

**DECISION N°087/10/ARMP/CRD DU 1^{er} JUILLET 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES SUR LE RECOURS DE L'ENTREPRISE AFRIQUE EQUIP PLUS
CONTESTANT L'ATTRIBUTION PROVISoire DU MARCHÉ RELATIF AUX
TRAVAUX DE REHABILITATION ET DE DENSIFICATION DU RESEAU D'EAU
POTABLE DE LA COMMUNE DE NGUEKOKH**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES,**

Vu l'article 30 du Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 ;

Vu le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics modifié ;

Vu le décret N° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) ;

Vu la décision n° 0005/ARMP/CRMP du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre du 21 avril 2010 de l'entreprise Afrique Equip Plus;

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 Birahime SECK, membres du Comité de Règlement des Différends ;

De Messieurs Youssouf SAKHO, Directeur général de l'ARMP, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, 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 21 avril 2010, enregistrée le même jour sous le numéro 223/10 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, l'entreprise Afrique Equip Plus a introduit un recours auprès du CRD pour contester la décision d'attribution provisoire du marché de travaux de réhabilitation et de densification du réseau d'eau potable de Nguékokh lancé par ladite commune.

SUR LA RECEVABILITE:

Considérant qu'au terme des articles 86 et 87 du décret 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 pour contester 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 retenue, la conformité des documents d'appel d'offres à la réglementation, les spécifications techniques retenues ainsi que les critères d'évaluation;

Considérant que le recours a été introduit par l'entreprise Afrique Equip Plus par courrier du 21 avril 2010 enregistré le même jour au Secrétariat du CRD, deux jours francs après la parution dans le journal le Soleil des 17 et 18 avril 2010, de l'avis d'attribution provisoire du marché ;

Qu'il convient de le déclarer recevable ;

LES FAITS

A la suite de la parution dans le journal « Le Soleil » du 23 février 2010 de l'avis d'appel d'offres relatif aux travaux de réhabilitation et de densification du réseau d'eau potable de la Commune de Nguékokh, la commission des marchés a désigné l'entreprise El Hadj Diagne attributaire pour un montant de 253 521 938 F CFA, puis a fait publier un avis d'attribution provisoire dans le journal « Le Soleil » des 17 et 18 avril 2010 ;

L'entreprise Afrique Equip Plus a saisi le CRD pour contester les résultats de l'évaluation des offres.

Par décision n°043/10/ARMP/CRD du 28 avril 2010, le CRD a prononcé la suspension de la procédure de passation du marché sus visé.

Suivant courrier en date du 30 avril 2010 suivi d'une relance par lettre datée du 8 juin 2010, le Président du CRD a sollicité communication des pièces du dossier qui n'ont été reçues qu'à la date du 21 juin 2010 ;

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa requête, l'entreprise Afrique Equip Plus déclare que le marché a été attribué à l'entreprise El Hadj Diagne pour un montant de 253 521 938 F CFA alors qu'elle a soumis l'offre la moins disante qui respecte les critères de qualification contenus dans le dossier d'appel d'offres.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

En réponse au courrier du Président du CRD en date du 30 avril 2010 demandant communication des dossiers relatifs à la procédure litigieuse, l'Autorité contractante soutient que le marché sus visé présente des spécificités liées à l'origine de son financement qui est pris en charge par des bailleurs de fonds dans le cadre de la coopération décentralisée ;

Selon elle, la décision de suspension provisoire du marché par le CRD lui a été notifiée bien après la publication de l'avis d'attribution définitive et la signature du contrat pour l'exécution des travaux ;

Par ailleurs, la suspension dudit marché risque de compromettre l'exécution du projet à cause des menaces de suppression du financement par le bailleur, sans compter l'énorme préjudice que subiraient les populations qui souffrent actuellement d'une pénurie d'eau au niveau de la commune ;

Par lettre en date du 4 juin 2010 reçue le 21 juin 2010, l'autorité contractante a fait savoir que l'offre du requérant a été écartée au motif que l'attestation de qualification et de classification n'a pas été fournie et l'attestation de capacité financière produite par le requérant n'est pas conforme au modèle figurant dans le dossier d'appel d'offres.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Considérant qu'il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte sur :

- 1) le non respect par l'autorité contractante du délai prévu pour l'exercice du droit de recours ;
- 2) le non respect des procédures de revue préalable par la DCMP du dossier d'appel à la concurrence ;
- 3) le respect par la commission des marchés des critères d'évaluation fixés dans le dossier d'appel d'offres ;
- 4) la conformité de la composition de la Commission des marchés de l'Autorité contractante ayant siégé pour l'attribution du marché sus nommé ;
- 5) la non approbation du marché par le représentant de l'Etat.

AU FOND

- 1) Sur le non respect du délai prévu pour l'exercice de droit de recours :

Considérant que l'autorité contractante a fait publier un avis d'attribution définitive du marché dans le journal « Le Soleil » du 29 avril 2010, donc onze (11) jours calendaires après l'avis d'attribution provisoire, alors que selon les dispositions combinées des articles 82 et 83 du Code des marchés publics, la personne responsable du marché signe le contrat, le transmet à l'autorité d'approbation compétente, notifie le marché à l'attributaire et publie l'attribution définitive du marché dans un délai minimum de quinze (15) jours suivant la publication de l'avis d'attribution provisoire ;

Qu'il y a lieu de constater qu'en publiant l'avis d'attribution définitive du marché sans observer le délai minimum de quinze (15) jours fixé, l'autorité contractante a manifestement violé les dispositions réglementaires relatives à l'exercice du droit de recours, qu'à cet égard, selon l'article 24 du Code des Obligations de l'Administration modifié, le non respect des formalités de publicité prescrites entraîne la nullité de la procédure de passation du marché passé, à la requête de toute personne intéressée au déroulement de la procédure ;

- 2) Sur le non respect des formalités de contrôle a priori des dossiers de passation de marché :

Considérant que les dispositions de l'article 138 du Code des Marchés publics relatives au contrôle a priori des procédures de passation des marchés par la DCMP, et celles de l'article premier de l'arrêté n°11580 du 28 décembre 2007 pris en application de l'article 138 du Code des Marchés publics fixant les seuils de contrôle a priori prévoient que, les dossiers d'appel d'offres ainsi que les rapports d'analyse des offres et projets de marchés portant sur des travaux d'un montant de deux cent cinquante millions (250 000 000) de francs sont soumis à la revue préalable de la DCMP ;

Considérant qu'en aucun moment ou étape de la procédure de passation du marché sus visé, la Commune de Nguékokh n'a saisi l'organe chargé du contrôle a priori pour recueillir son avis sur le dossier d'appel d'offres, le rapport d'analyse des offres ou le projet de contrat, bien que le marché ait été attribué pour un montant de 253 521 938 F CFA ;

Qu'en agissant de la sorte, l'autorité contractante a violé l'obligation d'obtenir l'autorisation préalable à la conclusion du contrat, irrégularité sanctionnée par la nullité absolue du contrat, en référence à l'article 18 du Code des Obligations de l'Administration modifié ;

3) la conformité de la composition de la Commission des marchés de l'Autorité contractante :

Considérant qu'en référence aux dispositions combinées des articles 37.2 du décret 2007-545 du 25 avril 2007 et 276 du Code des Collectivités locales, il est exigé au niveau de chaque autorité contractante la mise en place d'une commission chargée des opérations d'ouverture, d'évaluation des offres et d'attribution provisoire des marchés ;

Considérant qu'en application desdites dispositions, la Commune de Nguékokh a fait parvenir pour approbation au Service régional des Marchés publics du Pôle de Thiès l'arrêté n° 01/CNG du 4 janvier 2010 nommant les membres de la Commission des marchés ;

Qu'en retour par lettre n°1/MEF/DCMP/SRMPPT/Dds du 7 janvier 2010, la DCMP chargée du contrôle de conformité, a émis une observation majeure selon laquelle Monsieur Abdoulaye Ndao, 3^{ème} adjoint au Maire ne peut à la fois être membre de la Cellule de passation des marchés et de la Commission des marchés ; tout en exigeant de rectifier la composition des deux organes pour validation ;

Considérant que la Commune de Nguékokh n'a pas donné suite à cette observation malgré la lettre de relance de la DCMP du 12 avril 2010 enjoignant l'autorité contractante à prendre en compte l'observation formulée et à transmettre la version corrigée des documents ;

Qu'en conséquence, la commission des marchés ayant statué ne peut être déclarée conforme.

4) Sur le respect par la commission des marchés des critères d'évaluation fixés dans le dossier d'appel d'offres :

Considérant qu'il est indiqué à la clause 6 des Instructions aux candidats du dossier d'appel d'offres que le candidat fournira entre autres une attestation de capacité financière délivrée par une banque agréée et établie suivant le modèle fourni dans ledit dossier ;

Qu'en cas de non production des pièces demandées, l'offre du candidat sera rejetée, en référence à la clause 14 des Instructions aux candidats.

Considérant que la commission des marchés a écarté l'offre du requérant au motif que d'une part, l'attestation de qualification et de classification n'a pas été fournie et d'autre part l'attestation de capacité financière produite par le requérant n'est pas conforme au modèle joint au dossier d'appel d'offres.

Considérant que l'attestation de capacité financière à exécuter un marché d'un montant de 50 000 000 F CFA, délivrée par la BSIC pour le compte de l'entreprise Afrique Equip Plus comporte une clause restrictive de responsabilité mentionnant que ladite attestation est établie sans aucun engagement de la banque ;

Considérant qu'une attestation de capacité financière ne constitue ni un engagement de la banque à financer un candidat au cas où il serait titulaire du marché (attestation de ligne de crédit), ni une confirmation de disponibilité de fonds en vue de l'exécution des prestations demandées, mais un document indiquant simplement que le client semble disposer de capacité à exécuter des prestations à hauteur d'un certain montant si l'on se réfère à l'historique de son compte bancaire;

Qu'à ce titre, la validité de l'attestation n'est pas entachée d'une irrégularité substantielle au vu de sa nature et ne constitue nullement un engagement de l'institution financière prouvant que le candidat dispose de fonds destinés exclusivement à l'exécution des prestations ;

Considérant également que l'entreprise Afrique Equip Plus a été déclarée à tort non-conforme pour défaut de présentation de l'attestation de qualification et de classement, alors que la commission des marchés aurait pu donner un délai au candidat pour fournir ledit document avant d'écarter son offre ;

Qu'à cet égard, la décision de rejet de la commission des marchés n'est pas fondée ;

5) Sur la non approbation du marché par le représentant de l'Etat :

Considérant que les dispositions du décret n° 96-11 24 du 27 décembre 1996 fixant le montant des marchés des Collectivités locales soumis à l'approbation préalable du représentant de l'Etat indiquent en ses articles premier et 2 que tout marché de fourniture, service ou travaux d'un montant égal à 50 millions de F CFA pour les communes dont le budget est au moins égal à 300 millions de F CFA, n'est exécutoire qu'après avoir été approuvés par le représentant de l'Etat ;

Que cette exigence est d'ailleurs rappelée par les dispositions de l'article 29.2 du Code des Marchés publics et de l'article 43 du Code des Obligations de l'Administration modifié qui assujettissent la conclusion de tout marché à son approbation par l'autorité contractante.

Considérant que la Commune de Nguékokh a violé les formalités substantielles exigées en la matière, ledit marché doit être annulé.

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la requête introduite par l'entreprise Afrique Equip Plus ;
- 2) Constate que la Commune de Nguékokh n'a pas soumis le marché à la revue préalable de l'organe chargé du contrôle a priori ;
- 3) Dit que l'autorité contractante n'a pas respecté le délai minimum de quinze jours requis à l'article 82 du Code des Marchés publics pour la publication de l'avis d'attribution définitive du marché sus nommé ;
- 4) Dit que la commission des marchés ayant statué sur le dossier d'appel d'offres est irrégulière, en référence à l'article 35 du Code des Marchés publics ;
- 5) Dit que la décision de rejet de l'offre du requérant pour non-conformité de l'attestation de capacité financière n'est pas fondée ;
- 6) Dit que l'autorité contractante devait solliciter du requérant la production dans un délai acceptable, de l'attestation de qualification requise pour les marchés de travaux ;
- 7) Constate que le marché n'a pas été soumis à l'approbation du représentant de l'Etat en violation des dispositions des articles premier et 2 du décret n° 96-1124 du 27 décembre 1996 et l'article 29.2 du Code des Marchés publics en référence à l'article 43 du Code des Obligations de l'Administration modifié ;
- 8) Constate la nullité du marché conclu en référence à l'article 43 du Code des Obligations de l'Administration modifié ;
- 9) Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier à l'entreprise Afrique Equip Plus, à la Commune de Nguékokh, au Gouverneur de la région de Thiès, au Préfet de Mbour, au Receveur municipal de la Commune de Nguékokh ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP