

**DECISION N°049/09/ARMP/CRD DU 11 JUIN 2009
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE AGROPHYTEX
CONTESTANT L'ATTIBUTION DES LOTS 2, 3 ET 6 DU MARCHÉ POUR NON
CONFORMITE DES SPECIFICATIONS TECHNIQUES DES PRODUITS PROPOSES
PAR LE CANDIDAT SEDAB DANS LE CADRE DE L'APPEL D'OFFRES POUR LA
FOURNITURE D'ENGRAIS SUBVENTIONNES AU PROFIT DU MINISTERE DE
L'AGRICULTURE**

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

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

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 notamment en ses articles 20 et 21;

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 18 mai 2009 de la société Agrophytex ;

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, Biraime SECK et Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends ;

De MM Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques et de Monsieur Oumar SARR, Conseiller juridique, 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 18 mai 2009, enregistrée le même jour sous le numéro 292/09, au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la société Agrophitex S.A a introduit un recours auprès du CRD pour demander l'annulation de la décision d'attribution provisoire portant sur les lots 2, 3 et 6 du marché relatif à la sélection de fournisseurs d'engrais au profit du Ministère de l'Agriculture.

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 ;

Considérant que la société Agrophitex SA a introduit par lettre en date du 6 avril 2009, un recours gracieux auprès de la commission des marchés dès qu'elle a eu

connaissance des résultats de l'évaluation des offres contenus dans le procès verbal d'attribution en date du 31 mars 2009 ;

Qu'en l'absence de réponse, le requérant a saisi, par lettre en date du 18 mai 2009, enregistrée le même jour sous le numéro 292/09, le Comité de Règlement des Différends pour contester les résultats de l'appel d'offres sans attendre la publication de l'avis d'attribution provisoire du marché paru dans le journal « Le Soleil » du 30 mai 2009 ;

Que le recours exercé dans les délais prescrits doit être déclaré recevable.

LES FAITS

Le Ministère de l'Agriculture a lancé dans le journal « Le Soleil » du 27 février 2009, un appel d'offres en neuf (9) lots séparés portant sur la sélection de fournisseurs d'engrais.

A la fin des opérations d'évaluation des offres, la société Agrophitex S.A a introduit un recours gracieux resté sans réponse, contestant la non prise en compte des constats effectués lors de la séance d'ouverture des plis.

Après évaluation technique des candidatures reçues, la commission des marchés du Ministère de l'Agriculture a attribué le marché au candidat SEDAB et a publié un avis d'attribution provisoire dans le journal « Le Soleil » en date du 30 mai 2009.

La société Agrophitex S.A a introduit un recours gracieux resté sans réponse, puis a saisi le Comité de Règlement des Différends pour demander l'annulation de l'attribution des lots 2, 3 et 6 du marché.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa requête, la société Agrophitex S.A déclare qu'à l'ouverture des plis les constats suivants ont été effectués :

1. les soumissionnaires TSE, SEPAC et CAPCI n'ont produit qu'un seul exemplaire de leur offre,
2. le candidat SEDAB n'a pas fourni séparément les échantillons d'engrais comme requis dans le cahier des charges, et a présenté des prototypes de sacs non-conformes aux spécifications demandées ;
3. Les sociétés TSE, SEPAC, CAPCI et Etablissements TAMBEDOU n'ont pas produit à l'appui de leur soumission, l'engagement à respecter la charte de transparence alors que c'est un document contractuel exigé par le Code des marchés publics ;
4. les sociétés TSE et Ets TAMBEDOU n'ont pas produit de pouvoir habilitant le signataire à engager le candidat, en violation des dispositions de l'article 31.2 du dossier d'appel d'offres (DAO),
5. les soumissionnaires TSE, SEPAC et CAPCI n'ont pas fourni les échantillons d'engrais et de sacs demandés.

Le requérant déclare également que l'engrais proposé par le candidat SEDAB sur les lots 2, 3 et 6 renferme de l'azote nitrique alors que les spécifications techniques du DAO exigent des unités fertilisantes d'azote (N) sous forme ammoniacale ou uréique à **l'exclusion de toute forme nitrique.**

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

Après exploitation du procès verbal d'ouverture des plis et du rapport dévaluation technique des offres, il ne ressort nulle part que les soumissionnaires TSE, SEPAC et CAPCI n'ont produit qu'un seul exemplaire de leur offre au lieu des quatre sollicités.

La commission des marchés a déclaré que l'offre du candidat SEDAB est conforme, ce dernier ayant fourni les échantillons d'engrais et de sacs exigés par les prescriptions techniques du DAO.

Il ressort également du rapport d'évaluation des offres que :

1. les candidats SEPAC et CAPCI n'ont pas fourni d'échantillons d'engrais et de sacs avec marquage, et ont été déclarés non conformes ;
2. les offres des sociétés TSE, SEDAB et Ets TAMBEDOU ont été déclarées conformes après examen préliminaire portant sur la vérification des pièces administratives et des échantillons.

La commission des marchés a ensuite attribué les lots 2, 3 et 6 du marché au candidat SEDAB qui a soumis la proposition financière la moins élevée parmi les offres conformes.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Considérant qu'il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte sur la demande d'annulation de l'attribution des lots 2, 3 et 6 du marché à la société SEDAB, pour non respect des conditions de présentation des offres et des critères de conformité contenus dans le DAO ;

AU FOND

1) Sur les conditions de présentation des offres des candidats :

Considérant que l'article 61 du Code prévoit que l'offre de chaque candidat est établie en un seul original, accompagné du nombre de copies mentionnées dans le cahier des charges ; qu'en référence à l'article 21.1 des Données particulières de l'appel d'offres, chaque candidat doit fournir, outre l'original, quatre (4) copies de son offre ;

Considérant que le requérant reproche aux soumissionnaires TSE, SEPAC et CAPCI d'avoir produit uniquement l'original de leur offre alors qu'il est exigé en sus la transmission de quatre copies supplémentaires ;

Considérant qu'il n'est mentionné nulle part dans le procès verbal d'ouverture des plis les mentions sur le nombre d'exemplaires déposés par les candidats, mais qu'il a été constaté après vérification que les copies exigées ont été transmises par TSE, SEPAC et CAPCI ; qu'il s'ensuit que la présentation du nombre de copies exigées a pour objectif de permettre à la commission des marchés de disposer du nombre d'exemplaires nécessaires à l'évaluation ; et qu'à cet égard, le non respect des formalités liées à la transmission du nombre d'exemplaires requis n'altère pas la substance de l'offre et ne porte atteinte, ni à la recevabilité de l'offre, ni à sa conformité en référence aux conditions fixées aux articles 43 et 45 du Code.

Considérant que la disposition 2.1 des prescriptions techniques du DAO prévoit qu'un échantillon de sac en polypropylène tissé de très bonne qualité et de couleur bleue devra accompagner l'offre ;

Considérant que le requérant soutient que le candidat SEDAB a présenté des échantillons de sacs en polypropylène de couleur blanche et sans marquage regroupé dans un seul emballage, alors qu'il était exigé des échantillons de couleur bleue avec des inscriptions indiquant les informations tenant à la nature et à l'origine du produit sur chaque lot du marché;

Considérant qu'il résulte du rapport d'évaluation des offres que les candidats TSE, SEPAC et CAPCI ont chacun déposé un échantillon de sac à l'ouverture des plis, et que seul le candidat SEPAC n'a pas présenté d'échantillon d'emballage ;

Considérant que l'exigence d'un bon conditionnement des produits doit se mesurer par rapport à la qualité des emballages proposés, et non par l'absence de considérations liées à des éléments non déterminants comme la forme des éléments du marquage ; qu'en conséquence, la fourniture par SEDAB d'un seul échantillon pour les lots susvisés, sans marquage et d'une couleur autre que celle prévue par le DAO, ne peut être considérée comme un élément substantiel de conformité, et constituer un motif de rejet que si elle ne respecte pas les exigences requises de qualité.

2) Sur la conformité du dossier administratif présenté par les candidats :

Considérant que le requérant reproche aux candidats TSE, SEPAC, CAPCI et les Ets Tamedou de n'avoir pas fourni l'engagement à respecter la charte de transparence et d'éthique des marchés publics, la lettre d'intention de soumission et l'habilitation à engager la société, en violation de l'article 11.1 des Instructions aux candidats qui en exige la transmission ;

Considérant qu'en vertu de l'article 45 du Code des marchés publics, les pièces administratives comme l'engagement à respecter la charte de transparence qui ne sont pas fournies sont exigibles dans un délai imparti par l'autorité contractante ; qu'il ressort du procès verbal d'ouverture des plis que lesdites pièces ont été délivrées par lesdits candidats ;

Qu'en conséquence, le motif de rejet des offres de TSE, SEPAC, CAPCI, et les Ets Tamedou tiré de la non transmission de l'acte d'engagement à respecter la charte de transparence et d'éthique, la lettre d'intention de soumission, et l'habilitation à engager la société, est mal fondé.

3) Sur le rejet de l'offre de SEDAB pour non-conformité du produit proposé :

Considérant que les spécifications techniques du DAO, notamment au point 2.2 exigent des candidats aux lots 2, 3 et 6 du marché, la fourniture d'engrais sous forme ammoniacale ou uréique, **à l'exclusion de toute forme nitrique** ;

Considérant que l'attributaire SEDAB a proposé pour les lots 2 et 3 du marché des engrais dénommés NPK 15-15-15 fabriqués par la société YARA, et pour le lot 6 des engrais NPK 10-10-20 produits par la société Zaklady Chemiczne POLICE SA ; qu'au regard des éléments figurant sur les certificats d'analyse, il est démontré que les produits proposés par l'attributaire SEDAB sur les lots 2, 3, et 6 du marché, notamment

l'engrais NPK 15.15.15 (engrais complexe granulé) contiennent 6% d'acide nitrique, et les engrais NPK 10-10-20 en contiennent un minimum de 10% ;

Qu'en déclarant conformes les types d'engrais NPK 15.15.15 et NPK 10-10-20 proposés par SEDAB, la commission des marchés a violé les prescriptions techniques du DAO ;

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la requête introduite par la société Agrophitex SA ;
- 2) Dit que le défaut de production du nombre de copies exigé n'altère pas la substance de l'offre et ne porte pas atteinte à sa recevabilité ;
- 3) Dit que le non respect des formalités de présentation des échantillons liées à l'absence de marquage et le non respect de la couleur des échantillons de sacs ne constituent pas un motif valable de rejet ;
- 4) Constate que les candidats TSE, SEPAC, CAPCI, et les Etablissements Tamedou ont bien fourni les documents administratifs exigés, notamment l'acte d'engagement à respecter la charte de transparence et d'éthique, la lettre de soumission, et l'habilitation à engager la société ;
- 5) Déclare que les types d'engrais NPK 15.15.15 (engrais complexe granulé) et NPK 10-10-20 proposés par SEDAB, contiennent une teneur en azote, en violation des spécifications techniques du DAO ; en conséquence,
- 6) Annule l'attribution des lots 2, 3 et 6 du marché susvisé ;
- 7) Ordonne la reprise de l'évaluation technique des offres ;
- 8) Dit que le Directeur de l'ARMP est chargé de notifier à la société Agrophitex SA, au Ministère de l'Agriculture et de la Pisciculture et à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP