiffre d'affaires requis de 178 997 676 FCFA pour le requérant, si l'on se réfère aux dispositions de la clause 5.5 de la FDAO ; en conséquence,
- 3) Dit que le rejet de l'offre du requérant par la commission des marchés est fondé ;
- 4) Constate qu'il n'est pas contesté, par l'autorité contractante, la non transmission du procès verbal d'ouverture des plis ; toutefois,

- 5) Dit que cette irrégularité n'a porté atteinte ni à l'exercice du droit de recours du requérant, ni à la régularité du rejet de l'offre du requérant ;
- 6) Dit que la procédure d'attribution ne souffre d'aucune irrégularité ;
- 7) Ordonne la continuation de la procédure de passation ;
- 8) Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier au GIE LES CONSTRUCTEURS, à l'Agence Régionale de Développement de Diourbel ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA