

**DECISION N°084/11/ARMP/CRD DU 08 JUIN 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE ESPACE AUTO
DENONCANT LE REJET DE SON OFFRE POUR ABSENCE D'INDICATION SUR
LA CAPACITE DU RESERVOIR DU VEHICULE QU'ELLE A PROPOSE DANS LE
CADRE DE L'APPEL D'OFFRES PORTANT SUR LA FOURNITURE DE
QUARANTE CINQ (45) VEHICULES PICK UP DOUBLE CABINE AU PROFIT DU
MINISTERE DE L'AGRICULTURE.**

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 co de des marchés publics modifié ;

Vu le décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant o rganisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) notamment en ses articles 20 et 21 ;

Vu la décision n° 005/ARMP/CRMP du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre du 20 mai 2011 de la société Espace Auto ;

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

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

De MM. Oumar SARR, Conseiller juridique assurant l'intérim du Directeur général de l'ARMP et René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur la procédure de passation 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 ci-après ;

Par lettre du 20 mai 2011 enregistrée le même jour, sous le numéro 398/11 au secrétariat du CRD, la société Espace Auto a introduit un recours auprès du CRD pour contester le rejet de son offre à l'appel d'offres relatif à la fourniture de quarante cinq (45) véhicules Pick up double cabine au profit du Ministère de l'Agriculture.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant que suite à la publication dans le journal « Le Soleil » du 06 mai 2011 de l'avis d'attribution provisoire du marché litigieux, le candidat Espace Auto a saisi l'autorité contractante, par courrier du 12 mai 2011, d'un recours gracieux pour contester la décision d'attribution provisoire du marché ;

Considérant que par lettre datée du 16 mai 2011, l'autorité contractante a apporté les éléments de réponse ayant motivé la décision de rejet de l'offre de la société Espace Auto par la commission des marchés ;

Considérant que Espace Auto a introduit auprès du CRD un recours pour demander l'annulation de la décision d'attribution provisoire du marché ;

Considérant que le requérant ayant exercé son recours dans les délais prescrits par les articles 86 et 87 du Code des Marchés publics, le CRD l'a déclaré recevable et a prononcé la suspension provisoire du marché par décision n°065/11/ARMP/CRD du 24 mai 2011.

LES FAITS

Le Ministère de l'Agriculture a fait publier dans le quotidien « Le Soleil » du 2 mars 2011, un avis d'appel d'offres portant sur la fourniture en un seul lot, de quarante cinq véhicules pick up double cabine pour la gestion 2011.

Après évaluation des offres, le marché a été attribué à la société Sénégalaise de l'Automobile.

La société Espace Auto introduit un recours gracieux auprès de l'autorité contractante, puis saisit le CRD.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de son recours, le requérant a déclaré que la décision d'attribution est non conforme pour les raisons suivantes :

1. L'offre de l'attributaire provisoire du marché est plus élevée que la sienne de 209 025 000 F CFA ;
2. Même si le catalogue qu'il a présenté n'a fourni aucune information sur la capacité du réservoir, il n'en est pas de même sur la cylindrée du véhicule dont les éléments d'information figurent bien dans son offre.

S'agissant du réservoir, il déclare qu'en référence aux dispositions combinées de l'article 59 du Code des Marchés publics modifié et de la clause 30 des Instructions aux candidats du DAO, l'autorité contractante aurait dû lui demander un complément d'information pour s'assurer que le produit proposé respecte toutes les spécifications techniques demandées dans le dossier d'appel d'offres (DAO) au lieu de déclarer l'offre non conforme ;

Ensuite, l'autorité contractante fait référence, à tort, à la décision n°02/11/ARMP du 12 janvier 2011 rendue par le CRD sur la question de l'écart de 16 litres constaté

entre les spécifications du DAO et le modèle de véhicule qu'il a eu à proposer dans le cadre d'un appel d'offres, alors que dans le cas d'espèce, il ne s'agit guère d'une divergence entre une offre et le besoin exprimé, mais d'une absence d'informations sur un point des spécifications techniques ;

En conclusion, Espace Auto a sollicité l'annulation de l'attribution provisoire du marché.

LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

En réponse au recours gracieux du requérant, l'Autorité contractante a apporté les clarifications suivantes :

1. Le fait pour Espace Auto d'avoir proposé une offre moins disante à l'ouverture des plis ne signifie pas que le marché doit lui être attribué. Si tel était le cas, la société Mat Force qui a proposé l'offre la moins disante lors de l'ouverture des plis aurait été désignée attributaire provisoire ;
2. Sur le plan technique, le défaut de mention de la capacité du réservoir est constitutif d'une « omission essentielle ».

En conséquence, une demande d'éclaircissement ne pouvait être envoyée à Espace Auto pour remédier à cette non-conformité, si l'on se réfère aux clauses 30.1 et 30.2 des Instructions aux candidats qui offrent une faculté et non une obligation à l'autorité contractante de le faire ;

In fine, l'autorité contractante déclare que la DCMP s'est prononcée favorablement sur la proposition d'attribution provisoire du marché, à la société Sénégalaise de l'Automobile.

L'OBJET DU LITIGE

Il porte, d'une part, sur le fait de savoir si l'absence d'indication sur la capacité du réservoir est constitutive d'une omission substantielle et, d'autre part, sur l'obligation (ou non) pour l'autorité contractante de demander le complément d'information relatif à la capacité du réservoir.

EXAMEN DU LITIGE

1) Sur l'existence d'une omission substantielle :

Considérant qu'il ressort des dispositions de l'article 59 du Code des marchés publics modifié que 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 qui doivent être énumérés dans le DAO et être exprimés en termes monétaires ou sous la forme de critères éliminatoires ;

Considérant que selon la clause 33.5 des Données particulières du DAO, l'autorité contractante attribuera le marché au candidat dont l'offre conforme aura été évaluée la moins disante et qui aura satisfait aux critères de qualification ;

Considérant que pour répondre aux spécifications techniques qui exigent la fourniture de véhicules pick up 4X4 double cabine munis entre autres, d'un moteur d'une cylindrée de 2800 CC au minimum et d'un réservoir d'une capacité de 70 litres au minimum, la société Espace Auto a fait une proposition qui fait état d'un véhicule de marque Greatwall « Wingle 5 » doté d'une cylindrée de 2800 cc ;

Considérant qu'il ressort des dispositions de la clause 29.2 des Instructions aux candidats qu'une offre est qualifiée conforme pour l'essentiel si elle respecte toutes les stipulations, spécifications et conditions du DAO sans divergence, réserve ou omission substantielles ;

Que sont qualifiées de réserves ou d'omissions substantielles, celles :

- a) qui limitent de manière substantielle la portée, la qualité ou les performances des fournitures et services connexes spécifiés dans le marché ; ou
- b) qui limitent d'une manière substantielle et non-conforme au DAO, les droits de l'autorité contractante ou les obligations du candidat au titre du marché ; ou
- c) dont l'acceptation serait préjudiciable aux autres candidats ayant présenté des offres conformes ;

Que lors de l'évaluation, l'autorité contractante écartera toute offre qui n'est pas conforme au DAO et le candidat ne pourra pas, par la suite, la rendre conforme en apportant des corrections à la divergence, réserve ou omission substantielle constatée (comme indiqué à la clause 29.3 des Instructions aux candidats) ;

Considérant qu'après avoir déclaré non conforme l'offre de la société Espace Auto pour absence d'informations sur la cylindrée du véhicule proposé, l'autorité contractante a finalement admis que l'indication est mentionnée au niveau du tableau de comparaison des spécifications techniques demandées de l'offre du requérant, et que le « manquement substantiel » porte uniquement sur le défaut d'informations sur la capacité du réservoir, comme attesté dans la lettre réponse au recours gracieux du requérant du Ministère de l'Agriculture, datée du 16 mai 2011;

Considérant que l'omission ou le manquement substantiel consiste en l'absence dans l'offre d'un élément qui rend incomplète celle-ci et dont la réclamation aboutit à parfaire cette offre ;

Que par contre, si la réclamation des informations manquantes ne modifie pas l'offre, mais facilite son examen, son évaluation et sa comparaison avec les offres concurrentes, alors l'absence de ces informations ne constitue pas un manquement substantiel ;

Considérant que la réclamation, par l'autorité contractante, de l'information relative au volume du réservoir du modèle standard du « Greatwall Wingle 5 » ne modifie

nullement l'offre de la société Espace Auto et ne porte pas préjudice aux autres candidats ;

Que, par suite, les motifs tirés de « l'omission essentielle » pour écarter l'offre de la société Espace Auto ne sont pas fondés ;

Que l'objet de la décision n°02/11/ARMP du 12 janvier 2011 rendue par le CRD porte non pas sur le défaut de mention par le requérant d'une spécification technique du DAO, mais sur la conformité de son offre relativement à la cylindrée, au nombre de places assises ainsi qu'à la capacité du réservoir du véhicule proposé ;

2) Sur l'obligation (ou non), pour l'autorité contractante, de demander l'information complémentaire relative au volume du réservoir au candidat :

Considérant que l'article 69 du Code des marchés publics dispose que la commission des marchés peut demander aux candidats de préciser la teneur de leur offre afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison ;

Considérant également que l'article 25 nouveau du Code des Obligations de l'Administration dispose en son dernier alinéa que la violation du principe d'égalité de traitement des candidats aux commandes publiques par les acheteurs publics entraîne la nullité de la procédure de passation du marché ;

Qu'en conséquence, la prérogative de l'autorité contractante de demander, ou non, un complément d'information aux candidats ne doit nullement être interprétée comme un pouvoir discrétionnaire ne dépendant que du bon vouloir de l'autorité contractante et pouvant mener à des décisions discriminatoires ;

Qu'il revenait donc à la commission des marchés, sur la base des dispositions des clauses 28 et 29 des Instructions aux candidats, de demander au requérant des éclaircissements sur la capacité du réservoir dont le véhicule a été déjà identifié, tout en veillant qu'une telle démarche ne remette en question ni la nature ou la consistance de l'offre, encore moins la qualité ou les performances du produit ;

DECIDE :

- 1) Déclare la société Espace Auto recevable en son recours ;
- 2) Constate que la société Espace Auto a proposé dans son offre, un véhicule de marque Greatwall « Wingle 5 » doté d'une cylindrée de 2800 cc mais que le requérant a omis de donner les informations sur la capacité du réservoir du véhicule proposé ; toutefois,
- 3) Dit que cette omission ne remet en question ni la nature ou la consistance de l'offre, encore moins la qualité ou les performances du produit et qu'elle n'est donc pas substantielle ;

- 4) Dit que dès lors, la commission des marchés doit solliciter dans des délais requis, les éléments nécessaires pour se prononcer sur la conformité de l'offre, en référence aux dispositions de la clause 28 des Instructions aux candidats ;
- 5) Annule la décision d'attribution provisoire du marché ;
- 6) Ordonne la reprise de l'évaluation des offres ;
- 7) Ordonne la publication de l'attribution provisoire du marché découlant de la reprise de l'évaluation des offres ;
- 8) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à Espace Auto, au Ministère de l'Agriculture ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA