

**DECISION N° 018/2024/ARCOP/CRD DU 21 FEVRIER 2024
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE WADE
TECHNOLOGY COMPANY CONTESTANT UN CRITERE DE QUALIFICATION
CONTENU DANS LE DOSSIER D'APPEL D'OFFRES N° 78/2023 AYANT POUR
OBJET L'ACQUISITION DE TRANSFORMATEURS DE COURANT ET
TRANSFORMATEURS DE POTENTIEL POUR LA SECURISATION DES
SYSTEMES DE COMPTAGE, LANCE PAR SENELEC**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES,**

VU la loi n° 2022-07 du 19 avril 2022, modifiant la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration modifiée ;

VU le décret n° 2023-832 du 5 avril 2023 fixant les règles d'organisation et de fonctionnement de l'Autorité de Régulation de la Commande publique (ARCOP), notamment en ses articles 20 et 21 ;

VU le décret n° 2022-2295 du 28 décembre 2022 portant Code des Marchés Publics (CMP) ;

VU le décret n° 2023-833 du 28 décembre 2023 portant nomination des membres du Conseil de Régulation de l'ARCOP ;

VU la décision n° 0005/ARMP/CRMP portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

VU la résolution n° 0002 portant désignation des membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARCOP ;

VU le recours de la société Wade Technology Company (WTC) reçu le 15 janvier 2024;

Vu la quittance de consignation N° 100012024000191 du 15 janvier 2024 ;

Madame Khadijetou Dia LY, entendue en son rapport ;

En présence de monsieur Mamadou DIA, Président, messieurs Alioune NDIAYE, Moundiaye CISSÉ et Mbareck DIOP, membres du CRD;

De monsieur Saër NIANG, Directeur général de l'ARCOP, secrétaire rapporteur du CRD, assisté de ses collaborateurs, observateurs;

Après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation ;

**AUTORITÉ DE RÉGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

ÉQUITÉ - TRANSPARENCE - IMPARTIALITÉ

Adopte la présente décision :

Par courrier reçu le 15 janvier 2024 et enregistré sous le numéro 0177, la société Wade Trading Company (WTC) a introduit un recours pour demander l'annulation du critère de qualification relatif à l'exigence de marché similaire contenu dans le dossier d'appel d'offres portant acquisition de transformateurs de courant (TC) et transformateurs de Potentiel (TP).

LES FAITS

Suite à la parution dans le journal « Le Soleil » du 29 décembre 2023, de l'avis d'appel d'offres n°78/2023 portant sur l'acquisition de TC TP pour la sécurisation des systèmes de comptage, lancé par la SENELEC, la société Wade Technology Company (WTC) a introduit un recours gracieux par lettre du 04 janvier 2024 pour demander l'annulation du critère portant sur l'exigence, au cours des cinq dernières années, de la réalisation par les candidats de l'exécution d'un marché similaire.

Non satisfait de la réponse de l'autorité contractante reçue le 10 janvier 2024, le requérant a porté le contentieux devant le CRD par lettre du 15 janvier 2024.

Par décision n° 005/2024/ARCOP//CRD/SUS du 24 janvier 2024, le CRD, après avoir déclaré le recours recevable, a ordonné la suspension de la procédure.

Par courriers reçus respectivement le 06 février et le 19 février 2024, Senelec a transmis les documents demandés.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de son recours, la société WTC dénonce le caractère discriminatoire du critère relatif à la capacité technique qui exige que le soumissionnaire prouve, document à l'appui, avoir exécuté un marché similaire pour un volume supérieur ou égal à 500 pièces de TC TP durant les années 2018, 2019, 2020, 2021, 2022.

Le requérant bien qu'admettant que les acheteurs publics sont en droit de requérir des candidats aux marchés publics toutes justifications concernant notamment leur situation juridique, les moyens matériels, humains et financiers dont ils disposent de même que l'expérience acquise dans la réalisation d'activité analogues à celles faisant l'objet du marché, il souligne cependant en invoquant l'article 27 du COA que ces exigences ne doivent pas constituer des entraves aux principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

Il ajoute que l'exigence d'un marché similaire pour un volume supérieur ou égal à 500 pièces de TC TP est d'autant plus discriminatoire qu'elle exclut de facto un nombre de candidats susceptibles de présenter des offres techniquement valables et financièrement acceptables mais qui n'ont pas pu réaliser de marchés similaires, notamment les PME mais aussi les entreprises nouvellement créées.

ARCOP SÉNÉGAL

Rue Alpha Hachamiyou TALL X Rue Kléber - BP : 11 303 Dakar Peytavin (Sénégal)
Tél : +221 33 889 11 60 - Numéro vert : 800 00 81 81 - Courriel : arcop@arcop.sn
ISO 9001 : 2015 N°. AFR 21.00047 FR
www.arcop.sn

**AUTORITÉ DE RÉGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

ÉQUITÉ - TRANSPARENCE - IMPARTIALITÉ

Il déclare qu'il est de la responsabilité de l'autorité contractante de prévoir dans le DAO des critères de qualification compatibles avec la nature la consistance et complexité des prestations projetées et en même temps accessibles à un nombre de candidat suffisant pour assurer une concurrence saine et transparente dans le respect des objectifs de qualité et d'efficacité assignés à la commande publique. Il fait observer que dans le cas d'espèce, il s'agit d'un marché de fourniture pour lequel le service après-vente n'est pas requis et que le DAO ne mentionne nulle part que le candidat doit procéder à une quelconque installation ou pose nécessitant une certaine expérience pouvant justifier l'exigence de l'exécution d'un marché similaire comme requis dans le DAO.

C'est pourquoi il sollicite du CRD l'annulation de ce critère.

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

L'autorité contractante informe que le critère de qualification contesté se justifie par le caractère spécifique des fournitures à acquérir.

Elle soutient que les TC TP qui sont des réducteurs de courant et de potentiel font partie intégrante du système de comptage. Ils permettent la transformation du courant fort en courant faible pour que ce soit acceptable par les compteurs. Elle fait observer qu'ils sont utilisés pour le comptage de l'énergie des clients industriels qui représente 55 % du chiffres d'affaires de SENELEC.

C'est pourquoi de l'avis de cette dernière, il est essentiel que le soumissionnaire puisse justifier de la réalisation d'un marché similaire.

L'autorité contractante informe qu'il est de sa responsabilité de garantir la qualité des équipements posés et assurer le service après-vente à ses clients industriels.

Senelec affirme que ce matériel sera confronté dans le temps à de très fortes fluctuations des paramètres de charges, de température et de conditions atmosphériques.

Fort de cela, SENELEC estime que le critère de qualification contesté par le requérant n'est pas discriminatoire eu égard à la sensibilité et à l'importance du matériel à acquérir.

Selon l'autorité contractante, l'exigence de l'exécution à la satisfaction d'un client d'un marché similaire durant les cinq dernières années permet de s'assurer que le matériel fourni a été parfaitement éprouvé sur des installations électriques, d'autant plus qu'aucune clause d'homologation du matériel ou de garantie post réception n'a été exigée au fournisseur.

Pour terminer l'autorité contractante invoque des expériences difficiles vécues avec des attributions de marchés antérieures ayant engendré des conséquences négatives sur l'exécution desdits marchés.

**AUTORITÉ DE RÉGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

ÉQUITÉ - TRANSPARENCE - IMPARTIALITÉ

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte de la saisine et des faits qui la sous tendent que le litige porte sur le supposé caractère discriminatoire du critère de qualification relatif à l'exigence de l'exécution pour les soumissionnaires d'un marché similaire durant les 5 dernières années.

AU FOND

Considérant qu'il résulte de l'avis d'appel d'offres, que la SENELEC a lancé un marché relatif à la fourniture de transformateurs de courant et transformateurs de potentiel pour la sécurisation des systèmes de comptage ;

Qu'il ressort des critères de qualification contenu dans ledit avis publié dans le journal le Soleil du 29 décembre 2023, qu'il est notamment requis en termes de capacités techniques, l'exigence pour le soumissionnaire de prouver document à l'appui d'avoir exécuté un marché similaire pour un volume supérieur ou égal à 500 pièces de TC TP durant les années 2018, 2019, 2020, 2021, 2022 en joignant les attestations de bonne exécution signées.

Considérant que WTC conteste ce critère, estimant qu'il est discriminatoire dans la mesure où il s'agit d'un marché de fournitures sans services connexes ni service après- vente requis et s'il est maintenu limiterait l'accès audit marché à certains soumissionnaires ;

Considérant que l'article 27 du COA dispose que 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, toutes justifications concernant notamment :

- Leur situation juridique y compris leur capacité de contracter et de poursuivre leurs activités ;
- Les moyens matériels, humains et financiers dont ils disposent ;
- L'expérience acquise dans la réalisation d'activités analogues à celles faisant l'objet du marché ;

Considérant que dans le même ordre d'idées, l'article 44 du CMP prévoit que sous réserve du respect de ses droits en matière de protection de la propriété intellectuelle ou industrielle et de la confidentialité des informations concernant ses activités, tout candidat à un marché public doit justifier qu'il dispose des capacités juridiques, techniques, et financières requises pour exécuter le marché en présentant tous documents et attestations appropriés énumérés dans le dossier d'appel à la concurrence ;

Considérant toutefois que lorsqu'il s'agit de marché de fournitures, le dossier type a prévu à la clause IC 5 des « Données Particulières de l'Appel d'Offres » (DPAO), le critère « capacité technique et expérience », en ces termes :

ARCOP SÉNÉGAL

**AUTORITÉ DE RÉGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

ÉQUITÉ - TRANSPARENCE - IMPARTIALITÉ

« Le Candidat doit prouver, documentation à l'appui, qu'il satisfait aux exigences d'expérience ci-après : [insérer la liste des exigences en précisant la nature des documents justificatifs requis ce type d'exigence, portant par exemple sur l'existence d'un certain nombre de marchés similaires exécutés par le candidat au cours d'un nombre d'années donné, sera notamment justifié lorsque le marché nécessitera la mise en œuvre d'une logistique de distribution ou de service après-vente complexe ; cependant il conviendra de prendre garde à ne pas formuler des exigences excessivement restrictives, au détriment de candidats locaux qui seraient par ailleurs qualifiés pour assurer les services de distribution et de service après-vente requis » ; à cet effet, on pourra indiquer que la similarité des marchés sera définie d'une manière adaptée et portera sur la complexité des services de distribution et de service après-vente plutôt que sur la nature spécifique des fournitures ;

Considérant que le dossier d'appel d'offres litigieux porte sur un marché de fournitures de TP et TP sans service connexe requis ni service après vente à assurer de la part des soumissionnaires, encore moins d'une logistique de distribution ;

Qu'il résulte de ce qui précède qu'en l'absence de services connexes, de services après-vente et de logistique de distribution requis pour l'exécution de ce marché, il n'y a pas lieu en référence à l'IC 5 des dossiers types « fournitures » de requérir des soumissionnaires la preuve de l'exécution d'un marché similaire ;

Que le recours ayant prospéré, il y a lieu de lever la suspension et d'ordonner l'annulation du critère portant sur l'expérience spécifique et de relancer la procédure de passation du marché ;

PAR CES MOTIFS :

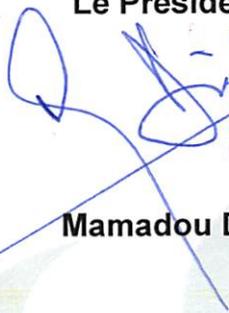
- 1) Constate que SENELEC a prévu dans son DAO, au titre de l'expérience spécifique, un marché similaire portant sur un volume supérieur ou égal à 500 pièces de TC TP durant les années 2018, 2019, 2020, 2021, 2022 ;
- 2) Constate que WTC demande le retrait de ce critère qu'elle juge discriminatoire ;
- 3) Constate que l'IC 5 du dossier type fournitures prévoit l'exigence d'un marché similaire que pour les marchés de fournitures avec des services connexes ou services après-vente à exécuter par le soumissionnaire pour permettre à l'autorité contractante de s'assurer de la capacité technique du futur titulaire à exécuter le marché ;
- 4) Constate que le marché lancé par SENELEC concerne un marché de fournitures de transformateurs de courant et transformateurs de potentiel sans services connexes à exécuter par le futur titulaire ;
- 5) Dit qu'en référence à l'IC 5 du dossier type « fournitures », l'exigence d'un marché similaire dans le cas d'espèce n'est pas requise ;

**AUTORITÉ DE RÉGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

ÉQUITÉ - TRANSPARENCE - IMPARTIALITÉ

- 6) Dit que le recours du requérant est fondé ;
- 7) Ordonne en conséquence la levée de la suspension de la procédure et l'annulation du critère portant sur l'expérience spécifique ;
- 8) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique est chargé de notifier à la société Wade Trading Company, à SENELEC, ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics

Le Président



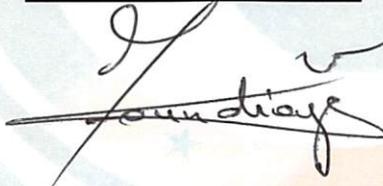
Mamadou DIA



Les membres du CRD



Alioune NDIAYE



Moundiaïe CISSE



Mbareck DIOP

**Le Directeur général,
Rapporteur**



Saer NIANG

ARCOP SÉNÉGAL