

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°17-009/ARMDS-CRD DU 18 AVRIL 2017

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS NON JURIDICTIONNEL DE LA SOCIETE DE TRANSFORMATION INDUSTRIELLE DU PAPIER AU MALI (TRANFOPAM) CONTESTANT LES CRITERES DU DOSSIER D'APPEL D'OFFRES DU MINISTERE DE L'EDUCATION NATIONALE RELATIF A LA FOURNITURE ET A LA DISTRIBUTION DE CAHIERS DESTINES AUX ETABLISSEMENTS D'ENSEIGNEMENT SECONDAIRE GENERAL, TECHNIQUE ET PROFESSIONNEL.

- 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 7 avril 2017 de la société TRANSFOPAM enregistrée le même jour sous le numéro 008 au Secrétariat du CRD ;

L'an deux mil dix-sept et le mercredi 13 avril, le Comité de Règlement des Différends (CRD), composé de :

- **Monsieur Allassane BA**, Président ;
- **Monsieur Lassine BOUARE**, Membre représentant l'Administration, Rapporteur ;
- **Monsieur Gaoussou AG KONATE**, Membre représentant le Secteur Privé ;
- **Monsieur Yéro DIALLO**, Membre représentant la Société Civile.

Assisté de Madame Fatoumata Djagoun TOURE, Chef du Département Règlementation et Affaires Juridiques et de Messieurs Dian SIDIBE, Chargé de mission au Département Règlementation et Affaires Juridiques et Issoufou JABBOUR, Assistant au Département Règlementation et Affaires Juridiques ;

Oui le Conseiller – Rapporteur, en la lecture de son rapport ;

Oui les Parties en leurs observations orales, notamment :

- Pour la société TRANSFOPAM : Messieurs Mamadou YATTASSAYE, Administrateur et Abdoulaye SAGASSO, Aide comptable ;
- Pour la Direction des finances et du matériel du Ministère de l'Education Nationale : Messieurs Abdoul K. MAIGA, Adjoint au Directeur des Finances et du Matériel, Alassane DIALLO, Conseiller Juridique et Mohamed Moulaye TRAORE, Chef Division Approvisionnement et Marchés Publics ;

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'Education Nationale a lancé le 24 mars 2017, l'Avis d'Appel d'Offres Ouvert n° 0055/F-2017 pour la fourniture et la distribution de cahiers destinés aux établissements d'enseignement secondaire général, technique et professionnel.

Après avoir acquis le dossier d'appel d'offres, la société TRANSFOPAM a saisi l'autorité contractante le 31 mars 2017 d'un recours gracieux pour contester certaines spécifications techniques du dossier et les capacités financières exigées des candidats.

Par correspondance en date du 05 avril 2017, l'autorité contractante a réservé une suite défavorable au recours introduit par la société TRANSFOPAM.

Le 07 avril 2017, la société TRANSFOPAM a introduit un recours non juridictionnel devant le Comité de Règlement des Différends (CRD) pour contester les critères du dossier d'appel d'offres en cause.

RECEVABILITE

Considérant qu'aux termes de l'article 121.1 du Décret n°2015-0604/P-RM du 25 septembre 2015, modifié: « *Les décisions rendues au titre du recours gracieux peuvent faire l'objet d'un recours devant le Comité de règlement des différends dans un délai de deux (2) jours ouvrables à compter de la date de notification de la décision faisant grief* » ;

Considérant que la société TRANSFOPAM a adressé un recours gracieux à l'autorité contractante le 31 mars 2017 qui a été répondu le 05 avril 2017;

Qu'elle a saisi le 07 avril 2017 le Comité de Règlement des Différends du présent recours, donc dans les deux jours ouvrables de la réponse à son recours gracieux ;

Que son recours est recevable.

MOYENS DEVELOPPES PAR LA REQUERANTE

La société TRANSFOPAM considère que les spécifications techniques issues du DAO ne sont pas réalistes à certains égards (1) et que, d'autre part, les exigences des capacités financières sont contradictoires et disproportionnées (2).

1. Des spécifications techniques irréalistes qui favorisent un coût trop élevé et des manœuvres trompeuses :

La société TRANSFOPAM déclare qu'à l'examen des spécifications techniques pour les lots 1 et 2, il est indiqué ceci :

« *Lot 1 : fourniture et distribution de cahiers destinés aux établissements d'enseignement secondaire général :*

Article 1 : cahiers de 100 pages, unité : 17/22 avec du papier 70 g/m²

Article 2 : cahiers de 200 pages, unité : 17/22 avec du papier 70 g/m²

Lot 2 : Fourniture et distribution de cahiers destinés aux établissements d'enseignement technique et professionnel

Article 1 : cahiers de 100 pages, unité : 17/22 avec du papier 70 g/m²

Article 2 : cahiers de 200 pages, unité : 17/22 avec du papier 70 g/m² »

Qu'en ce qui concerne les spécifications techniques relatives au grammage (70g), un opérateur qui entend fabriquer un million de cahiers en papier de 56 grammes, va acquérir 200 tonnes. Mais pour fournir cette même quantité de cahiers en 70 grammes, l'opérateur devra nécessairement acquérir jusqu'à 280 tonnes de papiers.

Qu'avec ce grammage, on se retrouve donc avec un écart de 80 tonnes pour fournir une même quantité de cahiers.

Qu'avec cette exigence, tout opérateur qui se propose de fournir ce type de cahier avec le prix normal pratiqué sur le marché formulera au final une offre financière hautement élevée, qui ne correspondrait pas à l'enveloppe financière prévisionnelle de l'autorité contractante.

Qu'aujourd'hui, un cahier de 96 pages, sinon de 100 pages en comptant les pages de couverture, d'une substance de 70 g/M2 de format 17x22 cm est vendu sur le marché pour un prix variant de trois cent (300) F CFA à mille (1 000) F CFA.

Que dès lors, comme ils ont l'habitude de le faire, les opérateurs concurrents, vont présenter un échantillon de cahier 70 grammes mais le prix proposé sera celui d'un cahier au grammage plus faible.

Et qu'une fois le marché remporté, ce ne sera pas des cahiers de 70 grammes qu'ils fourniront aux établissements, mais d'autres au grammage plus faible.

Que dans sa correspondance n°00799/MEN-DFM, en date du 05 avril 2017, le Ministère de l'Education Nationale affirme que *« les spécifications techniques ont toujours été définies avec le même grammage (70g/m2) »*

Qu'il ajoute que TRANSFOPAM « a même été retenue pour exécuter le marché sur deux (02) ans au titre des années scolaires 2013-2014 et 2014-2015, à la suite de l'appel d'offres ouvert n°36/MEN-DFM-DAMP/13 ».

Que le Ministère cite les marchés n°0073/DGMP-DSP 2014, n°0159/DGMP-DSP 2014, n°0264/DGMP-DSP 2015 et n°0319/DGMP-DSP 2015.

Que pour le Ministère de l'Education Nationale, *« il s'agissait des mêmes caractéristiques définies dans le dossier d'appel d'offres concerné »*.

Qu'il s'interroge même sur la façon dont elle a exécuté le marché.

Que décidément, l'autorité contractante peine à justifier sa position.

Que concernant l'appel d'offres n°16/MEA-DFM-DAMP/12 du 07 septembre 2012 suivi par la suite par l'AOR n°02/MENA-DFM-DAMP/12, relatif à l'approvisionnement en cahiers des établissements d'enseignement secondaire général, technique et professionnel, l'Autorité contractante avait défini les spécifications techniques suivantes :

« lot 1 : approvisionnement en cahiers des établissements d'enseignement secondaire général :

Cahiers de 100 pages : 15/22 avec du papier 80 g/m2

Cahiers de 200 pages : 15/22 avec du papier 80 g/m2

Lot 2 : Fourniture et distribution de cahiers destinés aux établissements d'enseignement technique et professionnel

Cahiers de 100 pages : 15/22 avec du papier 80 g/m2

Cahiers de 200 pages : 15/22 avec du papier 80 g/m2 »

Que dans sa réponse attaquée par le présent recours, le Ministère de l'Education Nationale expose que cette procédure *« n'a pas été annulée à cause d'une remise en cause des caractéristiques techniques demandées mais, plutôt de la non pertinence du principe de la personnalisation des cahiers qui avait été défini dans les caractéristiques techniques du dossier d'appel d'offres restreint en question, compte tenu des circonstances du moment... Il*

était impossible de produire des cahiers personnalisés tels que demandés par le dossier d'appel d'offres et faire face à la rentrée scolaire 2012-2013 ».

Que le Ministère ajoute qu' « *après échange avec les attributaires, il a été convenu de partir avec les stocks disponibles au niveau desdits attributaires pour éviter tout débrayage des cours en 2013 compte tenu de la situation sécuritaire précaire qui prévalait ».*

Que la personnalisation des cahiers n'a jamais été un problème. Et le Ministère de l'Education Nationale l'invoque ici par pure opportunité pour justifier une position injustifiable. En effet, sur les cahiers personnalisés au nom du Ministère de l'Education Nationale, il avait été indiqué « *vente interdite* » parce qu'elle s'est rendue compte que ces cahiers destinés aux établissements se retrouvaient non seulement en vente sur le marché, mais aussi à des prix sans rapport avec leur valeur réelle.

Que la vérité est qu'avec cette procédure de 2012, l'Autorité contractante était confrontée à l'impossibilité affirmée au cours de la réunion ad hoc pour les opérateurs intéressés de satisfaire, sur le plan économique, ce grammage (80 g/m²). Ces spécifications étaient économiquement irréalistes. Dès lors, l'autorité contractante fut contrainte de passer à un appel d'offres restreint dans le cadre duquel les candidats consultés étaient libres de proposer le grammage de leur choix.

Que les cahiers disponibles en stock ne correspondaient pas à ces spécifications irréalistes. Ce n'était aucunement un problème de « personnalisation » mais plutôt de bonne définition des besoins.

Que finalement, ce fut une entente directe qui fut signée.

Que l'urgence aussi évoquée n'était pas établie, certains fournisseurs ayant pu procéder à des livraisons assez tardives que certains économes les ont reprochés.

Qu'à l'occasion de cette procédure, elle avait livré des cahiers de 56 grammes.

Que dans l'appel d'offres querellé qui concerne le présent recours, les spécifications retenues, du fait qu'elles ne tiennent pas compte de la réalité des prix appliqués dans le secteur, poussent certains concurrents à tricher car tout opérateur honnête qui se conforme à de telles exigences formulera inévitablement une offre inacceptable, car trop élevée.

Que cette pratique qu'elle dénonce a pu être constatée dans le cadre de l'exécution de l'AO n°29/MEN-DFM-DAMP/16 du 18 avril 2016, où des cahiers d'une substance beaucoup moindre que les 70 g/m² ont été livrés. Elle en fera la preuve.

Qu'en conséquence, il est certain que cette situation établit que les spécifications évoquées ci-dessus ne sont pas réalistes au regard des conditions du marché.

Que le Ministère de l'Education Nationale indique qu'il n'appartient pas à la requérante « *de se préoccuper sur la prise en charge financière des marchés qui seront attribués à la suite de l'appel d'offres mais, plutôt de voir la pertinence du grammage au regard de la qualité technique du produit demandé à travers les caractéristiques définies* »

Que concernant le grammage, les réponses ont été déjà apportées. Le grammage standard pour les cahiers scolaires varie de 50 à 56 g. Au-delà, on tombe dans un type de cahiers de luxe ou de marque déposée, chers et économiquement injustifiée, ce qui pousse à des manœuvres telles qu'indiquées ci-dessus. Cela peut se vérifier dans toutes les écoles publiques en Afrique. Aussi, faut-il le rappeler qu'aucune livraison de cahiers n'a jamais été rejetée au ministère de l'Education pour insuffisance de substance et par les utilisateurs eux-mêmes.

Que sur la question financière, il est regrettable de voir que certains esprits s'étonnent qu'il y ait des citoyens (entreprises comme personnes physiques) qui se soucient de l'utilisation efficiente des deniers publics. Ce principe est énoncé de manière solennelle dans les textes de la commande publique et ça passe par une définition rationnelle et réaliste des besoins. Justement, l'organisation du processus de définition des besoins par les autorités contractantes doit toujours permettre d'éviter ces situations qui ne génèrent que des difficultés d'exécution du contrat. Elle peut aussi ajouter que pour la définition des besoins, comme celle de la détermination des critères, les acheteurs disposent d'aucun pouvoir inconditionnel.

Qu'en outre, l'article 34.1 du Code des marchés publics dispose : *« Avant tout appel à la concurrence ou toute procédure de négociation par entente directe, la nature et l'étendue des besoins sont déterminés avec précision au cours d'une réunion tripartite annuelle regroupant utilement l'administrateur de crédits, la personne responsable du marché et le service technique spécialisé ».*

Que de par la qualité de ces différents intervenants, particulièrement l'administrateur des crédits et les services techniques compétents, l'autorité contractante devait raisonnablement être bien informée du caractère inapproprié et irréaliste de ces spécifications des cahiers visés ci-dessus et adapter en conséquence ses besoins de manière à permettre aux opérateurs candidats de formuler des offres justes et réalisables économiquement.

Qu'en conséquence de ce qui précède, au regard du principe de la détermination de spécifications techniques réalistes et appropriées, il est évident que l'autorité contractante doit être obligée de revoir à la baisse le grammage en cause.

2- Des exigences de capacités financières disproportionnées :

Elle affirme que dans les DAO, notamment, au point IC 5.1 relatif aux conditions de qualification applicables aux soumissionnaires, les capacités financières suivantes sont indiquées :

« Le soumissionnaire doit fournir la preuve écrite qu'il satisfait aux exigences ci-après :

Le chiffre d'affaires moyen des années 2013, 2014 et 2015 doit être au moins égal au montant de sa soumission par lot (...)

Pour un soumissionnaire qui postule pour les deux (02) lots, le chiffre d'affaires moyen ci-dessus indiqué doit au moins être égal au montant de sa proposition financière cumulée ».

La société TRANSFOPAM soutient que de telles exigences en termes de capacités sont excessives et ne se justifient pas par rapport aux caractéristiques du marché.

En outre, il est de principe que l'Autorité contractante doit toujours admettre que *« tout autre document approprié puisse être fourni par les candidats pour justifier de leurs capacités ».*

financières ». Cette ouverture n'est pas réservée aux seules entreprises naissantes, contrairement au choix rédactionnel effectué dans les DAO.

Manifestement, le Ministère de l'Education Nationale ne comprend pas cette règle. En effet, dans sa réponse, elle la renvoie à l'article 4.2-B de l'arrêté n°2015-3721 du 22 octobre 2015. L'évocation de cette disposition n'est pas pertinente vu l'angle sous lequel la question des capacités financières est posée.

Que sur ce point, le Ministère de l'Education Nationale pointe ses insuffisances. Pourquoi n'a-t-il pas alors admis dans cette partie des DAO, que « **toute entreprise** » pourra, en lieu et place de ces chiffres d'affaires, fournir la déclaration des banques ou organismes financiers habilités, attestant de la disponibilité de fonds ou un engagement bancaire à financer le marché » comme le dit cet arrêté qu'il cite ?

Que le Ministère de l'Education Nationale persiste en évoquant que « *l'article 4.4 de l'arrêté suscité donne des indications sur les documents que les sociétés nouvellement crées doivent fournir et le dossier d'appel d'offres le précise à la clause 5.1 des données particulières du dossier d'appel d'offres* ».

Le Ministère cite un arrêté alors qu'elle faisait référence à un décret (celui portant Code des marchés publics). La hiérarchie des normes veut que les dispositions du décret prévalent sur celle d'un arrêté en cas de contrariété. Le CRD de l'ARMDS notera d'ailleurs qu'il ne s'agit pas d'une contrariété. Le texte que cite l'Autorité contractante est spécifique aux sociétés nouvellement crées. **Or, elle évoque la question des dispositions profitant à toutes les sociétés, ce que n'a pas pris en compte l'Autorité contractante dans ses DAO.**

Que sur ce point, les dispositions suivantes du Code des marchés publics sont rappelées :

Article 25.1 « *Chaque candidat à un marché, quelle que soit la procédure de passation des marchés employée, doit justifier qu'il remplit les conditions juridiques et qu'il dispose des capacités techniques et financières requises pour exécuter le marché en présentant tous documents et attestations appropriés* ».

Article 28.1 : « *La justification de la capacité économique et financière du candidat est constituée par une ou plusieurs des références suivantes :*

- a) *des déclarations appropriées de banques ou organismes financiers habilités, ou, le cas échéant, la preuve d'une assurance des risques professionnels ;*
- b) *la présentation des bilans ou d'extraits des bilans ;*
- c) *une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché ou de la délégation, pour, au maximum, les trois derniers exercices en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité du soumissionnaire ;*
- d) *Les autorités contractantes précisent, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à soumissionner, celles des références visées au paragraphe 1 qu'elles ont choisies ainsi que les autres références probantes qui doivent être produites. Si, pour une raison justifiée, le soumissionnaire n'est pas en mesure de produire les références demandées par l'autorité contractante, il est autorisé à prouver sa capacité économique et*

financière par tout autre document considéré comme approprié par l'autorité contractante ».

Que loin d'appliquer ces dispositions pour toutes les entreprises, le Ministère de l'Éducation Nationale ne se gêne pas de donner des conseils en termes de concision et reproche aussi à la requérante de « juxtaposer les textes ».

Que premièrement l'Autorité contractante gagnerait à s'appliquer elle-même ses conseils en termes de concision et de précision dans la définition de ses besoins et de ses spécifications techniques;

Qu'au-delà des questions de la légalité, cela profiterait aux dépenses publiques et à l'efficacité dans les procédures.

Que deuxièmement, l'Autorité contractante parle de « juxtaposition des textes ».

Qu'il n'échappera pas au CRD qu'elle ne fait que se référer à des dispositions pertinentes qui justifient l'irrégularité de la procédure contestée. Si le Ministère de l'Éducation Nationale ne le savait pas, il est demandé à ce que le CRD de l'ARMDS lui rappelle que les textes ne sont pas des tentes dressées pour le sommeil, mais doivent plutôt être appliqués rigoureusement.

Qu'en conséquence de ces deux textes pertinemment juxtaposés, qu'il faut rattacher au principe d'égal accès à la commande publique, il est certain que les justifications des capacités financières ne doivent pas être limitées aux chiffres d'affaires, que le candidat soit une entreprise naissante ou non, et qu'elle soumissionne à un seul lot ou aux deux que comporte le marché.

Que par ailleurs, pour en revenir au caractère disproportionné de ces exigences financières, il est rappelé que sur ces mêmes prestations, le Ministère de l'Éducation et de l'Alphabétisation a déjà eu à annuler une procédure d'appel d'offres suite à un recours gracieux d'un candidat qui dénonçait le caractère excessif des conditions financières de qualification.

Que le Ministère de l'Éducation Nationale nie que c'était un problème lié aux capacités financières, il suffira au CRD d'analyser cette pièce n°4 que constitue la correspondance n°0800 MEA/CAB en référence à l'AON n°16/MEA-DFM-DAMP/12.

Que par ailleurs, dans sa réponse contestée, pour l'autorité contractante, « *il est tout à fait normal que plus la quantité à livrer est importante plus la société nouvellement créée doit présenter une surface financière conséquente pour couvrir tout risque d'exécution lié à un problème financier* ». Elle ajoute qu'une « *Petite et Moyenne Entreprise peut s'associer en créant un groupement pour augmenter sa chance* ».

Qu'en réponse à ce soi-disant argument, il est maintenu que vouloir s'assurer des réelles possibilités financières des candidats ne justifient pas l'exigence de capacités financières disproportionnées, comme en l'espèce. En outre, pour les candidats qui soumissionnent pour les deux (2) lots l'autorité contractante exige d'eux que « *le chiffre d'affaires (...) doit au moins être égal au montant de sa proposition financière cumulée* ».

Que non seulement c'est une exigence disproportionnée, mais aussi, il n'échappera pas au CRD que l'Autorité contractante devait également, admettre, **pour toutes les entreprises**, que

ces alternatives visées aux dispositions ci-dessus puissent être produites en lieu et place de cette fixation sur les chiffres d'affaires. Un tel procédé serait plus conforme aux articles 25.1 et 25.8 du Code des marchés publics.

Qu'en l'espèce à l'examen des DPAO, il apparaît nettement qu'aucune des dispositions précitées n'a été respectée.

MOYENS DEVELOPPES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

L'autorité contractante soutient que dans le cadre de l'approvisionnement des établissements d'enseignement secondaire général, technique et professionnel au titre de la rentrée scolaire 2017-2018, l'appel d'offres querellé a été lancé ;

Que l'activité est inscrite dans les plans de passation des marchés 2017 des Directions nationales de l'enseignement secondaire général (DNESG), et de l'enseignement technique et professionnel (DNETP) ;

Que suite à la publication de l'avis d'appel d'offres y afférent dans le Quotidien national « L'ESSOR » n°18388 du 23/03/2017, le requérant a fait un recours gracieux sur le dossier d'appel à la date du 30/03/2017 (cf. lettre TRANSF/15/2017) ;

Que la lettre n°00799/MEN-DFM du 05 avril 2017 a rejeté ledit recours gracieux.

Qu'ainsi, par lettre n°109/2017/ARMDS du 10 avril 2017, elle a été informée du recours non juridictionnel du requérant TRANSFOPAM ;

La DFM soutient que dans sa requête, le requérant a formulé deux (02) réserves sur (i) les spécifications techniques demandées et (ii) les exigences de capacités financières.

1- Sur les spécifications techniques :

L'autorité contractante soutient que les spécifications techniques exigées sont de 17/22 avec du papier 70/gm².

Que c'est un standard que le département a toujours demandé. ;

Que pour preuve, le dossier d'appel d'offres ouvert n°36/MEN-DFM-DAMP/13, ayant fait l'objet de contestation par le même requérant et pour lequel la décision n°13-041/ARMDS-CRD du 18 décembre 2013 a ordonné la poursuite de la procédure, présentait les mêmes caractéristiques que le dossier actuel;

Qu'elle signale que TRANSFOPAM a exécuté les marchés issus de cet appel d'offres pour deux (02) ans (cf. marchés n°0073/DGMP-DSP 2014, n°0159/DGMP-DSP 2014, n°0264/DGMP-DSP 2015 et n°0319/DGMP-DSP 2015);

Que dans la réponse à son recours gracieux, il lui a été demandé d'expliquer comment ces deux (02) marchés ont été exécutés;

Que malheureusement, dans son recours non juridictionnel, la réponse n'y est pas apportée ;

Que n'ayant pas d'arguments pour justifier ce recours sur les spécifications techniques, le requérant fait réveiller un vieux dossier qui avait été conçu avec une optique de personnalisation et dont les spécifications techniques exigeaient une dimension de 15/22 avec du papier de 80g/m²;

Qu'en effet, l'appel d'offres restreint n°01/MENA-DFM-DAMP/12 a été lancé avec le principe de personnalisation des cahiers;

Qu'après l'approbation du rapport de jugement et d'évaluation des offres (cf. lettre n°0081/MFB-DGMP-DSP du 10/01/2013) et que suite aux échanges avec les attributaires provisoires, il a été convenu de partir avec les stocks de cahiers au niveau desdits attributaires pour éviter tout débrayage des cours en 2013 compte tenu également de la situation sécuritaire qui prévalait;

Qu'ainsi, par lettre n°000125/MEAPLN-DFM-DAMP du 21 janvier 2013, le département de l'éducation a demandé l'annulation de la procédure d'appel d'offres restreint au profit de l'entente directe;

Que cette demande a été autorisée le 25 janvier 2013 (cf. lettre n°0218/MEFB-DGMP-DSP) ;

Que le requérant confirme qu'il a livré des cahiers de 56 g/m² alors que le procès-verbal de négociation fait apparaître 65 g/m². ;

Qu'en plus, il affirme disposer des preuves sur le non-respect des spécifications techniques du marché de cahiers de 2016. ;

Qu'il a été demandé au requérant d'expliquer comment il a exécuté les marchés dont il a été titulaire;

Que la question n'a pas été répondue ;

L'autorité contractante soutient que TRANSFOPAM affirme détenir des informations sur la qualité des cahiers livrés au cours de l'exécution du marché de 2016;

Que c'est la première information au niveau du département;

Que toutefois, il y a lieu de préciser une complicité passive du requérant et que des investigations seront menées à l'interne pour confirmer ou infirmer cet état de fait ;

Qu'il appartiendra également au Comité de Règlement des Différends de faire toute la lumière sur la question;

Qu'étant donné que le requérant a été titulaire des marchés de 2014 et de 2015, qu'il est utile de faire des investigations sur la chaîne de production pour s'assurer s'il a réellement livré des cahiers de 70g/m² conformément aux spécifications techniques;

Que lui-même a confirmé qu'il a livré des cahiers de 56g/m² en 2013 à la suite du marché par entente directe n°0031/DGMP-DSP 2013 alors que le PV de négociation a été signé avec du papier 65g/m² et le titulaire a signé ledit contrat par entente directe avec cette spécification technique (65g/m²).

Que L'autorité contractante prend acte de la préoccupation du requérant sur la gestion des ressources rares du pays et lui rassure que les dispositions sont prises pour leur gestion rationnelle d'où cet appel d'offres ouvert;

Qu'il n'est pas non plus intéressant de commander des fournitures de faible qualité ne répondant pas au standard international dans la mesure où un cahier de faible grammage est une dilapidation des ressources du citoyen et peut être source de débrayage scolaire.

Qu'enfin, il n'appartient pas à un soumissionnaire de poser des interrogations sur la prise en charge financière du marché;

Qu'il peut faire un recours avec une argumentation techniquement vérifiable;

Qu'il ne s'agit pas non plus d'anticiper sur les éventuelles insuffisances qui pourront surgir dans la mise en œuvre des marchés.

2- Sur les exigences de capacités financières :

L'autorité contractante soutient que dans sa requête, le requérant était d'une imprécision sans équivoque et que c'est la raison pour laquelle, il lui a été demandé d'être précis, concis et clair;

Qu'en effet, son développement s'apparentait à une juxtaposition des textes ;

Qu'en termes de capacités financières, il lui a été précisé que le Décret fixe les grands principes et que le ou les arrêtés d'application fixent les modalités d'application du Décret;

Qu'ainsi, l'article 28 du Décret n°2015-0604/P-RM du 25 septembre 2015 portant code des marchés publics et des délégations de service public définit les justifications de capacités financières et son arrêté n°2015-3721/MEF-SG du 22 octobre 2015 en son article 4.2 précise que l'autorité contractante doit exiger au minimum les documents ou attestations à caractère éliminatoire ci-après pour les marchés de services courants et les fournitures et services connexes :.....

- tout document permettant de justifier ses capacités financières comprenant les informations suivantes :
 - o déclaration des banques ou organismes financiers habilités, attestant de la disponibilité de fonds ou un engagement bancaire à financer le marché ;
 - o la présentation des états financiers (bilans, extraits des bilans et comptes d'exploitation), certifiés par un expert-comptable agréé ou attestés par un comptable agréé inscrit à l'Ordre pour au maximum pour les trois (03) dernières années desquels on peut tirer les chiffres d'affaires considérés. Sur ces bilans, doit figurer la mention suivante apposée par le service compétent des impôts [bilans ou extrait de bilans conforme aux déclarations souscrites au service des impôts] ».

Que pour ce dossier, les critères sont les suivants :

Le chiffre d'affaires moyen des années 2013, 2014 et 2015 doit être au moins égal au montant de sa soumission par lot;

Que les chiffres d'affaires sont tirés des états financiers (bilans, extraits des bilans et comptes d'exploitation), certifiés par un expert-comptable agréé ou attestés par un comptable agréé inscrit à l'Ordre au maximum pour les années 2013, 2014 et 2015. Sur ces bilans, doit figurer la mention suivante apposée par le service compétent des impôts « bilans ou extrait de bilans conforme aux déclarations souscrites au service des impôts » ;

Que les sociétés nouvellement créées doivent fournir une attestation bancaire de disponibilité de fonds ou d'engagement à financer le marché d'un montant au moins égal à 100 000 000 FCFA pour le lot 1 et 45 000 000 F CFA pour le lot 2 (l'attestation doit être conforme au modelé annexé au présent dossier).

Que pour un soumissionnaire qui postule pour les deux (02) lots, le chiffre d'affaires moyen ci-dessus indiqué doit au moins être égal au montant de sa proposition financière cumulée.;

Que la requérante pense que cette exigence est disproportionnée sans apporter plus de précision;

Qu'il faut comprendre que plus les quantités sont importantes, plus le marché devient exigeant en termes de critères de qualification pour être à la dimension du dossier;

Qu'il est normal pour une soumission pour les deux (02) lots que la capacité financière soit comparée au montant total;

Qu'il appartiendra donc au soumissionnaire de s'assurer qu'il remplit ce critère cumulé en comparant son chiffre d'affaires moyen au montant cumulé de son offre;

Qu'enfin, un dossier d'appel d'offres ne prend pas en compte les spécificités d'un soumissionnaire, il est conçu avec la plus grande objectivité;

L'autorité contractante conclut que compte tenu de ce qui précède, le recours de TRANSFOPAM n'est pas recevable sur le fond en raison des explications sans fondement et la procédure de passation devrait continuer en toute logique.

DISCUSSION

1. Sur les spécifications techniques du dossier d'appel d'offres

Considérant que conformément à l'article 35 du Code des marchés publics, les fournitures qui font l'objet d'un marché public sont définis par référence aux normes, agréments techniques ou spécifications techniques nationaux ou communautaires, ou à défaut par référence à des normes ou agréments techniques ou spécifications techniques internationaux ;

Qu'ainsi, même si l'autorité contractante détient les prérogatives d'identifier ses besoins et d'en fixer les spécifications techniques, elle est néanmoins soumise à l'obligation de respecter leur caractère neutre et non discriminatoire ;

Considérant que dans le DAO, il est prévu les spécifications techniques suivantes pour les articles 1 et 2 :

Lot 1 : fourniture et distribution de cahiers destinés aux établissements d'enseignement secondaire général :

Article 1 : cahiers de 100 pages, unité : 17/22 avec du papier 70 g/m²

Article 2 : cahiers de 200 pages, unité : 17/22 avec du papier 70 g/m²

Lot 2 : Fourniture et distribution de cahiers destinés aux établissements d'enseignement technique et professionnel

Article 1 : cahiers de 100 pages, unité : 17/22 avec du papier 70 g/m²

Article 2 : cahiers de 200 pages, unité : 17/22 avec du papier 70 g/m²

Considérant que la requérante ne conteste pas le caractère non neutre et non discriminatoire de ces spécifications techniques ;

Qu'elle se contente d'invoquer des arguments d'opportunité (soutenabilité budgétaire et risque de fraude liés aux spécifications) ;

Qu'à cet égard, il peut être signalé que le DAO en cause porte sur un besoin récurrent de l'autorité contractante qui fait l'objet, à chaque exercice budgétaire, d'une procédure de passation ;

Considérant que la requérante fut titulaire des marchés n°0264-DGMP/DSP2015 et n°0319-DGMP/DSP relatif au même objet et portant sur les mêmes spécifications techniques en ce qui concerne les cahiers de 100 pages et de 200 pages.

Que de tout ce qui précède, le grief relatif aux spécifications techniques n'est pas établi.

2. Sur les capacités financières exigées des soumissionnaires

Considérant qu'aux termes de l'article 25.1 du décret n°2015-0604/P-RM du 25 septembre 2015 modifié : « *Chaque candidat à un marché, quelle que soit la procédure de passation des marchés employée, doit justifier qu'il remplit les conditions juridiques et qu'il dispose des capacités techniques et financières requises pour exécuter le marché en présentant tous documents et attestations appropriés.* »;

Qu'en vertu des dispositions de l'article 28.1 dudit décret : « *La justification de la capacité économique et financière du candidat est constituée par une ou plusieurs des références suivantes :*

- a) *des déclarations appropriées de banques ou organismes financiers habilités, ou, le cas échéant, la preuve d'une assurance des risques professionnels ;*
- b) *la présentation des bilans ou d'extraits des bilans ;*
- c) *une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché ou de la délégation, pour, au maximum, les trois derniers exercices en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité du soumissionnaire ;*
- d) *Les autorités contractantes précisent, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à soumissionner, celles des références visées au paragraphe 1 qu'elles ont choisies ainsi*

que les autres références probantes qui doivent être produites. Si, pour une raison justifiée, le soumissionnaire n'est pas en mesure de produire les références demandées par l'autorité contractante, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par l'autorité contractante. ».

2.1 Sur la non admissibilité pour les entreprises non nouvellement créées d'autres moyens de justification de leurs capacités financières

Qu'il résulte des dispositions susvisées que l'autorité contractante peut réclamer des renseignements relatifs au chiffre d'affaires lui permettant d'apprécier l'aptitude de l'entreprise à assurer les risques financiers du marché ;

Qu'ainsi en exigeant dans la clause 5.1 des DPAO du dossier d'appel d'offres aux sociétés non nouvellement créées de justifier leurs capacités financières par le critère du chiffre d'affaires, l'autorité contractante s'est conformée aux dispositions du code des marchés publics.

Cependant, il y a lieu de noter que cette exigence ne fait pas obstacles aux candidats qui sont dans l'impossibilité objective de produire les documents et renseignements exigés par le dossier d'appel d'offres, de justifier de leurs capacités financières par tout autre moyen considéré comme approprié par l'autorité contractante.

2.2 Sur le caractère disproportionné du montant du chiffre d'affaires exigé

Considérant que la clause 5.1 des IC stipule que : « *le soumissionnaire doit fournir la preuve écrite qu'il satisfait aux exigences ci-après :*

Le chiffre d'affaires moyen des années 2013, 2014, et 2015 doit être au moins égal au montant de sa soumission par lot. Les chiffres d'affaires sont tirés des états financiers (bilans, extraits des bilans et comptes d'exploitation), certifiés par un expert-comptable agréé ou attestés par un comptable agréé inscrit à l'Ordre pour au maximum pour les années 2013, 2014 et 2015. Sur ces bilans, doit figurer la mention suivante apposée par le service compétent des impôts « bilans ou extrait de bilans conforme aux déclarations souscrites au service des impôts ;

Les sociétés nouvellement créées doivent fournir une attestation bancaire de disponibilité de fonds ou d'engagement à financer le marché d'un montant au moins égal à 100 000 000 FCFA pour le lot 1 et 45 000 000 FCFA pour le lot 2 (l'attestation doit être conforme au modèle annexé au présent dossier).

Pour un soumissionnaire qui postule pour les deux (02) lots, le chiffre d'affaires moyen ci-dessus indiqué doit au moins être égal au montant de sa proposition financière cumulée ».

Considérant que la requérante estime que les capacités financières exigées sont excessives et ne se justifient pas par rapport aux caractéristiques du marché ;

Considérant que la détermination du chiffre d'affaires des candidats doit s'apprécier de manière proportionnelle au regard du montant du marché ;

Qu'en effet, le chiffre d'affaires minimal que l'autorité contractante peut exiger des candidats doit être en rapport avec les caractéristiques du marché, c'est-à-dire être en rapport avec les capacités nécessaires à la bonne exécution du marché en cause ;

Que la fixation du montant du chiffre d'affaires annuel à moins égal au montant de la soumission n'est pas disproportionnée au regard des caractéristiques du marché.

En conséquence,

DECIDE

1. Déclare recevable le recours de la société TRANSFOPAM ;
2. Déboute la société TRANSFOPAM pour recours mal fondé ;
3. Ordonne la poursuite de la procédure d'Appel d'Offres en cause ;
4. Dit que le Secrétaire Exécutif est chargé de notifier à la société TRANSFOPAM, à la Direction des finances et du matériel du Ministère de l'Education Nationale et à la Direction Générale des Marchés Publics et des Délégations de Service Public, la présente décision qui sera publiée ;

Bamako, le

Le Président,

Dr Allassane BA
Administrateur Civil