DECISION N° 107/2021/ARMP/CRD/DEF DU 28 JUILLET 2021 DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES SUR LES RECOURS DES SOCIETES PYRAMID CONSULTING ET CAYOR CONSTRUCTION ET CONSULTANCE (C2C) CONTESTANT L'OUVERTURE DES PLIS DE LA DEMANDE DE RENSEIGNEMENTS ET DE PRIX A COMPETITION OUVERTE (DRPCO) N°T-ONFP-12/2021 RELATIVE A LA REHABILITATION DU SIEGE DE L'ONFP.

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES,

VU la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration modifiée par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 en ses articles 30 et 31 ;

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 le décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des Marchés publics, modifié ;

VU le décret n°2020-969 du 20 avril 2020 portant nomination des membres du Conseil de Régulation de l'ARMP ;

VU la décision n° 0005/ARMP/CRMP portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés Publics ;

VU la résolution n°09-12 du 13 décembre 2012 instituant le versement d'une consignation pour la saisine du Comité de Règlement des Différends ;

VU la résolution n°07-20 du 28 avril 2020 portant nomination des membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP ;

VU les recours de Cayor Construction et Consultance (C2C) et de Pyramid Consulting reçus respectivement les 24 et 28 juin 2021 ;

VU les quittances de consignation n°10001202021000002580 du 24 juin 2021 et n°10001201002614 du 25 juin 2021 ;

VU les décisions de suspension n°066/21 et n°067/21 du 05 juillet 2021 ;

Mame Aïssatou DIENG TRAORE, Auditrice interne, entendue en son rapport ;

En présence de Monsieur Mamadou DIA, Président, de Madame Aïssé Gassama TALL, Messieurs Moundiaye CISSE et Mbareck DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De Monsieur Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, assisté par ses collaborateurs, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation ;

Adopte la présente décision fondée sur la recevabilité des recours :

Par lettre reçue le 24 juin 2021 à l'ARMP, le Directeur de la société Cayor Construction et Consultance (C2C) a saisi le Comité de Règlement des Différends d'un recours pour demander l'annulation de l'ouverture des plis de la DRPCO relative à la réhabilitation du siège de l'ONFP.

Par lettre reçue le 28 juin 2021, la société Pyramid Consulting Suarl a également saisi le CRD de la même demande pour solliciter l'annulation de l'ouverture des plis de ladite DRPCO.

Considérant que ces deux recours ont un lien de connexité que fait ressortir le caractère identique du grief soulevé concernant le même marché ;

Qu'il y a lieu d'ordonner leur jonction pour y statuer par une seule et même décision ;

LES FAITS

Le Ministère de l'Emploi, de la Formation professionnelle, de l'Apprentissage et de l'Insertion a reçu dans le cadre du budget des fonds d'investissement pour financer le secteur de la Formation professionnelle et envisage d'en utiliser une partie, afin d'effectuer des paiements au titre de la demande de Renseignements et de Prix à Compétition Ouverte (DRPCO) n°T-ONFP-12/2021 relative aux travaux de réhabilitation du siège de l'ONFP.

Dans ce cadre, l'Office national de Formation professionnelle a publié un avis dans la parution du journal « Le Soleil » du 29 mai 2021.

La séance d'ouverture des quatre (04) offres reçues, tenue le 16 juin 2021 a dévoilé les propositions financières lues publiquement, présentées par les soumissionnaires suivants :

N°	Soumissionnaires	Montants (F CFA) TTC
1	Kelimane SARL	61 512 043
2	Pyramid Consulting Suarl	72 096 773
3	Cayor Construction et Consultance (C2C)	63 791 516
4	AC General Services et Equipement	75 053 788

A la suite de la séance d'ouverture des plis, les requérantes Cayor Construction et Consultance (C2C) et la Pyramid Consulting Suarl ont saisi, le 17 juin 2021, l'autorité contractante d'un recours gracieux pour contester la tenue, à huis clos, de ladite séance.

Non satisfaites des réponses apportées auxdits recours, elles ont exercé successivement sur cette procédure de DRPCO, un recours contentieux par lettres reçues les 24 et 28 juin 2021 à l'ARMP.

Les recours ayant été jugés recevables, le CRD a prononcé la suspension de la procédure de passation de la DRPCO par décisions n°066/21 et n°067/21 du 05 juillet 2021 et obtenu par lettre n°00001828/ONFP/DG/CPM du 07 juillet 2021 reçue le lendemain, la transmission des documents nécessaires à l'instruction des recours.

LES MOYENS A L'APPUI DU RECOURS

La société Cayor Construction et Consultance (C2C)

Elle dénonce les violations du principe de transparence matérialisées par :

- le refus qui lui a été opposé d'accéder à la séance d'ouverture des plis, en sa qualité de soumissionnaire contrairement aux dispositions énoncées dans l'avis de DRPCO. Cette situation constitue, selon lui, un changement des règles de la compétition en cours de procédure en l'absence d'une quelconque notification ;
- les contradictions signalées entre les mentions figurant dans le Procès-verbal (PV) d'ouverture des plis et la réalité des faits. Le PV relève, en effet, la présence des soumissionnaires alors qu'il en est autrement. Pour preuve, il fait remarquer qu'aucune liste de soumissionnaires n'a été annexée audit PV ;
- le caractère suspect de la publication de l'avis d'appel d'offres: elle signale qu'il n'a été publié qu'une seule fois et de surcroit un samedi.

La Société Pyramid Consulting Suarl

Comme la première requérante, la Société Pyramid Suarl met en exergue l'absence de transparence relevée, dans les contradictions notées entre le dossier d'appel d'offres (point 11.1) dans lequel il est prévu la séance d'ouverture des plis à huis clos et l'avis d'appel d'offres publié (point.6) qui précise que « *les offres seront ouvertes en présence des représentants des candidats ..* »

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

Dans les réponses apportées aux recours gracieux des requérantes, les arguments relatifs aux griefs soulevés sont identiques.

Concernant les violations des conditions de transparence liées au caractère huit clos de la séance d'ouverture des plis, l'autorité contractante justifie cette décision en se fondant sur :

1) le point 11.1 des instructions aux soumissionnaires (IC) du DAO remis à tous les candidats et qui prévoit que « l'ONFP ouvrira les plis à huis clos à cause de la pandémie liée à la Covid 19 à l'adresse indiquée sur l'avis » ;
2) l'avis n°006/ARMP/CRD le 1er avril 2020 par lequel le Comité de Règlement des différends, « recommande aux autorités contractantes, dans le cadre de l'ouverture des plis de respecter les mesures prises par les autorités étatiques dans le cadre de la lutte contre la pandémie liée à la Covid 19 et de garantir aux intervenants dans le processus, le respect des règles de protection ;

Il ajoute par ailleurs que l'avis d'appel d'offres n'est pas un document de référence. A ce propos, il soutient que lorsqu'il y a contradiction entre les informations contenues dans le dossier d'appel d'offres et celles mentionnées dans l'avis publié, les premières citées font foi.

Suspectant une collision des requérantes que fait ressortir le caractère simultané des recours introduits, l'ONFP conclut en interpellant le CRD sur l'opportunité d'ouvrir une enquête et d'appliquer le cas échéant, les sanctions prévues en la matière.

OBJET DE LA DEMANDE

Il résulte de la saisine et des faits qui la sous-tendent que le litige porte sur le bien-fondé de la décision de l'ONFP d'ouvrir, à huis clos, les plis reçus au titre de la demande de Renseignements et de Prix à Compétition Ouverte (DRPCO) n°T-ONFP-12/2021 relative aux travaux de réhabilitation de son siège.

EXAMEN DU RECOURS

Considérant qu'il ressort de l'article 67 du Code Marchés Publics que la commission des marchés procède à l'ouverture des plis reçus, au plus tard, aux dates et heures limites de dépôt des offres précisées dans le dossier d'appel à la concurrence ou spécifiées en cas de report ;

Qu'à ce titre, les plis sont ouverts, en séance publique, en présence des candidats ou de leurs représentants autorisés par l'autorité contractante, à assister à ladite séance.

Considérant qu'avec l'apparition du virus COVID-19, l'arrêté n°007782 du 13 mars 2020 a été pris dans le cadre de la lutte contre la pandémie, justifiant l'état d'urgence sanitaire sur le territoire national et l'interdiction des rassemblements de personnes dans les lieux ouverts ou clos afin d'éviter la propagation du virus ;

Considérant que le Comité de Règlement des Différends de l'ARMP est chargée de veiller, par ses avis et recommandations, à l'application de la réglementation et des procédures relatives à la passation des marchés publics et délégations de service public ;

Qu'à ce titre, il a rendu l'avis n°6 du 1er avril 2020 recommandant aux autorités contractantes, dans le cadre de l'ouverture des plis, de respecter les mesures prises par les autorités étatiques dans le cadre de la lutte contre la pandémie et de garantir aux intervenants dans le processus, le respect des règles de protection minimales ;

Considérant que l'ONFP a décidé, sur la base de cet avis, d'ouvrir à huis à clos les offres reçues au titre de la DRPCO relative à la réhabilitation de son siège à travers les données particulières de ladite DRPCO même si l'avis publié y relatif admet la présence des soumissionnaires qui le désirent ;

Considérant que les requérantes reprochent à l'ONFP de ne pas ouvrir publiquement les plis enregistrés dans le cadre de cette DRPCO en leur autorisant l'accès à la salle prévue à cet effet ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'avis n°6 du CRD, invoqué par l'autorité contractante, consacre le droit à l'information des candidats aux marchés publics et délégations de service public ;

Qu'en effet, le caractère public de la séance d'ouverture des plis vise à assurer la transparence des procédures de passation des marchés publics et délégations de service public, principe fondamental consacré par les dispositions de l'article 24 nouveau du Code des Obligations de l'Administration (COA) ;

Qu'il en résulte que l'ONFP a mal interprété l'avis n°006/ARMP/CRD du 1er avril 2020 sur la présence des candidats lors de la séance d'ouverture des plis dans le cadre des procédures de passation des marchés publics et des délégations de service public ;

Que pour préserver la sincérité et la transparence des procédures, l'autorité contractante doit permettre aux soumissionnaires de participer à la séance d'ouverture des plis tout en veillant à la protection des intervenants ;

Qu'il s'en infére que l'autorité contractante ne peut pas, à travers les données particulières de la DRPCO, déroger à un principe édicté par la loi notamment celui de la transparence ;

Que l'autorité contractante aurait dû envisager la présence des soumissionnaires, avec la mise en œuvre de mesures de protection adéquates, que facilite le nombre très restreint de ces derniers ;

Que dès lors, au regard de tout ce qui précède, il convient de déclarer les recours fondés et d'ordonner l'annulation et la reprise de la passation de la Demande de Renseignements et de Prix à Compétition Ouverte (DRPCO) n°T-ONFP-12/2021 relative aux travaux de réhabilitation du siège de l'ONFP ;

Qu'il convient par ailleurs, s'agissant de la publication de l'avis un samedi, de rappeler qu'il n'existe pas de jours dédiés à la publication des avis d'appel à la concurrence ; que ces avis doivent être seulement publiés au moins dans un journal quotidien de grande diffusion, comme indiqué à l'article 56.3 du Code des Marches publics ;

Qu'enfin relativement à la collusion suspectée entre les deux requérantes, il y a lieu de noter que le droit de recours est libre et qu'il peut s'exercer chaque fois qu'elles estiment que leurs intérêts sont lésés ;

Que les recours ayant prospéré, il y a lieu d'ordonner la restitution des consignations ;

PAR CES MOTIFS :

1) Ordonne la jonction des recours pour y statuer par une seule et même décision ;

2) Constate que l'ONFP a décidé d'ouvrir à huis clos les plis reçus au titre de la DRPCO relative aux travaux de réhabilitation de son siège, en référence à l'avis du CRD n°006/ARMP/CRD du 1er avril 2020 ;

3) Constate que l'avis du CRD susvisé consacre le droit à l'information des candidats aux marchés publics et des délégations de service public, en référence à l'article 24 nouveau du COA ;

4) Dit que l'ONFP a mal interprété cet avis du CRD et ne doit pas déroger au principe de transparence édicté par la loi ;

5) Dit que la présence des soumissionnaires, à l'ouverture plis dans le respect des mesures de protection, conformément à la recommandation du CRD et au principe de transparence, aurait dû être envisagée par l'autorité contractante ;

6) Déclare en conséquence les recours fondés ;

7) Ordonne l'annulation et la reprise de la procédure de la DRPCO susvisée ;

8) Ordonne la restitution des consignations ;

9) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier à la société Pyramid Consulting, à Cayor Construction et Consultance (C2C), à l'Office national de Formation professionnelle (ONFP) ainsi qu'à la Direction centrale des Marchés publics, la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics.

CONSEIL DE RÉGULATION DES MARCHÉS PUBLICS * Le Président

Le Président

Mamadou DIA

Les membres du CRD

Aïssé Gassama TALL **Moundiaye CISSE** **Mbareck DIOP**

Le Directeur Général,
Rapporteur

AUTORITE DE RÉGULATION DES MARCHES PUBLICS * Le Directeur Général

Saër NIANG

Transparence - Equité - Imparialité