

**DECISION N°004/09/ARMP/CRD DU 13 JANVIER 2009
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES SUR LE RECOURS DE L'ENTREPRISE G2SY CONTESTANT LE TAUX
JUGE ELEVE DE LA CAUTION DE SOUMISSION, LA CONFORMITE DE LA
COMPOSITION DE LA COMMISSION DES MARCHES ET LE REJET DE SA
GARANTIE DE SOUMISSION FOURNIE DANS LE CADRE DE L'APPEL
D'OFFRES LANCE PAR LA COMMUNE DE DIORBEL RELATIF AUX TRAVAUX
DE CONSTRUCTION DE LOGEMENTS DESTINES A L'INFIRMIER CHEF DE
POSTE ET LA SAGE FEMME DU POSTE DE SANTE DE SESSENE**

Le Comité de Règlement des Différends statuant en Commission Litiges

Vu l'article 30 du Code des Obligations de l'Administration modifiée 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 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 31 décembre 2008 de l'entreprise G2SY ;

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, Birahime SECK et Barane THIAM, membres du Comité de Règlement des Différends ;

De Monsieur Youssouf SAKHO, Directeur général de l'ARMP 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 31 décembre 2008, enregistrée le 06 janvier 2009 sous le numéro 007/09, au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, l'entreprise G2SY a introduit un recours auprès du CRD pour demander l'annulation du marché lancé par la Commune de Diourbel et portant sur les travaux de construction de logements au profit de l'infirmier chef de poste et de la sage-femme du poste de santé de Sessène.

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 l'entreprise G2SY a introduit un recours le 30 décembre 2008 après avoir accusé réception le même jour de la réponse à son recours gracieux contestant certaines dispositions du marché jugées non conformes au décret 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics ;

Que le recours ayant été introduit conformément à la réglementation, il convient de le déclarer recevable ;

LES FAITS

Suite à la décision n° 043/ARMP/CRD du 03 octobre 2008 annulant l'attribution du marché relatif aux travaux de construction de logements destinés à l'infirmier chef de poste et à la sage-femme du poste de santé de Séssène, la Commune de Diourbel a procédé à la relance de l'appel d'offres le 10 novembre 2008.

A la date d'ouverture des plis fixée au 12 décembre 2008, la Commission des marchés a reçu huit (8) plis provenant des entreprises suivantes : GIE Barakatu, Touba Darou Miname, EGB, Debro, G2SY, Touba Mbacké Construction, Entreprise Baol Promotion, Entreprise Touba Matériaux.

Après évaluation des propositions, le marché a été attribué au candidat Debro pour un montant de 27 513 980 F CFA.

L'entreprise G2SY a demandé à l'Autorité contractante les raisons du rejet de son offre avant de saisir le Comité de Règlement des Différends pour demander l'annulation de la décision de la Commission des marchés.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa requête, l'entreprise G2SY soutient que la composition de la commission ayant siégé dans le cadre de l'appel d'offres n'est pas conforme à l'arrêté n° 0008 bis du 27 juin 2008 nommant les membres de la Commission des marchés de la Commune de Diourbel.

Le requérant déclare également que la caution de soumission qu'il a fournie ne doit pas être rejetée puisqu'elle est conforme, et que le montant de la garantie exigée dans le dossier d'appel d'offres est supérieur à 4% de la valeur estimée du marché, en violation des dispositions de l'article 111 du Code des Marchés publics.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

- 1) L'Autorité contractante soutient que la Commission des marchés qui a été instituée par l'arrêté de nomination n°0008 bis du 27 juin 2008 est celle qui a siégé pendant la procédure de l'appel d'offres sus visé.

- 2) La période de validité de la caution de soumission fournie par l'entreprise G2SY comporte une erreur qui la rend non conforme aux dispositions du dossier d'appel d'offres.
- 3) Sur le taux jugé élevé de la garantie de soumission, la Commission des marchés déclare qu'elle n'a pas connaissance du budget alloué au projet par le bailleur de fonds qui est une Organisation non gouvernementale (ONG) espagnole, et n'a pas non plus procédé à une estimation financière des travaux.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Considérant qu'il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte :

- 1) Sur la conformité de la composition de la Commission des marchés de l'Autorité contractante ;
- 2) Sur la conformité de la caution de soumission de G2SY comportant une erreur matérielle sur le délai de validité des offres ;
- 3) Sur le montant jugé élevé de la caution de soumission.

AU FOND

- 1) Sur la conformité de la composition de la Commission des marchés de l'Autorité contractante :

Considérant qu'en référence à l'article 37.2 du décret 2007-545 du 25 avril 2007, il est exigé au niveau de chaque autorité contractante la mise en place d'une commission chargée des opérations d'ouverture, d'évaluation des offres et d'attribution provisoire des marchés, qui est composée obligatoirement de deux membres du Conseil municipal ainsi que du Comptable de la Collectivité ou son délégué ;

Considérant que l'article 276 de la loi n° 96-06 du 22 mars 1996 portant Code des Collectivités locales prévoit également le même dispositif pour les dépouillements des appels d'offres relevant de la compétence des Collectivités locales, et qu'en application de ces dispositions la Commune de Diourbel a pris un arrêté n° 0008 bis du 27 juin 2008 nommant les membres de la Commission des marchés ;

Considérant qu'au regard des éléments figurant dans le rapport d'évaluation, la Commission des marchés ayant statué sur l'appel d'offres sus visé est composée de Messieurs :

- Mbaye Yatté, Adjoint au maire, membre du Conseil ;
- Saliou Fall, président de la Commission des infrastructures, membre du Conseil ;
- Cheikh Ngoné Fall, représentant le Receveur percepteur municipal, comptable de la Commune ;
- Amath Dieng, Secrétaire Général,
- Thierno Niang, Chef du bureau des dépenses de la Commune.

Qu'à cet égard, la Commission des marchés sus visée est conforme à l'arrêté n°0008 bis du 27 juin 2008 de la Commune de Diourb el.

2) Sur l'erreur matérielle portant sur le délai de validité de la caution fournie par G2SY :

Considérant qu'il est indiqué à l'article 17 des clauses générales du dossier d'appel d'offres que le soumissionnaire joindra à son offre une garantie qui demeurera valide pendant cent vingt (120) jours à compter du 12 décembre 2008 sous peine de rejet de son offre par l'Autorité contractante ;

Considérant que la caution produite par l'entreprise G2SY a été déclarée non conforme du fait du non respect de la date d'expiration fixée au 11 avril 2008 alors qu'elle devait l'être au 11 avril 2009 ;

Considérant que par lettre en date du 17 décembre 2008, reçue après l'ouverture et l'évaluation des offres, la banque émettrice de la caution reconnaissant son erreur a confirmé que la date d'expiration de la garantie est bien le 11 avril 2009 au lieu du 11 avril 2008 ;

Considérant qu'il revient au candidat à un marché de vérifier sous sa propre responsabilité tous les éléments de son offre avant le dépôt de sa soumission, et que la Commission des marchés ne peut accepter ni régulariser une caution entachée d'erreur ;

Qu'à cet égard, la caution fournie par l'entreprise G2SY n'étant pas conforme à l'article 17 des clauses générales du dossier d'appel d'offres, a été rejetée à juste raison par la Commission des marchés.

3) Sur le montant jugé élevé de la caution de soumission :

Considérant que l'article 111 du Code des marchés publics qui dispose que pour être admis aux appels d'offres, les candidats sont tenus de fournir une garantie de soumission comprise entre 1 % et 3 % de la valeur estimée du marché fixée par l'Autorité contractante lors de la phase de préparation du dossier d'appel d'offres ;

Considérant qu'en référence à l'article 17 du dossier d'appel d'offres, le requérant a produit une caution bancaire d'un montant équivalant à 1 500 000 F CFA et soutient que ce montant exigé est surestimé et viole les dispositions de l'article 111 du Code des Marchés publics ;

Considérant que, même si l'Autorité contractante avait la possibilité de ne pas exiger de caution de soumission dans le cadre du marché sus visé en application de l'arrêté n° 11583 du 28 décembre 2007 pris en application de l'article 111 du Code des Marchés publics, qui fixe à 60 millions de francs cfa le seuil en dessous duquel il n'est pas requis de caution de soumission, elle a préféré s'entourer de toutes les garanties pour avoir des offres qui engagent les candidats au-delà de leur simple soumission ;

Considérant qu'aucun des candidats au marché sus visé n'a proposé une offre supérieure à 33 millions de francs cfa alors que la caution de 1 500 000 F CFA qui est requise des candidats suppose un budget estimatif des travaux de 45 millions par application du taux maximum de 3 % prévu par l'article 111 du Code des Marchés publics ;

Considérant que même si l'Autorité contractante n'avait pas connaissance du budget alloué par le bailleur de fonds et n'a pas procédé à l'estimation du coût des travaux, elle dispose de tous les moyens lui permettant de fixer un montant réaliste de la caution sur la base d'une évaluation indicative du coût du projet ;

Qu'à cet égard, même s'il est constant que le montant de la caution de soumission est exagérée au regard de l'article 111 du Code des Marchés publics, le requérant a entraîné de ce fait sa forclusion en formulant son recours après l'attribution du marché, alors qu'il aurait dû l'exercer dès la réception du dossier d'appel d'offres ou dans tous les cas dans les délais prescrits par le Code des Marchés publics.

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la requête introduite par l'entreprise G2SY ;
- 2) Dit que la composition de la Commission des marchés est régulière ;
- 3) Confirme que la caution de soumission de l'entreprise G2SY est non conforme ;
- 4) Déclare forclos le requérant pour sa demande portant sur le montant jugé élevé de la caution de soumission ;
- 5) Ordonne la continuation de la procédure ;
- 6) Dit que le Directeur de l'ARMP est chargé de notifier à l'entreprise G2SY, à la Commune de Diourbel, au Receveur municipal et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP