

PRIMATURE

**AUTORITE DE REGULATION
DES MARCHES PUBLICS ET DES
DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC**

COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

REPUBLIQUE DU MALI

Un Peuple – Un But – Une Foi

DECISION N°16- 035/ARMDS-CRD DU 16 JUIN 2016

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS NON JURIDICTIONNEL DEL'ENTREPRISE OUEST AFRICAINE DES TRAVAUX (E.O.A.T SARL) CONTESTANT LES RESULTATS DE L'APPEL D'OFFRES OUVERT N°2016-07E/SG-MEF DU MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCESRELATIF AUX TRAVAUX DE REHABILITATION DE LA DIRECTION REGIONALE ET DU CENTRE DES IMPOTS DE MOPTI ;

- Vu la Loi n°08-023 du 23 juillet 2008 modifiée, relative à l'Autorité de Régulation des Marchés Publics et des Délégations de Service Public ;
- Vu le Décret n°2015-0604/P-RM du 25 septembre 2015 portant code des marchés publics et des délégations de service public;
- Vu le Décret n°08-482/P-RM du 11 août 2008 modifié, fixant l'organisation et les modalités de fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics et des Délégations de Service Public ;
- Vu le Décret n°2013-168/P-RM du 21 février 2013 portant renouvellement du mandat de certains membres du Conseil de Régulation ;
- Vu Le Décret n°2013-518/P-RM du 21 juin 2013 portant nomination d'un membre du Conseil de Régulation ;
- Vu le Décret n°2013-520/P-RM du 21 juin 2013 portant renouvellement de mandat de certains membres du Conseil de Régulation ;
- Vu le Décret n°2014-0494/P-RM du 4 juillet 2014 portant renouvellement de mandat de certains membres du Conseil de Régulation ;
- Vu le Décret N° 2016-0028-/P-RM du 27 janvier 2016 portant nomination de membres du Conseil de Régulation ;
- Vu l'Acte d'Huissier en date du 2 mars 2016 constatant l'élection du Président de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics et des Délégations de Service Public ;

- Vu la Décision n°10-001/ARMDS-CR du 3 mars 2010 portant adoption du règlement intérieur de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics et des Délégations de Service Public ;
- Vu la Décision n°10-002/ARMDS-CR du 3 mars 2010 portant modalités de fonctionnement du Comité de Règlement des Différends de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics et des Délégations de Service Public ;
- Vu la Lettre en date du 6 juin 2016 de l'Entreprise Ouest Africaine des travaux (EOAT SARL) enregistrée le même jour sous le numéro 039 au Secrétariat du CRD ;

L'an deux mil seize et le lundi 13 juin, le Comité de Règlement des Différends (CRD), composé de :

- Monsieur Gaoussou Abdoul Gadre KONATE, Président ;
- Monsieur Lassine BOUARE, Membre représentant l'Administration, Rapporteur ;
- Monsieur Mamadou YATTASSAYE, Membre représentant le Secteur Privé ;
- Me Arandane TOURE, Membre représentant la Société Civile ;

Assisté de Messieurs Dian SIDIBE, Chargé de mission au Département Réglementation et Affaires Juridiques et Issoufou JABBOUR, Assistant au Département Réglementation et Affaires Juridiques ;

Oui le Conseiller – Rapporteur, en la lecture de son rapport ;
Oui les parties en leurs observations orales, notamment :

- Pour l'Entreprise Ouest Africaine des travaux (EOAT SARL) : Messieurs Babahmed Ag BILAL, Gérant et Amidou SAMAKE, Technicien ;
- Pour la Direction des Finances et du Matériel du Ministère de l'Economie et des Finances : Chaka BAGAYOKO, Directeur des Finances et du Matériel, Bouréima GUINDO, Chef de la Division Approvisionnement et Marchés Publics, Namory KONATE, Chef de la Section Marchés et Elhadj HOUSSEINI, Agent à la DFM ;

a délibéré conformément à la loi et a adopté la présente délibération fondée sur les faits, la régularité du recours et les moyens exposés ci-après :

FAITS

Le Ministère de l'Economie et des Finances a lancé l'appel d'offres ouvert n°2016-07E/SG-MEF relatif aux travaux de réhabilitation de la Direction Régionale et du Centre des Impôts de Mopti, auquel a soumissionné l'Entreprise Ouest Africaine des Travaux (E.O.A.T) SARL ;

Le 31 mai 2016, le Directeur des Finances et du Matériel du Ministère de l'Economie et des Finances a informé l'Entreprise Ouest Africaine des Travaux (E.O.A.T) SARL du rejet de son offre au motif qu'elle a fourni non conforme la lettre de soumission qui n'est pas dûment remplie et signée conformément au formulaire annexé au DAO ;

Le 1er juin 2016, l'entreprise E.O.A.T SARL a adressé un recours gracieux à l'autorité contractante pour réfuter le motif invoqué qui, selon lui, n'affecte en rien la conformité de son offre et a demandé à l'autorité contractante de reconsidérer son offre ;

Le 06 juin 2016, l'entreprise E.O.A.T SARL a introduit un recours non juridictionnel devant le Président du Comité de Règlement des Différends (CRD) pour contester le motif du rejet de son offre.

RECEVABILITE :

Considérant qu'aux termes de l'article 121.2 du Décret n°2015-0604/ P-RM du 22 septembre 2015 portant code des marchés publics et des délégations de service public « *En l'absence de décision rendue par l'autorité contractante ou délégante ou l'autorité hiérarchique le cas échéant, dans les deux (2) jours ouvrables à compter de la date de sa saisine, le recours est considéré comme rejeté. Dans ce cas, le requérant peut saisir le Comité de Règlement des Différends le troisième (3ème) jour ouvrable* » ;

Considérant que l'entreprise E.O.A.T SARL a adressé un recours gracieux à l'autorité contractante le 1er juin 2016 qui n'a pas été répondu ;
Qu'elle a saisi le Comité de Règlement des Différends du présent recours le 06 juin 2016, donc le troisième (3ème) jour ouvrable en l'absence de réponse à son recours gracieux ;

Son recours peut être déclaré recevable

MOYENS DEVELOPPES PAR LA REQUERANTE

L'Entreprise Ouest Africaine des Travaux (E.O.A.T) SARL rappelle avoir été informée par correspondance du Directeur des Finances et du Matériel en date du 31 mai 2016 reçue le 1er juin 2016 que son offre relative à l'appel d'offres en cause n'a pas été retenue au motif que sa lettre de soumission n'est pas conforme au DAO car il est stipulé au point (e) du modèle de soumission annexé au DAO que : « si notre offre est acceptée, nous nous engageons à obtenir une garantie de bonne exécution du marché conformément à la clause 40 des Instructions aux candidats et au CCAG » alors qu'il est écrit dans son offre ceci : « si notre offre est acceptée, nous engageons à obtenir une garantie de bonne exécution du marché conformément à la clause 40 des Instructions aux candidats et au CCAG ».

Elle expose que par lettre en date du 1er juin 2016 reçue le même jour par la DFM, elle a écrit pour contester le motif du rejet de son offre et, par la même occasion, a sollicité de la Direction des Finances et du Matériel conformément à l'article 79.2 du Décret n°2015-0604/P-RM du 25 septembre 2015 portant code des marchés publics et des délégations de service public, de lui communiquer le montant du marché attribué, le nom de l'attributaire ainsi qu'une copie du procès verbal de la séance plénière consacrant l'attribution ;

Que jusqu'à ce jour sa requête n'a pas été répondue.

Elle fait observer qu'il s'agit d'une petite omission d'un mot « le second « nous » qui n'affecte en rien la conformité de l'offre ;

Qu'il est constant en l'espèce que les deux (2) phrases ont la même signification à savoir l'engagement d'obtenir une caution de bonne exécution une fois que l'offre a été acceptée, ce qui n'est pas d'ailleurs encore le cas.

L'entreprise EOAT SARL estime que l'omission d'un mot ne constitue pas un critère de non-conformité au sens du DAO et qu'en effet, les articles 12, 29, et 30 des Instructions aux Candidats ci-dessous confirment ceci ;

Qu'ainsi, l'article 12.1 des Instructions aux Candidats relative à la lettre de soumission et aux bordereaux des prix stipule « le candidat soumettra son offre en remplissant le formulaire fourni à la section III, Formulaire de soumission, sans apporter aucune modification à sa présentation, et aucun autre format ne sera accepté. Toutes les rubriques doivent être remplies de manière à fournir les renseignements demandés ;

Qu'il est constant qu'aucune modification n'a été apportée dans la présentation du formulaire de soumission, le format a été également respecté et tous les renseignements demandés s'y trouvent ;

Que l'article 29.2 des Instructions aux Candidats indique que: « Une offre conforme pour l'essentiel est une offre conforme à toutes les stipulations, spécifications et conditions du Dossier d'appel d'offres, sans divergence, réserve ou omission substantielles. Les divergences ou omissions substantielles sont celles qui :

- a) Si elles sont acceptées,
 - i. Limiteraient de manière substantielle la portée, la qualité ou les performances des travaux spécifiés dans le marché ; ou
 - ii. Limiteraient, d'une manière substantielle et non conforme au Dossier d'appel d'offres, les droits du Maître d'ouvrage ou les obligations du candidat au titre du Marché ; ou
- b) Dont l'acceptation serait préjudiciable aux autres candidats ayant présenté des offres conformes pour l'essentiel ».

Qu'il reste encore constant que l'omission du « nous » ne représente pas une omission substantielle ;

Que l'article 30.1 des Instructions aux Candidats dispose que « si une offre est conforme pour l'essentiel, l'Autorité contractante peut tolérer toute non-conformité ou omission qui ne constitue pas une divergence, réserve ou omission substantielle par rapport aux conditions de l'appel d'offres »

Qu'aux termes de l'article 30.2 des Instructions aux Candidats « si une offre est conforme pour l'essentiel, l'Autorité contractante peut demander au Candidat de présenter, dans un délai raisonnable, les informations ou la documentation nécessaire pour remédier à la non-conformité ou aux omissions non essentielles constatées dans l'offre en rapport avec la documentation demandée. Pareille omission ne peut, en aucun cas, être liée à un élément quelconque du prix de l'offre. Le Candidat qui ne ferait pas droit à cette demande peut voir son offre écartée » ;

Que là également, il reste constant que l'autorité contractante n'a pas toléré l'omission d'un mot et n'a pas non plus demandé à remédier comme stipulé plus haut à une omission même non substantielle ;

Que par ailleurs, l'engagement « si notre offre est acceptée, nous nous engageons à obtenir une garantie de bonne exécution du Marché conformément à la clause 40 des IC et au CCAG » se réfère bien au CCAG en dernier ressort et intervient bien après l'acceptation de l'offre ce qui n'est pas encore le cas.

Elle conclut qu'il appert à suffisance que sa lettre de soumission est tout à fait conforme pour l'essentiel au modèle fourni dans le DAO et sollicite l'arbitrage du Comité de Règlement des Différends afin de faire respecter le DAO.

MOYENS DEVELOPPES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

La Direction des Finances et du Matériel soutient que le soumissionnaire a opéré une substitution au niveau de ses obligations, envers l'autorité contractante, à fournir une caution de bonne exécution ;

Qu'au lieu de s'engager, l'EOAT SARL engage une tierce personne sans distinctement l'identifier.

Elle précise qu'EOAT SARL écrit dans sa lettre de soumission : « si notre offre est acceptée, nous engageons à obtenir une garantie de bonne exécution du marché... », alors que le modèle de soumission fourni dans le DAO stipule que « si notre offre est acceptée, nous nous engageons à obtenir une garantie de bonne exécution du marché... »

Que dans son recours gracieux, l'entreprise EOATSARL demande de reconsidérer son offre au motif que sa soumission est tout à fait conforme pour l'essentiel au modèle fourni dans le DAO ;

Que l'entreprise argumente de ce fait que cette omission d'un mot est non substantielle et qu'elle doit être traitée comme telle, d'autant plus qu'elle n'est liée à aucun élément quelconque du prix de l'offre ;

Que l'Entreprise a aussi demandé qu'il lui soit communiqué le montant du marché attribué, le nom de l'attributaire ainsi qu'une copie du procès verbal de la séance plénière consacrant l'attribution, conformément à l'article 79.2 du Décret n°2015-0604/P-RM du 25 septembre 2015 portant code des marchés publics et des délégations de service public.

La Direction des Finances et du Matériel soutient que son recours gracieux a été jugé irrecevable dans le fond ;

Que l'analyse de sa soumission a été faite conformément au point 31 des Instructions aux Candidats(examen préliminaire des offres), alinéa 1, qui stipule que « l'autorité contractante examinera les offres pour s'assurer que tous les documents et la documentation technique demandés à la clause 11 des IC ont bien été fournis et sont tous complets » ;

Qu'il ressort de cette analyse certaines insuffisances dont la fourniture non conforme de la lettre de soumission ;

Que pour ce motif, il rappelle que, conformément au modèle de soumission versé dans le DAO, les inscriptions en italiques stipulent que « le candidat remplit la lettre ci-dessous conformément aux instructions entre crochets. Le format de la lettre ne doit pas être modifié. Aucune substitution ne sera admise » ;

Que ces dispositions sont explicitées par les Instructions aux Candidats, au point 29 (conformité des offres) et 30 (non-conformité, erreurs et omissions) ;

Que le point 29.2 des Instructions aux Candidats précise qu'« une offre conforme pour l'essentiel est une offre conforme à toutes les stipulations, spécifications et conditions du dossier d'appel d'offres, sans divergence, réserve ou omission substantielles ;

Que les divergences ou omissions substantielles sont celles qui, si elles étaient acceptées (notamment) limiteraient, d'une manière substantielle et non conforme au DAO les droits du maître d'ouvrage ou les obligations du candidat au titre du marché... » ;

Qu'elle considère cette omission comme étant substantielle d'autant qu'elle limite les droits du maître d'ouvrage et les obligations du candidat au titre du marché ;

Qu'en conséquence, son acceptation serait préjudiciable aux autres candidats ayant présenté des offres conformes pour l'essentiel ;

Que nonobstant cela, s'il s'avérait que la non-conformité ou omission de la lettre de soumission était substantielle, il revient à la commission de dépouillement et de jugement des offres de tolérer ou pas cet état de fait, conformément au point 30 précité ;

Qu'il revient dans les deux cas de figure, que la lettre de soumission de l'entreprise EOAT peut être rejetée.

L'autorité fait également observer que l'analyse de l'offre de l'entreprise EOAT a fait apparaître d'autres insuffisances ;

Qu'en effet, les modèles obligatoires du DAO tels que le formulaire PER I et le formulaire PER II au niveau du personnel n'ont pas été fournis ;

Que de même, le formulaire MAT, joint au DAO et qui devait être renseigné, conformément aux instructions et pour chaque type de matériel, n'a pas non plus été fourni ;

Que cependant, en raison de la présence des pièces analysées, seul le motif de la non-conformité de sa soumission lui a été notifié.

Elle indique que, par ailleurs, l'analyse de la communication du recours fait apparaître que l'entreprise EOAT SARL a saisi l'Autorité de Régulation des marchés publics et des délégations de service public le lundi 6 juin 2016, or, estime-elle, l'autorité contractante avait préalablement été saisie le mercredi le 1er juin 2016 par la même entreprise aux fins de lui communiquer le montant du marché, le nom de l'attributaire ainsi qu'une copie du rapport de la séance plénière consacrant l'attribution du marché.

Elle signale que conformément à l'article 79.2 du Décret n°2015-0604/P-RM du 25 septembre 2015 portant code des marchés publics et des délégations de service public, le délai légal de (5) jours ouvrables donné à l'autorité contractante pour répondre n'a pas été observé par cette entreprise.

Elle estime, enfin, que l'attribution provisoire est conforme en tout point à la réglementation et sollicite, en conséquence, de l'ARMDS de déclarer le recours de l'entreprise EOAT SARL irrecevable et invite le Comité de Règlement des Différends à dire le droit en la déboutant.

DISCUSSION

Considérant que la clause 12.1 des Instructions aux Candidats relative à la lettre de soumission et aux bordereaux des prix dispose que « *le candidat soumettra son offre en remplissant le formulaire fourni à la section III, Formulaires de soumission, sans apporter aucune modification à sa présentation, et aucun autre format ne sera accepté. Toutes les rubriques doivent être remplies de manière à fournir les renseignements demandés* » ;

Que la clause 29.2 des Instructions aux Candidats indique que : « *Une offre conforme pour l'essentiel est une offre conforme à toutes les stipulations, spécifications et conditions du Dossier d'appel d'offres, sans divergence, réserve ou omission substantielles. Les divergences ou omissions substantielles sont celles qui :*

- a) *Si elles sont acceptées,*
 - iii. *Limiteraient de manière substantielle la portée, la qualité ou les performances des travaux spécifiés dans le marché ; ou*
 - iv. *Limiteraient, d'une manière substantielle et non conforme au Dossier d'appel d'offres, les droits du Maître d'ouvrage ou les obligations du candidat au titre du Marché ; ou*
- b) *Dont l'acceptation serait préjudiciable aux autres candidats ayant présenté des offres conformes pour l'essentiel* » ;

Considérant qu'aux termes de l'article 94.3 du Code des marchés publics et des délégations de service public « *La garantie de bonne exécution est constituée dès la notification du marché, et en tout état de cause préalablement à tout mandatement effectué au titre du marché.* » ;

Qu'en vertu de cette disposition, le Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG) applicable aux marchés de travaux stipule que « *l'entrepreneur est tenu de fournir un cautionnement définitif en garantie de la bonne exécution de ses engagements contractuels et du recouvrement des sommes dont il serait reconnu débiteur au titre du marché. Il doit le constituer dans les vingt jours qui suivent la date de notification de l'approbation du marché.* » ;

Qu'ainsi, en tout état de cause, l'entrepreneur est tenu de constituer une garantie de bonne exécution dès la notification du marché, et ce conformément au Code des marchés publics et des délégations de service public et au CCAG applicable aux marchés de travaux ;

Qu'en conséquence, l'omission du deuxième « nous » dans la locution « *si notre offre est acceptée, nous nous engageons à obtenir une garantie de bonne exécution du Marché*

conformément à la clause 40 des IC et au CCAG »ne saurait représenter une omission substantielle ;

En conséquence,

DECIDE :

1. Déclare recevable le recours de l'Entreprise EOAT SARL ;
2. Déclare le recours bien fondé ;
3. Constate que l'Offre de la requérante a été écartée à tort ;
4. Ordonne la réintégration de l'Offre de la requérante dans la procédure d'évaluation ;
5. Dit que le Secrétaire Exécutif est chargé de notifier à l'Entreprise EOAT SARL, à la Direction des Finances et du Matériel du Ministère de l'Economie et des Finances et à la Direction Générale des Marchés Publics et des Délégations de Service Public, la présente décision qui sera publiée.

Bamako, le 16 juin 2016

P/Le Président/P.O

Mr Gaoussou A.G. KONATE