

**DECISION N° 108/10/ARMP/CRD DU 18 AOUT 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SARL ENTREPRISE
GENERALE ET TRANSPORT CONTESTANT L'ATTRIBUTION DU MARCHE DE
TRAVAUX D'ENTRETIEN COURANT DES INSTALLATIONS FERROVIAIRES EN
ZONE NORD ET SUD DE L'EMPRISE PORTUAIRE DE DAKAR**

Vu le 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 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 (ARMP) notamment en ses articles 20 et 21 ;

Vu la décision n° 005/ARMP/CRMP du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre en date du 20 juillet 2010 du Directeur général de la Société Entreprise Générale et Transport (EGT) ;

Après avoir entendu le rapport de M. Oumar SARR, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties ;

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, de MM Abd'El Kader N'DIAYE, Birahime SECK et Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De MM. Youssouf SAKHO, Directeur général de l'ARMP, Oumar SARR, Conseiller juridique et René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation 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 ci-après ;

Par lettre du 20 juillet 2010 enregistrée le même jour sous le numero 537/10 au secrétariat du CRD, la société EGT a saisi le CRD en contestation de la décision d'attribution du marché de travaux d'entretien courant des installations ferroviaires en zone nord et sud de l'emprise portuaire de Dakar ;

SUR LA RECEVABILITE

Le 16 juillet 2010, le PAD a fait publier l'avis d'attribution provisoire du marché de travaux d'entretien courant des installations ferroviaires en zone nord et sud de l'emprise portuaire de Dakar.

Le 20 juillet 2010, la société EGT a introduit un recours auprès du CRD en contestation de la décision d'attribution du marché à la GES.

Considérant qu'aux termes des articles 86 et 87 du décret n°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 d'un recours contentieux ;

Qu'en tout état de cause, la saisine du CRD, qu'elle soit directe ou consécutive à un recours gracieux, doit intervenir dans les trois jours ouvrables à compter soit de la réponse de l'autorité contractante ou à l'expiration du délai de cinq (5) jours qui lui est imparti pour donner sa réponse, soit directement au CRD à compter de la publication de l'avis d'attribution ou d'appel d'offres ou la communication du dossier d'appel d'offres ;

Considérant que le recours ayant été exercé dans le délai de trois (3) jours francs prescrit par les articles 4.16 et 81.4 du Code des Marchés publics, il doit être déclaré recevable ;

Par décision n°093/10/ARMP/CRD du 22 juillet 2010, le CRD a ordonné la suspension de la procédure de passation de marché litigieux.

LES FAITS

Le 23 janvier 2009, le PAD a fait publier un avis d'appel d'offres ouvert relatif aux travaux d'entretien courant des installations ferroviaires en zone nord et sud sur l'emprise portuaire de Dakar.

Aux termes dudit avis, les offres doivent être soumises au plus tard le 14 janvier 2010 à 9h 30 et maintenues valables durant un délai minimum de (04) mois, pendant lequel les candidats restent engagés par leurs offres.

Le 14 janvier 2010, l'autorité contractante a fait publier un avis de report de la date limite de dépôt des offres au 21 janvier 2010.

Le 16/07/2010, elle a fait publier un avis d'attribution dudit marché à la société GES.

Le candidat EGT a introduit un recours auprès du CRD pour contester cette décision.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de son recours, le requérant a soutenu qu'à l'issue de l'évaluation des offres, la Commission des marchés a proposé l'attribution provisoire du contrat au candidat GES qui, pourtant, n'avait pas satisfait dans les deux phases, aux conditions de soumission définies dans le cahier de charges.

Qu'en effet, lors de l'ouverture des plis, le candidat GES n'avait pas fourni les pièces administratives requises par le DAO.

Par ailleurs, il a déclaré formuler des réserves :

- d'une part, sur les capacités techniques de l'entreprise attributaire à réaliser correctement les travaux objet du marché, pour la simple raison que les entreprises spécialisées dans le domaine de compétence de l'objet du marché sont connues des opérateurs qui évoluent dans le milieu ferroviaire ; que la Société GES n'est connue de personne dans ce milieu ;

- d'autre part, sur les attestations de travaux analogues fournies par GES ; qu'en effet, EGT est en relation de travail avec TRASRAIL, SEFICS et les Phosphates de Thiès, signataires desdites attestations.

Au regard de ces éléments, EGT a conclu à la violation par la commission des marchés des dispositions de l'article 11 du code des marchés publics.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

Il ressort des procès verbaux fournis par l'autorité contractante, que lors de l'ouverture des plis, la Commission a relevé :

- d'une part, que le candidat EGT n'a pas fourni la déclaration de non faillite et que, par ailleurs, elle doit préciser par écrit que le signataire de la lettre de soumission est bien le directeur général de l'entreprise ;
- d'autre part, que le candidat GES doit fournir un engagement sur la Charte de Transparence et d'Ethique sur les marchés publics ;

Que lors de l'examen des conclusions de l'évaluation des offres par le Comité technique, celui-ci a exposé que :

- le candidat GES a présenté son offre en deux parties, l'une consacrée à l'entretien et l'autre à la fourniture ; que le comité a été amené à éliminer certains postes pour rapprocher l'offre sur la fourniture des limites du budget alloué pour l'appel d'offres ;
- l'offre du candidat EGT a subi des corrections sur les items 11, 27, 28, et 29, même si les prix unitaires n'ont pas été modifiés ;

La Commission des marchés qui a approuvé ces corrections a décidé d'attribuer, conformément aux propositions du comité technique, le marché au candidat GES dont l'offre a été déclarée conforme aux prescriptions du cahier des charges et évaluée la moins disante.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, moyens et motifs ci-dessus exposés que le litige porte :

- d'une part, sur la recevabilité des candidatures et la validité des pièces visées à l'article 45 du Code des Marchés publics ;
- d'autre part, sur la sincérité des attestations fournies ;
- enfin, sur la validité des modifications opérées sur les offres par la commission des marchés.

AU FOND

Considérant qu'il ressort de l'avis d'appel d'offres publié le 09 décembre 2009, que le PAD a lancé un appel public à la concurrence pour les travaux d'entretien courant des installations ferroviaires en zones nord et sud de l'emprise portuaire de Dakar ;

Que les offres doivent être accompagnées d'une garantie de soumission valable cinq (5) mois à compter de la date limite de dépôt des soumissions qui seront déposées au plus tard le 14 janvier 2010 ; que les offres doivent être valables pendant un délai

minimum de quatre (4) mois durant lequel les candidats restent engagés par leurs propositions ;

Que le 14 janvier 2010, l'autorité contractante a publié un avis de report de la date limite de dépôt au 21 janvier 2010 ; qu'à cette date, la commission des marchés a enregistré et ouvert deux plis présentés par les sociétés EGT et GES ;

Qu'à l'ouverture des plis, la commission des marchés a noté :

- que le candidat EGT n'a pas fourni la déclaration de non faillite ; qu'elle doit donc fournir cette pièce en complément de dossier, et préciser par écrit que le signataire de la lettre de soumission est bien le directeur général de l'entreprise EGT ;
- que le candidat GES n'a pas signé l'engagement relatif au respect des dispositions de la Charte de Transparence et d'Ethique sur les marchés publics ;
- qu'en ce qui concerne les pièces administratives relatives aux attestations délivrées par l'IPRES, la Sécurité sociale, l'Inspection du Travail ainsi que le quitus fiscal, la caution, la capacité financière et les offres financières, les candidats ont satisfait les exigences posées par la réglementation ; qu'à cet égard, la commission a déclaré les candidats en règle ;

Sur la recevabilité des candidatures en application des articles 43 et 45 du Code des Marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 68 du Code des Marchés : « ***Avant de procéder à l'analyse, à l'évaluation et à la comparaison des offres, la Commission des marchés compétente procède à un examen préliminaire, afin de déterminer si les candidatures sont recevables en application de l'article 43 et sont accompagnées des pièces mentionnées à l'article 45, et rejette les offres non recevables.*** »

Considérant que si selon l'article 45 « ***les documents prévus aux alinéa a) à e) et, éventuellement g), non fournis ou incomplets, sont exigibles dans le délai imparti à l'autorité contractante pour prononcer l'attribution provisoire du marché*** », « ***le défaut de fournir la garantie de soumission à l'ouverture des plis entraîne le rejet de l'offre*** » ;

Considérant que s'agissant de la garantie de soumission, il ressort des pièces versées au dossier le 27 janvier 2010 suivant lettre en date du 21 janvier 2010 de la société EGT, que celle-ci a indiqué à l'autorité contractante qu'elle lui fera parvenir la garantie de soumission en même temps que la garantie relative à la bonne exécution qui seront toutes émises par une compagnie d'assurance, dès attribution du marché ;

Considérant par ailleurs qu'il ne résulte nulle part des pièces versées au titre de l'article 45 précité que le candidat EGT a fourni la garantie de soumission ;

Que donc, c'est en violation de l'article 45 que le candidat EGT a été déclaré en règle par rapport à la garantie de soumission ;

Qu'en considération de ces éléments, conformément à l'article 68 sus visé, l'offre de la Société EGT devrait être rejetée en application de la disposition de l'article 45 selon laquelle « ***le défaut de fournir la garantie de soumission à l'ouverture des plis entraîne le rejet de l'offre*** » ;

Sur la régularité des attestations fournies par le candidat GES :

Considérant que la société GES a produit une attestation de travaux similaires en date du 14/12/2009, portant le nom et la signature de la Société d'Exploitation ferroviaire des Industries chimiques du Sénégal (SEFICS) ; que par lettre en date du 11 août 2010, celle-ci a déclaré n'avoir jamais émis d'attestation au nom de GES dont elle ignorait d'ailleurs l'existence jusqu'à cette date ;

Considérant que cette déclaration écrite de SEFICS enlève à l'attestation concernée tout effet probatoire ;

Considérant qu'il s'ensuit que la sincérité du document produit par GES est contestée ;

Considérant qu'à ce propos, l'article 145 du Code des Marchés publics dispose : **« Tout candidat ayant fourni délibérément dans son offre des informations ou des déclarations fausses ou mensongères, susceptibles d'influer sur le résultat de la procédure de passation est passible de sanction pouvant être prononcée par le Comité de Règlement des Différends de l'Organe chargé de la Régulation des Marchés publics, siégeant en formation disciplinaire »** ;

Qu'aux termes des dispositions de l'article 146.1 du Code des Marchés publics, les sanctions suivantes peuvent être prononcées contre le candidat auteur des informations ou déclarations sus mentionnées :

- la confiscation des garanties constituées ;
- l'exclusion du droit à concourir pour l'obtention de marchés publics, délégations de service publics et contrats de partenariat pour une durée déterminée en fonction de la gravité de la faute commise ;

Que pour application de ces dispositions, les irrégularités constatées doivent être soumises au CRD siégeant en formation disciplinaire qui doit entendre le candidat dont la déclaration ou l'information est déclarée fausse ou mensongère ;

Sur la validité des modifications opérées sur les offres par la commission des marchés :

Considérant qu'il résulte des rapports du comité technique et de la Commission des marchés que le comité d'évaluation technique a d'autorité, supprimé dans l'offre de GES relative aux fournitures, certains postes en vue de contenir l'offre financière dans les limites du budget alloué ; que ces modifications ont été approuvées par la Commission des marchés ;

Considérant que selon les dispositions de l'article 69 du Code des Marchés publics **« Aucune modification des offres ou des prix ou des conditions de concurrence ne peut être demandée, offerte ou autorisée »** ; que **« la commission peut toutefois corriger les erreurs arithmétiques découvertes au cours de l'examen des offres et peut demander aux candidats de préciser la teneur de leurs offres afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison »** ; que **« cette demande doit être faite par écrit dans le respect strict des cahiers des charges »** et que **« la réponse doit également être adressée par écrit »** ;

Considérant que la Commission n'a pas procédé comme l'indique la disposition précitée de l'article 69 ; que donc elle a violé ladite disposition ;

Qu'en considération de ces irrégularités et de celles ci-dessus relevées, il convient de prononcer l'annulation de la décision d'attribution du marché à GES ;

Qu'il en résulte que les offres enregistrées n'étant plus recevables, il incombe alors à l'autorité contractante d'en tirer les conséquences, notamment par rapport aux dispositions de l'article 64 du Code des Marchés publics ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la requête introduite par la société EGT ;
- 2) Constate :
 - d'une part, que le candidat EGT n'a pas fourni de garantie de soumission ;
 - d'autre part, que le candidat GES a fourni une attestation au nom de la SEFICS qui a déclaré n'avoir jamais émis d'attestation au nom de GES ;
 - enfin, que la Commission des marchés a procédé à des suppressions de postes dans l'offre du candidat proposé attributaire sans se conformer aux dispositions de l'article 69 du Code des Marchés publics ;
- 3) Dit que ces irrégularités constituent des violations des articles 45, 64, 68 et 69 la réglementation relative à la passation des marchés publics ; en conséquence,
- 4) Annule la décision d'attribution du marché ; dès lors,
- 5) Constate que les offres enregistrées ne sont plus recevables ; en conséquence,
- 6) Invite l'autorité contractante à en tirer les conséquences, notamment par rapport aux dispositions de l'article 64 du Code des Marchés publics ;
- 7) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à EGT, au PAD ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP