

**DECISION N°132/11/ARMP/CRD DU 22 JUILLET 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT
EN COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE L'ENTREPRISE TRAVAUX
MODERNES Sarl (ETM) EN RECTIFICATION D'ERREUR MATERIELLE.**

**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 ;

Vu le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics ;

Vu le décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) ;

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

Vu la lettre n°000170/ARMP/DG/DRAJ du 08 juillet 2011 du Président du CRD ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, présentant les faits, moyens et conclusions des parties ;

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

De MM Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP, assurant le secrétariat du CRD, Oumar SARR, Conseiller juridique 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, les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre en date du 27 juin 2011, enregistrée le même jour sous le numéro 591/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la société ETM Sarl a saisi le CRD, d'un recours en rectification d'erreur matérielle.

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS

Considérant que le recours en rectification, qui n'est ouvert qu'aux parties à une instance initiale, est présenté dans les mêmes formes que celles dans lesquelles est introduit le recours initial ;

Considérant, sur la recevabilité des recours relatifs aux litiges portant sur l'attribution des marchés publics devant le CRD, que selon les dispositions de l'article 87 du Code des Marchés publics, le CRD est saisi dans un délai de trois (3) jours ouvrables à compter soit de la réception de la réponse de l'autorité contractante au recours gracieux formulé par tout candidat, ou à l'expiration d'un délai de cinq (5)

jours impartis à l'autorité contractante, soit directement, à compter, selon le cas, de la publication ou de la notification de la décision contestée ;

Considérant que, conformément aux dispositions des articles 86 et 87 du Code des Marchés publics, la société ETM Sarl a saisi le CRD d'un recours en contestation du rejet de son offre soumise dans le cadre du marché relatif à l'alimentation en moyenne tension de 30 KV du poste de l'Aéroport Blaise Diagne ;

Que suivant décision du CRD n°097/11/ARMP/CRD du 17 juin 2011, ledit recours a été déclaré irrecevable pour tardiveté ;

Considérant que par le présent recours, la société ETM Sarl a sollicité la rectification de cette décision, pour erreur matérielle ;

Considérant que la décision contestée a été notifiée à la société ETM Sarl le 23 juin 2011 ; que celle-ci a introduit auprès du CRD le 27 juin 2011 le présent recours en rectification ;

Considérant que la requête a été introduite dans les mêmes formes que celles du recours initial de la société ETM ; qu'elle a été présentée dans le délai de recours prévu à l'article 87 susvisé ; qu'il convient donc de la déclarer recevable ;

LES FAITS

La SENELEC a fait publier dans le journal quotidien « Le Soleil » du 13 mai 2011, l'attribution provisoire du marché relatif à l'alimentation en moyenne tension de 30 KV du poste de l'Aéroport Blaise Diagne.

Le candidat ETM Sarl a introduit dans un premier temps par lettre en date du 19 mai 2011, un recours gracieux auprès de l'autorité contractante pour contester le rejet de son offre.

En réponse, par lettre du 25 mai 2011, la SENELEC a confirmé le rejet de l'offre du requérant.

Le 30 mai 2011, la société ETM Sarl a saisi le CRD d'une requête en contestation de la décision précitée.

Par décision n°097/11ARMP/CRD du 17 juin 2011, statuant en Comité Litiges, le CRD a déclaré irrecevable le recours de la société ETM pour tardiveté.

Par lettre en date du 27 juin 2011, la société ETM Sarl a introduit auprès du CRD un recours en rectification d'erreur matérielle aux motifs qui suivent.

MOTIFS DE LA SAISINE

A l'appui de sa demande, la société ETM Sarl expose que, contrairement aux énonciations de la décision contestée qui fait remonter la saisine du CRD au 26 juin 2011, elle a saisi le CRD le 25 juin 2011, comme en attestent les mentions figurant sur la copie du fax reçu le même jour ;

Qu'en conséquence, son recours introduit par lettre du 30 mai 2011, reçue le 31 mai 2011 auprès du CRD est recevable ;

Qu'à cet égard, elle sollicite l'examen au fond dudit recours ;

OBJET DU RECOURS

Il résulte des faits et motifs présentés par le requérant que le recours vise à faire rectifier par le CRD sa décision n° n°097/11ARMP/CR D du 17 juin 2011 susvisée, en vue de permettre l'examen au fond de la requête introduite le 30 mai 2011, déclarée irrecevable.

1) Sur la demande en rectification de la décision n°097/11ARMP/CRD du 17 juin 2011 :

Considérant que l'institution de délais de procédure pour saisir le CRD obéit à la volonté du législateur d'imprimer un certain rythme aux recours afin d'éviter un étirement des procédures de passation, déjà engagées, aux dépens des délais normaux de conclusion des contrats de marchés publics ;

Considérant que l'inobservation du délai d'action ainsi imposé aux parties est sanctionnée par la déchéance du requérant de la prérogative que le délai lui permettait de faire valoir ;

Considérant que, lorsque par inadvertance ou négligence, une erreur ou une omission purement matérielles se sont glissées dans une décision administrative ou judiciaire, même passée en force de chose jugée, une réparation peut toujours être effectuée par l'organe qui a pris la décision concernée ;

Que cependant l'erreur à rectifier doit être indépendante de toute appréciation juridique, avoir exercé une influence sur le règlement du litige, et ne doit pas avoir été provoquée par l'auteur du recours ;

Considérant que, dans le cas d'espèce, pour déclarer irrecevable la requête de la société ETM, le CRD a énoncé dans la décision dont la rectification est sollicitée que le requérant a introduit son recours en contestation le 31 mai 2011, alors qu'il devait intervenir le 30 mai 2011;

Qu'en procédant de la sorte, celui-ci a commis une erreur manifeste dans l'appréciation du point de départ du délai de recours ouvert au requérant ;

Considérant que cette erreur, qui n'est pas imputable à la société ETM, a eu une influence sur le règlement du litige en ce qu'il a eu pour effet d'empêcher son examen au fond ; qu'en ce cas, la raison commande au nom de l'équité que la société ETM Sarl soit relevée de l'irrecevabilité qui lui a été opposée ;

Qu'en considération de cet élément et pour l'effet qui en résulte, il y'a lieu d'examiner au fond le recours introduit le 31 mai 2011 tendant à contester l'avis d'attribution du marché litigieux ;

2) Sur le recours introduit 31 mai 2011 :

Considérant que la société ETM Sarl a reproché à la commission des marchés de la SENELEC d'avoir fondé le rejet de son offre sur, d'une part, la non signature des états financiers par un commissaire aux comptes agréé, d'autre part, ce que l'expérience du personnel n'a pas été renseignée conformément au formulaire indiqué dans le dossier d'appel d'offres ;

Considérant qu'en retour, la société ETM Sarl a rappelé :

1. que la liste du personnel proposé accompagnée des curricula vitae renferme plus d'informations détaillées que ce que prévoit le formulaire standard prévu dans le dossier d'appel d'offres,
2. il n'a été indiqué nulle part dans le dossier d'appel d'offres que la certification des états financiers doit se faire par un commissaire aux comptes agréé, raison pour laquelle elle a transmis des bilans certifiés par un expert comptable agréé ;
Par la même occasion, elle rappelle que ces mêmes états financiers lui ont permis de gagner un marché similaire à la SENELEC (AO n° 09/2010) sur la base d'un dossier d'appel d'offres identique ;

Pour toutes ces raisons, le requérant conteste l'éviction de son offre au profit d'un candidat ayant proposé un montant beaucoup plus élevé.

3) Sur les motifs donnés par la commission des marchés :

Selon la commission des marchés, les états financiers des trois dernières années (2007, 2008 et 2009), produits par le requérant n'ont pas été certifiés par un commissaire aux comptes agréé ;

Ensuite, l'expérience du personnel clé n'a pas été renseigné dans l'offre du requérant, comme l'exigent les formulaires PER 1 et PER 2 de la Section III du dossier d'appel d'offres, malgré la demande d'informations complémentaires transmise à ETM. Sarl, à la date du 29 mars 2011 ;

Au vu de ces manquements, la commission des marchés a rejeté l'offre du requérant au motif qu'il ne s'est pas conformé aux exigences de la clause 5.1 des Instructions aux candidats qui fixent les critères de qualification exigés.

Par ailleurs, la Direction Centrale des marchés publics a donné un avis favorable sur la procédure de passation du marché litigieux.

AU FOND :

Considérant que selon les dispositions de l'article 59 du Code des Marchés publics modifié, la détermination de l'offre la moins disante est effectuée soit sur la base du prix le plus bas, soit sur la base du prix et d'autres critères ; qu'au niveau de l'alinéa 2 de la disposition susvisée, 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 ;

Considérant que selon les dispositions de la clause 5.1 des Données particulières et de l'Annexe A (Critères de qualification), les candidats doivent, entre autres :

1. avoir des états financiers certifiés acceptables pour l'autorité contractante pour les trois dernières années, démontrant la solidité actuelle de la position financière du candidat et sa rentabilité à long terme,

2. disposer du personnel clé suivant :

Nombre	Position	Expérience globale en travaux (années)	Expérience dans des travaux similaires (années)
1	Ingénieur chef de projet	5	2
2	Conducteur de travaux génie civil	5	2
1	Conducteur de travaux électricité	5	2
2	Chef d'équipe génie civil	5	2
5	Chef d'équipe électricité	5	2

3. Le candidat doit fournir les détails concernant le personnel proposé et son expérience en utilisant les formulaires PER 1 et PER 2 de la Section III, Formulaires de soumission.

1) Sur la certification des états financiers des trois dernières années :

Considérant qu'il résulte du procès verbal de l'ouverture des plis que la commission des marchés, après avoir constaté que le candidat ETM Sarl n'a pas présenté les états financiers dans son offre, a, par fax daté du 29 mars 2011, demandé à ce dernier de les fournir, conformément aux dispositions de l'article 45 du Code des Marchés publics modifié ;

Considérant que selon le rapport d'évaluation des offres, la société ETM Sarl a complété son offre dans les délais requis avec des états financiers non certifiés par un commissaire aux comptes et a présenté un chef de projet qui n'a pas l'expérience requise ;

Considérant que le requérant soutient que les bilans financiers qu'il a transmis sont bien certifiés par un expert comptable agréé ;

Considérant que les bilans ont été certifiés par le Cabinet d'Audit de Gestion d'Expertise Comptable et de Commissariat aux Comptes « CAGEC », inscrit Au Tableau de l'Ordre en qualité d'expert comptable depuis le 08 décembre 1978, si l'on se réfère à la copie de l'attestation d'inscription au Tableau de l'Ordre datée du 17 juillet 2007 ;

Qu'il ya lieu de considérer que la décision de la commission des marchés déclarant les états financiers du requérant non certifiés par un commissaire aux comptes, n'est pas fondée ;

2) Sur le défaut d'expérience du personnel clé requis :

Considérant qu'il résulte de l'offre de la société ETM. Sarl que le personnel clé suivant a été proposé :

- Moustapha DIOP, ingénieur électromécanicien au poste de Chef de projet,
- Ablaye SATHE , ingénieur au poste de Responsable des travaux de génie civil,
- Serigne Mapenda KEBE, ingénieur électromécanicien au poste d'ingénieur conducteur des travaux d'électricité,
- Seydina Omar Aidara au poste de technicien chef d'équipe de travaux d'électricité,

- Modou Mbaye, technicien en génie civil, au poste de Chef d'équipe des travaux de génie civil ;

Considérant qu'à cet égard, la société ETM. Sarl a proposé un conducteur de travaux en génie civil (Ablaye SATHE), un chef d'équipe en travaux de génie civil (Modou MBAYE) et Seydina Omar Aïdara comme Chef de travaux d'électricité, alors qu'il était requis respectivement au niveau des trois postes 2 conducteurs de travaux en génie civil, deux chefs d'équipe en génie civil et cinq chefs d'équipe en électricité ;

Considérant également que selon la commission des marchés, le personnel clé fourni par le requérant appartient à une entreprise dénommée COREX, alors que ETM Sarl n'a pas participé à la compétition sous forme de groupement ;

Considérant que sur l'offre initiale de la société ETM. Sarl, il est bien mentionné sur les CV respectifs que MM. Serigne Mapenda KEBE est Directeur général de COREX, Mamadou Lamine Badiane , Responsable technique de COREX ;

Qu'en réponse à la demande d'éclaircissement initiée par la commission des marchés par fax du 29 mars 2011 et sollicitant de la société ETM. Sarl qu'elle transmette la liste du personnel clé sous la forme indiquée par les formulaires PER 1 et PER 2 de la Section III, Formulaires de soumission, le requérant a retiré le CV de Monsieur Badiane de la liste des experts ; que M. Serigne Mapenda KEBE est Directeur général de COREX ;

Considérant que selon l'article 69 du Code des Marchés publics, la commission des marchés peut demander aux candidats de préciser la teneur de leurs offres afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison, sans qu'aucune modification des offres ou des prix ou des conditions de concurrence ne soit demandée ;

Considérant qu'en réponse à la demande de précision, le requérant a procédé à la modification de son offre en violation des dispositions de l'article 69 du Code des Marchés publics et de la clause 28.1 des Instructions aux candidats ;

Qu'il y a lieu de dire que le rejet de son offre est justifié ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la société ETM SARL en sa saisine ;
- 2) Constate l'erreur matérielle commise dans l'appréciation du point de départ du délai de recours ouvert à la société ETM Sarl ;
- 3) Constate que cette erreur est étrangère au requérant et a eu une influence sur la suite de la procédure, en ce que le CRD n'a pas examiné au fond son recours, en conséquence,
- 4) Fait droit au recours en rectification d'erreur matérielle introduit par la société ETM Sarl ;
- 5) Dit que les états financiers fournis par le requérant sont certifiés par le cabinet COREX, membre de l'ordre National des Experts Comptables et Comptables agréés ;

- 6) Constate que la société ETM. Sarl n'a pas proposé le nombre requis de personnel clé prévu à l'Annexe A du dossier d'appel d'offres ;
- 7) Constate qu'en réponse à la demande d'éclaircissement de son offre, la société ETM. Sarl s'est donnée toute latitude pour modifier son offre, en violation des dispositions de l'article 69 du Code des Marchés publics et de la clause 28.1 des Instructions aux candidats ; en conséquence,
- 8) Déclare fondée, la décision de rejet de son offre par la commission des marchés ;
- 9) Ordonne la poursuite de la procédure
- 10) Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier à la société ETM Sarl, à la SENELEC et à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Pour le Président

**Mamadou DEME
Chargé de l'intérim**