

**DECISION N°046/11/ARMP/CRD DU 13 AVRIL 2011  
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT  
EN COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DU GIE FANKOUN FANKOUN  
CONTESTANT SON EVICTION DES MARCHES RELATIFS AUX SERVICES DE  
GARDIENNAGE ET DE NETTOIEMENT DES LOCAUX DE L'UNIVERSITE DE  
ZIGUINCHOR LANCES LE 26 SEPTEMBRE 2010**

**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, modifié ;

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

Vu la lettre en date du 22 février 2011 du GIE FANKOUN FANKOUN ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Oumar SARR, présentant les faits, moyens et conclusions des parties ;

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

De MM Saër NIANG, 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, délégations de service public et contrats de partenariat, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité du recours :

Par lettre du 22 février 2011, enregistrée le 25 février 2011 sous le numéro 130/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le GIE FANKOUN FANKOUN a saisi le CRD d'un recours en contestation de son éviction des marchés relatifs aux services de gardiennage et de nettoyage des locaux de l'Université de Ziguinchor.

**SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS**

Considérant que le GIE FANKOUN FANKOUN a déclaré contester l'attribution des marchés, l'un relatif au service de gardiennage, l'autre au service de nettoyage des locaux de l'Université Ziguinchor ;

Considérant que par lettre n°003/UDZ/REG/SG/CMP du 22 mars 2011, le Président de la Cellule de passation, agissant pour le compte de l'autorité contractante, a exposé que le GIE FANKOUN FANKOUN, auteur du recours n'a pas soumissionné à l'appel d'offres

relatif au gardiennage et à la surveillance de l'Université de Ziguinchor, autrement dit, il soulève l'irrecevabilité du recours pour défaut de qualité ;

Considérant que la recevabilité du requérant à agir sur le fondement de l'article 86 du Code des marchés est liée à sa participation à la procédure contestée ou au fait d'avoir été empêché de soumissionner ;

Considérant qu'il est constant comme résultant des lettres de soumission en date du 06 décembre 2010, que :

- 1) L'Entreprise de Gardiennage FANKOUN FANKOUN a déposé une offre à l'appel d'offre n° 22-UDZ-S relatif au marché de gardiennage des Bâtiments de l'Université de Ziguinchor ;
- 2) Le GIE FANKOUN FANKOUN a présenté une offre à l'appel d'offre n°23-UDZ-S relatif au marché de service de nettoyage des Bâtiments de l'Université de Ziguinchor ;

Considérant qu'il résulte de ces éléments, que le GIE FANKOUN FANKOUN n'a ni participé à l'appel d'offres relatif à l'appel d'offres n°22-UDZ-S du marché de service de gardiennage de Ziguinchor ni justifié qu'il a été empêché d'y participer ;

Qu'en conséquence, et en application des dispositions de l'article 86 du Code des marchés publics, il convient de déclarer irrecevable le recours du GIE FANKOUN FANKOUN contestant l'attribution du marché relatif au service de gardiennage des Bâtiments de l'Université de Ziguinchor pour défaut d'intérêt ;

Considérant par contre, qu'en ce qui concerne le recours contestant l'attribution définitive du marché relatif au service de nettoyage des locaux de l'Université, publié le 21 février 2011, le GIE FANKOUN FANKOUN a saisi le CRD le 22 février 2011, soit le premier jour du délai de recours ; qu'il convient de déclarer recevable le recours du GIE FANKOUN FANKOUN en ce qu'il est dirigé contre l'attribution du marché relatif au service de nettoyage ;

### **LES FAITS :**

Dans le cadre de son budget de fonctionnement pour la gestion 2010, l'Université de Ziguinchor a lancé un appel d'offres relatif au service de nettoyage de ses Bâtiments.

Le 06 décembre 2010, date d'ouverture des plis, la Commission des marchés a reçu et ouvert trois (3) offres venant des candidats suivants :

1. SEN INTERIM pour le montant de 5 826 793 FCFA HTVA ;
2. GIE FANKOUN FANKOUN pour le montant de 4 720 000 FCFA HTVA ;
3. TOP NET pour le montant de 5 470 375 FCFA HTVA ;

Qu'à titre d'observations, la Commission a indiqué que doivent fournir sous huitaine les soumissionnaires :

1. SEN INTERIM, l'agrément du ministère de la santé et de la prévention ;
2. GIE FAKOUN FAKOUN, les états financiers des trois dernières années et l'attestation de non faillite ;
3. TOP NET, l'attestation de capacité financière ;

Considérant que lors d'une première évaluation, comme en atteste la fiche d'évaluation en date du 06 décembre 2011, les candidats ont été évalués et classés comme suit :

### EVALUATION

<b>CRITERES D'EVALUATION</b>	<b>SEN INTERIM</b>	<b>GIE FANKOUN FAKOUN</b>	<b>TOP NET</b>
Montant de la soumission	5 826 793 (35 points)	4 720 000 (45 points)	5 470 375 (40 points)
Ressources humaines : effectif déclaré	21 salariés (10 points)	41 salariés (10 points)	3 salariés (10 points)
Ressources matérielles	Conforme (15 points)	Conforme (5 points)	Conforme (5points)
Capacité financière	40 000 000 (5 points)	80 000 000 (10 points)	10 000 000 (5 points)
Expérience financière	08 ans (10 points)	08 ans (10 points)	08 ans (5 points)
<b>POINTS</b>	<b>75/100</b>	<b>80/100</b>	<b>70/100</b>

### CLASSEMENT

<b>CANDIDAT</b>	<b>RANG</b>
GIE FAKOUN FAKOUN	PREMIER
SEN INTERIM	DEUXIEME
TOP NET	TROISIEME

Considérant que suite à une seconde évaluation, la Commission des marchés a établi le tableau ci-dessous, extrait de la fiche en date du 07 janvier 2011:

<b>CRITERES D'EVALUATION</b>	<b>SEN INTERIM</b>	<b>GIE FANKOUN FAKOUN</b>	<b>TOP NET</b>
<b>Montant de la soumission</b>	20 000 000x45/69 921 516 (12,87)	20 000 000x45/ 46 444 800 (19,37)	20 000 000x45/65 644 500 (13,71)
<b>Ressources humaines : effectif déclaré</b>	498X 15/100 (15 points)	41 x 15 /100 (6,15)	3 x 15 / 100 (0,45)
<b>Ressources</b>	Conforme	Non précisée	Conforme, mais pas

<b>matérielles</b>	(15 points)	(5 points)	de véhicule de liaison (05points)
<b>Capacité financière</b>	40 000 000 plafonné à 6 000 000 (5 points)	80 000 000 plafonné à 6 000 000 (10 points)	10 000 000 plafonné à 6 000 000 (5 points))
<b>Expérience financière</b>	08 ans (10 points)	08 ans (10 points)	08 ans (15 points)
<b>POINTS</b>	<b>67,87</b>	<b>55,52</b>	<b>44,16</b>

Et a procédé au classement qui suit :

<b>CANDIDAT</b>	<b>RANG</b>
SEN INTERIM	PREMIER avec 67.87 POINTS
GIE FANKOUN FANKOUN	DEUXIEME avec 55.52 POINTS
TOP NET	TROISIEME avec 44.16 POINTS

Considérant que sur la base de cette deuxième évaluation, le marché a été attribué à SEN INTERIM pour un montant de 37 365 433 F CFA comme en atteste l'avis d'attribution définitive publié dans Le Soleil du 21 février 2011 ;

Que le GIE FANKOUN FANKOUN a contesté cette attribution, a saisi le CRD et présenté les moyens qui suivent ;

#### **LES MOYENS PRESENTES A L'APPUI DE SA SAISINE :**

A l'appui de son recours, le GIE FANKOUN FANKOUN a reproché à l'autorité contractante l'attribution définitive du marché à SEN INTERIM sans publication préalable de l'avis d'attribution provisoire.

Par ailleurs, le requérant a soutenu que SEN INTERIM n'a pas fourni de garantie de soumission.

Enfin, il a exposé que SEN INTERIM, qui a présenté à l'ouverture des plis l'offre financière la plus élevée, a vu son offre initiale, chiffrée à 82 507 386 TTC, réduite de plus de 40% ;

#### **MOTIFS DONNES A LA DECISION PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE**

Par lettre n°069/UDZ/REC/SG du 25 mars 2011, l'autorité contractante a déclaré que le marché fait l'objet d'exécution depuis le 1<sup>er</sup> février 2011 par SEN INTERIM et toute interruption de cette exécution causerait un préjudice incommensurable pour elle.

Elle a soutenu que l'Université se situe dans la zone qui a connu des attaques des mouvements de rébellion ; que « pour un service adéquat aussi bien de gardiennage que de nettoyage, instruction a été donnée aux services compétents de confier les prestations à une société qui présente toutes les garanties d'un bon service à la suite d'une recommandation de toute la composante universitaire.. »

Enfin, l'autorité contractante a produit des documents relatifs à différents vols commis dans l'enceinte de l'Université et qui pourraient « justifier la nécessité d'avoir eu recours, pour l'intérêt général de l'Université de Ziguinchor, à SEN INTERIM en lieu et place d'autre structure dont l'étude du dossier a fait montre de beaucoup d'inexactitudes »

## **OBJET DU LITIGE**

Considérant qu'il résulte des faits et éléments présentés par les parties, que le litige porte sur :

1. La non production par l'attributaire du marché de la garantie de soumission à l'ouverture des plis ;
2. L'application des critères des offres ; et enfin,
3. L'inobservation de la formalité de publication de l'avis d'attribution provisoire du marché.

## **AU FOND**

- 1) Sur la non fourniture par l'attributaire du marché de la garantie de soumission à l'ouverture des plis :

Considérant qu'aux termes de l'article 111 du Code des marchés publics, pour être admis aux appels d'offres, les candidats sont tenus de fournir une garantie de soumission dont le montant, qui est compris entre 1% et 3% de la valeur estimée du marché, est fixé dans le dossier d'appel d'offres ; Que selon l'article 45 du code le défaut de production, à l'ouverture des plis de la garantie de soumission entraîne l'irrecevabilité de l'offre ;

Considérant que cependant, l'autorité contractante peut ne pas exiger la fourniture de la garantie de soumission pour les marchés d'un montant inférieur aux seuils fixés par arrêté du Ministre chargé des finances ;

Considérant que dans le cas d'espèce, il ressort de la clause IC 20.1 des données particulières qu'aucune garantie de soumission n'a été exigée ;

Qu'en conséquence, le candidat SEN INTERIM n'était pas tenu de fournir une garantie de soumission ;

- 2) Sur les critères de choix des offres :

Considérant qu'il ressort des éléments de la procédure, notamment des fiches d'évaluation ainsi que de la lettre n°0069/UDZ/REC/SG du 25 mars 2011 que, d'une part, l'autorité contractante a attribué aux candidats des points pour évaluer les offres reçues et, d'autre part, qu'elle a utilisé des critères autres que ceux portés à la connaissance des candidats pour sélectionner l'attributaire du marché ;

Considérant que, sur les critères de choix des offres, l'article 59.1 du Code des marchés publics, indique que pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre la moins disante, l'autorité contractante se fonde, compte tenu de l'objet du marché, soit sur un seul critère, celui du prix, soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à

l'objet du marché, qui doivent être énumérés dans le dossier d'appel à la concurrence et être exprimés en termes monétaires ou sous forme de critères éliminatoires ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que si l'autorité contractante peut attribuer à chacun des critères un poids différent selon les priorités et les besoins, celui-ci peut être affecté de pourcentages ou coefficients ;

Que dans le cas d'espèce, s'agissant de service de nettoyage, donc de service physique, l'autorité contractante ne pouvait valablement attribuer un système de notation par points aux critères sans violer les dispositions de l'article 59.1 sus visé ;

Considérant que sur les critères d'attribution du marché au candidat SEN INTERIM, l'autorité contractante a exposé que *« différents vols commis dans l'enceinte de l'Université ... pourraient justifier la nécessité d'avoir eu recours, pour l'intérêt général de l'Université de Ziguinchor, à SEN INTERIM en lieu et place d'autre structure dont l'étude du dossier a fait montre de beaucoup d'inexactitudes »* et que, pour cela, *« l'instruction a été donnée aux services compétents de confier les prestations à une société qui présente toutes les garanties d'un bon service à la suite d'une recommandation de toute la composante universitaire.. »* ;

Que ces considérations sont étrangères à l'objet du marché pour lequel, aux termes de l'article 59.2 du Code des marchés publics, 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 justifications qu'il a soumises en application des dispositions des articles 43 et 45 du Code ;

Qu'en outre, comme l'exigent les principes fondamentaux de transparence et d'égalité de traitement, les critères de sélection des candidatures doivent avoir été rendus publics en amont de la procédure, être non discriminatoires et être liés à l'objet du marché ;

3) Sur l'inobservation de la formalité de publication de l'avis d'attribution provisoire du marché :

Considérant que l'article 81.3 du Code des marchés publics in fine dispose : *« dès qu'elle a approuvé la proposition d'attribution, l'autorité contractante avise immédiatement les candidats du rejet de leurs offres, leur restitue les garanties de soumission et publie un avis d'attribution »* ;

Considérant qu'il ne résulte d'aucune pièce du dossier que l'autorité contractante a procédé à la publication de l'avis d'attribution provisoire, qui ne doit pas être confondu avec l'avis d'attribution définitive du marché, qui relève des dispositions de l'article 83 du Code ; qu'en effet, l'avis d'attribution définitive est publié quinze (15) jours après approbation et notification au candidat ;

Que l'inobservation de la formalité prescrite par l'article 81.3 précité a eu pour effet d'empêcher les candidats dont les offres ont été rejetées d'exercer leur droit au recours non juridictionnel et de permettre à l'autorité contractante l'achèvement de la procédure et même d'entamer l'exécution du marché ;

Considérant qu'aux termes de l'article 24 alinéa 2 du Code des obligations de l'Administration, **« le non respect des formalités de publicité requises et la violation du principe d'égalité de traitement des candidats aux commandes publiques par**

**les acheteurs publics entraîne la nullité de la procédure de passation ou du marché passé, à la requête de toute personne intéressée au déroulement normal de la procédure »** ; qu' en application de cette disposition, le marché conclu par l'autorité contractante est susceptible d'annulation ;

Mais considérant qu'en raison de l'approbation du marché, la prononciation de cette annulation du marché ainsi que la suspension échappent au CRD au profit du juge des contrats ; en conséquence,

**DECIDE :**

- 1) Déclare irrecevable pour défaut d'intérêt le recours du GIE FANKOUN FANKOUN dirigé contre la décision d'attribution du marché de gardiennage ;
- 2) Déclare recevable le recours du GIE FANKOUN FANKOUN dirigé contre la décision d'attribution du marché de nettoyage ;
- 3) Constate que l'autorité contractante a conclu le marché de nettoyage en violation des règles d'attribution du marchés et des formalités de publicité de l'attribution provisoire prescrites par l'article 81.3 du Code des marchés publics ; en conséquence,
- 4) Constate que, conformément à l'article 24 alinéa 2 du Code des obligations de l'Administration, le marché pourrait être déclaré nul de nullité absolue ;
- 5) Mais dit qu'en raison de son approbation et de sa notification au candidat déclaré attributaire, la prononciation de sa nullité est de la compétence du juge des contrats même si elle a été irrégulièrement conclue ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au GIE FANKOUN FANKOUN, à l'Université de Ziguinchor ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

**Le Président**

**Abdoulaye SYLLA**