

**DECISION N°153/11/ARMP/CRD DU 10 AOUT 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN COMMISSION LITIGES SUR LA DEMANDE DU PORT AUTONOME DE DAKAR
(PAD) SOLLICITANT UNE AUTORISATION DE POURSUIVRE LA PROCEDURE
DE PASSATION DU MARCHE DE TRAVAUX RELATIFS A LA CONSTRUCTION
DE SON SIEGE.**

**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 modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 en son article 31 ;

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

Vu la lettre n°01668/CEP/DG du 01^{er} août 2011 du Directeur général du PAD ;

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

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

De MM Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP, assurant le secrétariat du CRD, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques 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 :

Par lettre du 1^{er} août 2011, enregistrée le 2 août 2011, sous le numéro 771/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le PAD a saisi le CRD d'une demande d'autorisation de poursuivre la procédure d'attribution du marché de travaux relatif à la construction du siège du PAD.

SUR LA RECEVABILITE DE LA SAISINE

Considérant que la saisine du CRD se fonde sur les dispositions des articles 81 et 139.3 du Code des marchés publics qui disposent que, si l'autorité contractante n'accepte pas les avis et recommandations qui auront été formulés par la DCMP concernant la proposition d'attribution du marché, elle ne peut poursuivre la procédure de passation qu'en saisissant le CRD ;

Qu'à cet effet, l'article 81.4 du Code dispose que la saisine du CRD a lieu dans les trois jours ouvrables suivant la réception de l'avis ou de la recommandation contestée ;

Considérant qu'il ressort de la copie de la lettre n°003352/MEF/DCMP/DCV/54 du 25 juillet 2011 que le PAD a reçu, le jeudi 28 juillet 2011 comme en atteste les mentions du service courrier du PAD, notification de l'avis défavorable émis par la DCMP à la poursuite de la procédure d'attribution du marché litigieux ;

Considérant que le PAD a saisi le CRD le 02 août 2011 ;

Considérant qu'il ressort des constatations ci-dessus que le PAD a saisi le CRD dans le délai de trois (3) jours prescrit ; en conséquence, il convient de déclarer recevable la présente saisine ;

LES FAITS

Conformément à l'avis général de passation de ses marchés publié dans Le Soleil du 06 janvier 2011, le PAD a lancé un avis à manifestation d'intérêt pour la présélection des candidats intéressés par la mission de réalisation des études architecturales et techniques, la préparation des dossiers d'appel d'offres et l'assistance du PAD pour la sélection des offres et la supervision des travaux relatifs à la construction de son siège.

Par lettre n°000898PAD/SMC/DAGE/SG/DG du 01^{er} juillet 2011, le PAD a saisi la DCMP du dossier d'attribution dudit marché pour avis.

Suivant lettre n°003352MEF/DCMP/DCV/54 du 25 juillet 2011, la DCMP a fait parvenir à l'autorité contractante son avis défavorable à la poursuite de la procédure d'attribution.

Par lettre n°01668 du 01^{er} août 2011, le PAD a saisi le CRD pour arbitrage.

MOYENS PRESENTES PAR LE PAD:

A l'appui de sa demande, l'autorité requérante a exposé que la DCMP a contesté la procédure de constitution de la liste restreinte des candidats présélectionnés aux motifs que :

- le nombre de points exigé par critère de qualification et le nombre minimum de points requis pour être présélectionné ne sont pas renseignés dans l'avis à manifestation d'intérêt ;
- le procès-verbal d'ouverture des candidatures en date du 31 mars et le procès-verbal de validation du rapport de présélection de consultants ne sont pas joints au dossier.

L'autorité contractante, qui a reproché à la DCMP son silence sur le document type d'avis à manifestation d'intérêt (AMI), lequel figurait dans le dossier validé par la DCMP avant le lancement de la procédure, a soutenu que nulle part sur ledit document il n'est indiqué qu'il faut préciser le nombre de points exigé par critère de qualification et le nombre minimum de points requis pour être présélectionné.

En conclusion, elle a déclaré s'être conformée aux dispositions de l'article 79 du Code des marchés publics applicable à la procédure de présélection des candidats.

MOTIFS DE L'AVIS DEFAVORABLE DE LA DCMP

Par lettre n°003352/MEF/DCMP/35 du 25 juillet 2011, la DCMP a notifié au PAD l'avis défavorable qu'elle a émis au dossier d'attribution du marché de travaux relatif à la construction du siège du PAD aux motifs que concernant la liste des candidats présélectionnés :

- l'avis à manifestation d'intérêt ainsi que le rapport d'évaluation ne comportent pas de grille de notation ;
- les pièces suivantes n'ont pas été transmises :
 - l'original du procès-verbal d'ouverture des candidatures daté du 31 mars et le procès-verbal de validation du rapport de présélection de consultants ;
 - les lettres d'invitation ainsi que les accusés de réception par les candidats sélectionnés ;
 - le rapport d'évaluation des offres techniques signé par les membres de la commission compétente.

OBJET DE LA DEMANDE DU PAD :

Il ressort des éléments ci-dessus exposés que l'objet de la demande porte sur :

- 1) le caractère incomplet du dossier soumis à l'avis de la DCMP ;
- 2) le défaut de renseignement dans l'avis à manifestation d'intérêt des modalités d'application des critères de sélection ;
- 3) l'incidence de l'avis de la DCMP sur l'avis à manifestation d'intérêt alors qu'elle avait, avant le lancement de la procédure, validé le dossier de la procédure parmi lequel figurait l'avis à manifestation d'intérêt.

EXAMEN DE LA DEMANDE

- 1) sur le caractère incomplet du dossier soumis à l'avis de la DCMP :

Considérant que dans sa lettre du 25 juillet 2011, adressée à l'autorité contractante, la DCMP a relevé que le dossier transmis était composé des pièces suivantes :

- le document type d'avis à manifestation d'intérêt ;
- la copie du procès-verbal d'ouverture des candidatures en date du 31 mars 2011 ;
- la copie du procès-verbal d'ouverture des offres techniques en date du 9 juin 2011 ;
- la copie de la décision de nomination des membres de la Commission des marchés ;
- la copie de la décision portant création de la Cellule de passation des marchés ;

Qu'à l'examen dudit dossier, il est ressorti que l'original du procès-verbal d'ouverture des candidatures daté du 31 mars 2011, le procès-verbal de validation du rapport de présélection de consultants, les lettres d'invitation ainsi que les accusés de réception et le rapport d'évaluation des offres techniques signé par les membres de la commission compétente n'ont pas été transmis ;

Considérant qu'aux termes de l'article 138 du Code des marchés publics, la DCMP assure le contrôle a priori des procédures de passation de marchés. A ce titre, elle émet un avis sur le rapport d'analyse comparative des offres ou propositions et sur le procès-verbal d'attribution provisoire du marché établi par la commission des marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils fixés par arrêté du Ministre de l'Economie et des Finances ;

Considérant qu'il résulte de ce texte une obligation pour l'autorité contractante, dès lors que le seuil fixé par l'arrêté visé à l'article 138 est atteint, de communiquer le rapport d'évaluation des offres et le procès-verbal d'attribution provisoire ainsi que les documents de la procédure qui ont servi à leur établissement par la commission des marchés ;

Qu'à cet égard, malgré la production par l'autorité contractante de la lettre n°001019/CEP/SG du 19 juillet 2011 de transmission des pièces dites manquantes adressée à la DCMP en réponse à sa lettre n°3092/ME F/DCMP/DCV/54 du 08 juillet 2011, la DCMP a maintenu, comme il ressort des mentions de la lettre n°003352/MEF/DCMP/DCV/54 du 25 juillet 2011, la non transmission desdites pièces ;

Considérant qu'il ne ressort d'aucun élément du dossier que la DCMP a reçu les pièces concernées avant la date de prise de son avis ;

Qu'en considération de ces constatations, il convient de dire que la DCMP n'a pas été mise dans les conditions pour émettre son avis ;

2) sur le non renseignement des modalités d'application des critères de sélection :

Considérant qu'il ressort de la copie de l'avis à manifestation d'intérêt produite par l'autorité contractante la mention suivante : *« les candidats intéressés sont invités à manifester leur intérêt pour la prestation des services décrits ci-dessus en fournissant les informations indiquant qu'ils sont qualifiés pour exécuter les services (la nature des activités du candidat et le nombre d'années d'expérience, les qualifications du candidat dans le domaine des prestations et notamment des références concernant l'exécution de marchés analogues, l'organisation technique et managériale du cabinet, les qualifications générales et le nombre de personnels professionnels). Il est demandé aux candidats de fournir ces informations en ne dépassant pas 10 pages environ. Les candidats peuvent s'associer pour renforcer leurs compétences respectives.*

Une liste des candidats présentant au mieux les aptitudes requises pour exécuter les prestations sera établie par l'autorité contractante, ces candidats présélectionnés seront ensuite invités à présenter leurs propositions techniques et financières et un candidat sera sélectionné selon le mode de sélection sur la base de la qualité technique et du montant de la proposition (sélection qualité-coût) »

Considérant que l'avis à manifestation d'intérêt ne comporte aucune indication relative aux critères et sous-critères ainsi leur mode d'application selon lesquels les candidats seront évalués ; que l'avis à manifestation d'intérêt n'a pas été renseigné sur ce point ;

Considérant qu'aux termes des articles 79, 80 bis et 80 ter du Code des marchés publics, les marchés de prestations intellectuelles donnent lieu à une présélection des candidats admis à présenter une proposition ; qu'à cet effet, l'avis à manifestation doit comporter entre autres indications celles relatives aux critères de sélection ; qu'elle

concerne tant les critères que les sous-critères et leur mode d'application, qui doivent avoir été rendus publics en amont de la procédure ;

Considérant que cette obligation résulte des exigences de transparence de la procédure et d'égalité de traitement des candidats prévues par l'article 24, nouveau, de 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 ;

Considérant que n'ayant pas satisfait à cette exigence de publicité préalable des critères de sélection, l'autorité contractante a manqué à son obligation de rendre transparente la procédure de passation et d'assurer l'égalité de traitement des candidats ;

3) De l'incidence de l'avis de la DCMP sur l'avis à manifestation d'intérêt alors qu'elle avait, avant le lancement de la procédure, validé le dossier de la procédure dont figurait l'avis à manifestation d'intérêt :

Considérant qu'il est constant que, comme l'a soutenu l'autorité contractante, le dossier comprenant entre autres le projet de demande de proposition et le modèle type de l'avis à manifestation d'intérêt a été examiné et validé par la DCMP ; que celle-ci n'a formulé aucune réserve ou suggestion sur le modèle d'avis produit bien que celui-ci ne fasse pas état de la mention obligatoire des critères et sous-critères de sélection ainsi que de leur mode d'application notamment du nombre de points affecté par critère de qualification et le nombre minimum de points requis pour être présélectionné ;

Que, certes, il n'est pas cohérent que la DCMP, après avoir validé le dossier de la consultation auquel était joint le modèle type de l'avis à manifestation d'intérêt, vienne ensuite émettre un avis défavorable au motif que ledit avis à manifestation d'intérêt n'est pas conforme ;

Considérant cependant, qu'aux termes de l'article 79 et des articles 80 bis et 80 ter visés plus haut, les marchés de prestations intellectuelles donnent lieu à une présélection des candidats admis à présenter une proposition ; qu'à cet effet, l'avis à manifestation doit comporter entre autres indications celles relatives aux critères de sélection ;

Considérant que cette obligation vise à protéger l'intérêt général à travers les principes de transparence des procédures de passation des marchés et d'égalité de traitement des candidats ; qu'à ce titre, elle ne protège ni les intérêts de la DCMP, ni ceux de l'autorité contractante et des candidats, mais les intérêts de tous ;

Considérant que l'inobservation de cette formalité est sanctionnée par la nullité absolue de la procédure conformément à l'article 24, alinéa 4 précité, qui dispose que « *le non respect des formalités de publicité prescrites et la violation du principe de l'égalité de traitement des candidats aux commandes publiques par les acheteurs publics entraîne la nullité de la procédure de passation ou du marché, à la requête de toute personne intéressée au déroulement normal de la procédure* » ;

Qu'en considération de ces éléments, il convient d'annuler la procédure de passation concernée et d'ordonner, en cas de relance, la publication préalable des critères de présélection ou de sélection des candidats dans l'avis à manifestation d'intérêt ou d'appel public à la concurrence, selon le cas ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Reçoit le PAD en sa saisine ;
- 2) Constate :
 - d'une part, que l'autorité contracte n'a pas transmis à la DCMP l'ensemble des pièces de la procédure qui ont servi à établir le rapport d'analyse comparative des offres et le procès-verbal d'attribution provisoire établis par la Commission des marchés ;
 - d'autre part, que l'autorité contractante a jugé les candidats sur la base de critères et sous critères qui n'ont pas été renseignés dans l'avis à manifestation d'intérêt ; en conséquence,
- 3) Dit que la présélection des candidats a été faite en violation des règles de transparence et de traitement égal des candidats ; qu'à cet égard,
- 4) Dit que la décision de la DCMP est justifiée ;
- 5) Ordonne à l'autorité contractante, en cas de relance, de porter préalablement à la connaissance des candidats les critères suivant lesquels ils seront présélectionnés ou sélectionnés ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au PAD et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA