

**DECISION N° 098/ARMP/CRD DU 18 NOVEMBRE 2009
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES SUR LA SAISINE DU MINISTRE DE LA JUSTICE CONTRE L'AVIS
DEFAVORABLE DE LA DCMP A L'ATTRIBUTION PROVISoire DU MARCHÉ
PORTANT SUR L'EQUIPEMENT DU NOUVEAU PALAIS DE JUSTICE, SIS AU LIEU
DIT LAT DIOR**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION DES
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° 00665/MJ/DAGE/DAA du 06 novembre 2009 du Ministère de la Justice ;

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

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

De MM Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, Omar SARR Conseiller juridique et René Pascal DIOUF, chargé des enquêtes, 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 09 novembre 2009, enregistrée le 10 novembre 2009 sous le numéro 690/09 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Ministère de la Justice a introduit un recours auprès du CRD en contestation de l'avis défavorable émis par la DCMP sur l'attribution du marché relatif à l'équipement du nouveau Palais de Justice, sis au lieu dit Lat Dior, sur financement du budget consolidé d'investissement, gestions 2009 et 2010.

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS

Considérant que la saisine du CRD par le Ministère de la justice, autorité contractante, vise l'avis rendu par la DCMP le 03 novembre 2009 ;

Que le requérant fonde sa saisine sur les dispositions de l'article 139 du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics ;

Considérant que le décret n° 2007-546 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, en son article 22, donne compétence à la Commission Litiges du Comité de Règlement des Différends pour statuer sur les saisines relatives aux litiges opposant les organes de l'Administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation ou d'exécution des marchés publics et délégations de service public ;

Considérant que le présent litige oppose le Ministère de la justice, en sa qualité d'autorité contractante, à la DCMP, organe de contrôle a priori de la passation des marchés publics, il convient de déclarer recevable le présent recours par application de l'article 22 susvisé ;

SUR LES FAITS

Au titre des gestions 2009 et 2010, le Ministère de la Justice a obtenu sur le BCI des fonds dont une partie a été affectée au paiement du marché de fourniture de mobiliers et d'équipement du Palais de Justice, sis place Lat Dior.

Après avoir obtenu l'avis de non objection de la DCMP, comme en atteste la lettre n°000114 MEF/DCMP du 16 juin 2009 pour le lancement d'un appel d'offres restreint, une invitation a été adressée aux candidats sélectionnés par lettre n°01/MJ/DAGE du 29 juin 2009.

Le marché, composé de trois lots, était reparti comme suit :

- Lot 1 : mobilier de salles d'audience ;
- Lot 2 : mobilier et matériels de bureau ;
- Lot 3 : matériels de restauration.

Les lots 1 et 2 ont été provisoirement attribués à TSE AFRIQUE et le lot 3 à BUROTIC DIFFUSION.

Saisi pour avis sur le rapport d'analyse comparative des offres et sur le procès verbal d'attribution du marché, la DCMP a émis un avis défavorable sur le choix des attributaires provisoires, par lettre n°004560/MEF/DCMP du 03 novembre 2009.

Cet avis est contesté par le Ministère de la Justice qui a saisi l'ARMP par lettre n°00665/MJ/DAGE du 06 novembre 2009.

LES MOYENS DEVELOPPES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE A L'APPUI DE SA SAISINE

A l'appui de sa saisine, le requérant expose que la DCMP lui a fait retour de son dossier sans l'avis sollicité au motif que le candidat doit prouver, documentation à l'appui, qu'il répond aux exigences d'expérience requises d'avoir réalisé au moins un marché de nature et de taille similaires.

Le requérant soutient que les motifs donnés par la DCMP ne sont pas fondés pour les raisons qui suivent :

1. la DCMP a approuvé la liste restreinte des entreprises autorisées à soumettre des offres, sans soulever d'objection sur leurs capacités techniques et financières ;
2. l'équipement de la grande salle d'audience, objet du lot n°1 n'existe pas au Sénégal ;
3. aucun fabricant local n'est spécialisé pour ce genre de mobilier. La société FIGUERAS, qui a délivré une autorisation du fabricant pour ce lot, a fourni des références de salles correspondant aux dimensions et aux équipements identiques, réalisées dans plusieurs pays et dans tous les continents.

Par ailleurs, il y'a lieu de tenir compte :

1. de la présence sur les lieux des juridictions qui fonctionnent difficilement sans les équipements appropriés ;
2. du risque que le crédit soit perdu si la relance de la procédure est ordonnée, car la date de clôture des engagements budgétaires pour la gestion 2009 est fixée au 20 novembre 2009 et que le report des crédits au BCI, d'une gestion à une autre, n'est pas automatique.

LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP AU SOUTIEN DE SON AVIS DEFAVORABLE

A l'appui de son avis, la DCMP a émis les observations qui suivent :

1. la correction apportée à l'offre financière de TSE pour le lot n°1 n'est pas justifiée ;
2. les références fournies par la société TSE ne sont pas conformes à celles exigées par les dispositions particulières de l'appel d'offres prévues à la clause 5.1, qui stipulent que « le candidat doit prouver, document à l'appui, qu'il satisfait aux exigences d'expérience ci-après : avoir réalisé avec succès au moins un marché **de nature et de taille similaires** durant les cinq dernières années, les attestations de services faits devant être jointes » ;
3. BUROTIC DIFFUSION, également proposée attributaire du lot n°3, relatif à la fourniture de matériel de restauration, a fourni des références portant sur des consommables, des fournitures de bureau, du matériel informatique et de reprographie.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, moyens et conclusions des parties que le litige porte sur :

- les réserves formulées par la DCMP sur la capacité des attributaires provisoires ;
- la validité des documents fournis par les attributaires TSE et BUROTIC DIFFUSION pour justifier leurs capacités à exécuter les lots qui leur sont attribués.

AU FOND

- 1) Sur les réserves formulées par la DCMP sur la capacité de TSE et BUROTIC DIFFUSION :

Considérant que le requérant reproche à la DCMP d'avoir émis des réserves sur la capacité des attributaires provisoires alors qu'elle a eu à approuver la liste restreinte des entreprises autorisées à soumettre des offres sans soulever d'objection à ce sujet ;

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 73 du Code des Marchés publics, si le recours à l'appel d'offres restreint est soumis à l'avis préalable de la DCMP, le choix des candidats admis à remettre des offres relève des prérogatives de la personne responsable du marché ; qu'à ce sujet, la DCMP n'a aucune compétence sur l'établissement de la liste des candidats que l'autorité contractante a décidé de mettre en concurrence dès lors que le nombre de candidats consultés n'est pas inférieur à trois ;

Qu'à cet égard, la non contestation de la liste restreinte par la DCMP ne saurait être interprétée comme une approbation ;

- 2) Sur la validité des documents fournis par les attributaires TSE et BUROTIC DIFFUSION pour justifier leurs capacités à exécuter les lots qui leur sont attribués :

- a) *Preuve de l'expérience acquise dans la réalisation d'activités analogues à celles faisant l'objet du marché :*

Considérant sur l'expérience des candidats, qu'aux termes de l'article 73 du Code des Obligations de l'Administration, «dans le respect des principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats, les acheteurs publics peuvent requérir des candidats aux marchés toute justification concernant notamment **l'expérience acquise dans la réalisation d'activités analogues à celle faisant l'objet du marché ...**»

Considérant que la clause 5.1 des données particulières de l'appel d'offres (DPAO) exige du candidat « de prouver, documentation à l'appui, qu'il satisfait aux exigences d'expérience ci-après : **avoir réalisé avec succès au moins un marché de nature et de taille similaires durant les cinq dernières années, les attestations de service devant être jointes** » ;

Considérant qu'il est constant, comme résultant de l'annexe au rapport d'évaluation établi par l'autorité contractante, que les références fournies par TRACTO SERVICE EQUIPEMENT - TSE AFRIQUE, portent sur des marchés de fourniture :

- de matériel agricole dans le cadre du programme de réduction de la pauvreté, pour dix milliards (10 000 000 000) CFA TTC ;
- de groupes motopompes dans le cadre du programme national d'autosuffisance pour treize milliards (13 000 000 000) CFA TTC ;
- trois mille (3000) ordinateurs livrés au Ministère de l'Education pour cinq milliards (5 000 000 000) CFA TTC ;
- des tracteurs engins livrés dans le cadre de la GOANA II pour neuf milliards (9 000 000 000) CFA TTC ;

Considérant que si par ces références, le candidat TSE justifie qu'il a exécuté des marchés de taille similaire, il n'apporte pas la preuve qu'il a exécuté des marchés de même nature dans la mesure où les fournitures mentionnées sont sans rapport avec celles objet du marché concerné ;

Qu'à cet égard, le candidat TSE n'a pas satisfait au critère de l'expérience édicté par l'autorité contractante ;

Qu'il en est de même du candidat BUROTIC DIFFUSION, proposé pour le lot relatif à la fourniture de matériel de restauration, qui a fourni des références relatives à des consommables informatiques, des fournitures de bureau, de matériel informatique et de reprographie sans rapport avec les fournitures objet du lot attribué ;

b) la prise en compte des capacités professionnelles et techniques du fabricant :

Considérant sur la prise en compte des capacités professionnelles et techniques du fabricant, invoquée par l'autorité contractante, que le soumissionnaire qui s'en prévaut doit satisfaire aux conditions suivantes :

1. justifier des capacités du fabricant ;
2. apporter la preuve qu'il peut en disposer pour l'exécution du marché ;

Que le Code des Marchés publics, en son article 49, permet au candidat éventuel, pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières de demander que soient prises en compte les capacités d'un ou de plusieurs sous-traitants ; qu'en ce cas, si la demande de sous-traitance intervient au moment de la soumission, le candidat doit fournir à l'autorité contractante une déclaration mentionnant :

- la nature des prestations dont la sous-traitance est prévue ;
- le nom, la dénomination sociale, l'adresse et les références techniques du sous-traitant, etc. ;

Considérant qu'il ne résulte pas des éléments de la procédure que TSE, attributaire provisoire, a satisfait à ces conditions et qu'il a apporté la preuve qu'il disposera des capacités du fabricant pour exécuter le marché concerné ;

Il convient de dire que l'avis défavorable émis par la DCMP sur les capacités de TSE est fondé ;

Que sur l'éventualité de la perte des crédits de paiement correspondants si la relance du marché est ordonnée, il y'a lieu de dire qu'elle ne saurait justifier la continuation d'une procédure non conforme à la loi ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Reçoit le Ministère de la Justice en sa saisine ;
- 2) Constate que les candidats déclarés attributaires n'ont pas satisfait au critère de l'expérience, à savoir : avoir exécuté un marché de même nature dans les cinq dernières années ;
- 3) Dit qu'en l'espèce, TSE n'a ni justifié qu'elle peut disposer des capacités du fabricant ni satisfait aux conditions de sous-traitance posées par l'article 49 du Code des Marchés publics ;
- 4) Ordonne la relance de la procédure ;
- 5) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier au Ministère de la Justice et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP