

**DECISION N°048/11/ARMP/CRD DU 20 AVRIL 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA DENONCIATION INTRODUITE PAR LE COLLECTIF
DES ENTREPRENEURS DE L'ENVIRONNEMENT RELATIVE A L'APPEL D'OFFRES
AVEC PREQUALIFICATION DU MARCHÉ DE COLLECTE ET DE TRANSPORT DES
DECHETS MENAGERS ET ASSIMILES ET LE NETTOIEMENT DES RUES DE LA
REGION DE DAKAR LANCE PAR L'ENTENTE CADAK-CAR.**

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

Vu l'article 30 du 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 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 21 mars 2011 du Collectif des Entrepreneurs de l'Environnement ;

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

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, de MM. Ndiacé DIOP et Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends ;

De MM Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, de Monsieur René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics, délégations de service public et contrats de partenariat, 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 21 mars 2011, enregistrée le 22 mars 2011 sous le numéro 183/11 au Secrétariat du CRD, le Collectif des Entrepreneurs de l'Environnement a introduit un recours auprès du CRD pour dénoncer les critères d'évaluation contenus dans le Dossier de préqualification portant sur le marché de collecte et de transport des déchets ménagers et assimilés et le nettoyage des rues de la Région de Dakar.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant que par lettre mémoire en date du 21 mars 2011, reçue le même jour, adressée au Directeur général de l'ARMP, le Collectif des Entrepreneurs de l'Environnement a dénoncé les clauses jugées discriminatoires contenues dans le dossier de préqualification relatif au marché de collecte et de transport des déchets ménagers et assimilés et le nettoyage des rues de la Région de Dakar ;

Considérant que le Directeur général a saisi le Président de ladite dénonciation qui a été enregistrée le 22 mars 2011 sous le numéro 183/11 au Secrétariat du CRD ;

Considérant qu'aux termes de l'article 20 du décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP), le CRD est chargé de recevoir les dénonciations des irrégularités constatées par les parties intéressées ou celles connues de toute autre personne avant, pendant et après la passation ou l'exécution des marchés publics et délégations de service public ;

Que si ces faits caractérisent des violations de la réglementation relative à la passation des marchés publics, le Président du Comité saisit, soit la Commission Litiges, soit le Comité en formation disciplinaire, selon le cas ;

Qu'aux termes des dispositions combinées des articles 87 du décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics modifié et 21 du décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP, les décisions du CRD ont pour effet soit de corriger la violation alléguée, soit d'empêcher que d'autres dommages soient causés aux intérêts concernés ;

Considérant qu'en application des dispositions précitées, le CRD a ordonné la suspension du marché par décision n°034/11/ARMP/CRD du 24 mars 2011 ;

Que la dénonciation n'étant soumise à aucun délai, il convient de déclarer le Président du CRD recevable en sa saisine ;

LES FAITS

Dans le cadre de l'attribution des concessions de collecte, de transport des déchets ménagers et assimilés et le nettoyage des rues de la Région de Dakar, l'Entente CADAK-CAR, association mise en place par la communauté des agglomérations de Dakar et Rufisque chargée de la mise en œuvre de cette mission, a lancé un avis d'appel d'offres avec préqualification en huit (8) lots séparés dans les journaux suivants :

- Wal fadjri du 28 janvier 2011 suivi d'un avis rectificatif en date du 30 janvier 2011 précisant la date d'ouverture des plis au 7 mars 2011 en lieu et place du 7 mai 2011) ;
- Sud Quotidien du 31 janvier 2011 ;
- Sud Quotidien du 31 janvier 2011 suivi d'un avis rectificatif du 3 mars 2011 reportant l'ouverture des plis au 23 mars 2011 ;
- Soleil du 31 janvier 2011 suivi d'un avis rectificatif du 3 mars 2011 ;
- La Gazette du 3 février 2011 ;

Par lettre en date du 21 mars 2011, le Collectif des entrepreneurs de l'Environnement composé des huit (8) sociétés suivantes : AFB, Entreprise Mame Ndack, Sitrams, Keur Khadim, EAD Suarl, Aawa Trans, Entreprise Mor Ndiaye, ADK, a introduit une dénonciation pour s'offusquer des critères jugés discriminatoires du dossier de préqualification du marché susvisé ;

SUR LES MOYENS DEVELOPPES PAR LE COLECTIF DES ENTREPRENEURS DE L'ENVIRONNEMENT

A l'appui de sa dénonciation, le Collectif des Entrepreneurs déclare que les critères contenus dans le dossier de préqualification sont discriminatoires :

- 1) Sur les critères d'ordre financier :

- Le chiffre d'affaires moyen des trois dernières années de cinq cent millions (500 000 000) de francs CFA par lot qui est requis est sans commune mesure avec le découpage en huit (8) lots de l'appel d'offres qui, selon les requérants, est obsolète si l'on se réfère à l'évolution démographique des différentes zones ;
- L'exigence d'une ligne de crédit de cent cinquante millions (150 000 000) de francs CFA par lot est impossible à remplir avant l'attribution définitive du marché au motif que la banque ne s'engage que sur la base d'un contrat signé ;

2) Sur la limitation du groupement :

La limitation à trois (3) du nombre d'entreprises qui souhaitent aller en groupement écarte la plupart des concessionnaires qui évoluent actuellement dans le secteur ;

3) Sur les moyens matériels et humains :

- Les moyens matériels requis sont exagérés, notamment la mise à disposition par les candidats de camions âgés de moins de sept (7) ans alors que les concessionnaires qui évoluent actuellement dans le secteur disposent d'un parc de plus de deux cent (200) camions dont l'âge moyen actuel dépasse dix (10) ans ; en outre, les concessionnaires ont récemment étoffé leur parc roulant suite à des recommandations de la CADAK-CAR datées du 27 décembre 2010 ;
- Les moyens humains demandés portant sur la mise à disposition d'un Ingénieur technologue en génie civil ou urbain, de deux assistants techniques ayant le niveau du DUT en génie civil ou urbain, d'un responsable logistique et d'un Chef de service maintenance sont très exigeants ;

En conclusion, le Collectif des Entrepreneurs soutient que les moyens techniques, matériels et financiers fixés n'ont pas tenu compte de la dimension de chaque lot, ce qui laisse présager que l'objectif visé par l'Entente CADAK-CAR est d'exclure les entreprises concessionnaires sans prendre en compte le « lourd investissement en moyens matériels et humains déjà fait ainsi que la longue expérience de plus de vingt ans passée dans la gestion des déchets ; la conséquence d'une pareille mesure va entraîner une perte d'environ mille cinq cent (1500) emplois dans le secteur.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

Par courrier en date du 29 mars 2011, la CADAK-CAR soutient d'une part que le découpage en huit (8) zones correspond aux contours du découpage administratif tout en tenant compte des spécificités urbaines, d'autre part, elle obéit à la nécessité de disposer de lots viables et financièrement intéressants :

Sur les autres moyens développés par le Collectif, la CADAK-CAR déclare :

1) Par rapport aux critères financiers :

- Le chiffre d'affaires annuel moyen des trois dernières années (500 000 000) exigé sur chaque lot du marché a été fixé à une fois le montant du chiffre d'affaires annuel estimé pour le lot qui est financièrement le plus faible ; ce montant est inférieur aux indications figurant dans le dossier type de préqualification qui limite ledit montant à 1,5 fois le chiffre d'affaires annuel estimatif ;
- Le montant de la ligne de crédit (150 000 000 F CFA) exigé sur chaque lot correspond aux besoins minimums de trésorerie pendant trois mois, période habituellement nécessaire pour la certification des services faits et le règlement des factures ;

2) Par rapport à la limitation du groupement :

Dans chaque lot du marché susnommé, il a été érigé un maximum de quinze (15) circuits de collecte pour promouvoir la libre concurrence des vingt trois entreprises présentes dans le dispositif actuel et éviter des ententes illicites ;

3) Sur les moyens matériels et humains :

- Le diagnostic du système actuel a permis de se rendre compte de la vétusté des véhicules dont la plupart sont âgés de plus de vingt ans ; or l'objectif visé par ce marché est de permettre un renouvellement du parc sur une durée de cinq ans ;
- En ce qui concerne le personnel clé, l'expérience exigée a été limitée à deux ans pour accompagner la professionnalisation du secteur de gestion des déchets à travers l'amélioration de la performance des concessionnaires dans la prise en charge du service public et un encadrement efficace des deux cent (200) agents de nettoyage opérant sur chaque lot du marché ;

In fine, le dossier de préqualification a fait l'objet d'une revue de la DCMP et reçu un avis favorable de cette dernière.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte sur les critères jugés discriminatoires du dossier de préqualification relatif au marché de collecte et de transport des déchets ménagers et assimilés et le nettoyage des rues de la Région de Dakar et l'absence de communication par la commission des marchés, du procès verbal d'ouverture des plis.

AU FOND

Considérant qu'en référence aux dispositions combinées de l'article 10 du Code des Obligations de l'Administration modifié et 80.3 du Code des Marchés publics modifié, les conventions de délégations de services publics et les contrats de partenariat sont passés par appel d'offres ouvert avec pré qualification ou appel d'offres en deux étapes, en fonction de la complexité du projet, sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires spéciales contraires ;

Considérant qu'après avoir lancé un avis d'appel d'offres avec préqualification, la CADAK-CAR a fait paraître un avis rectificatif prorogeant la date d'ouverture des plis au 23 mars 2011, à 10 heures, dans ses locaux ;

Considérant que selon les dispositions de l'article 27 de la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'Administration modifié, les acheteurs publics peuvent requérir des candidats, dans le strict respect des principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats, des justifications concernant entre autres, les moyens matériels, humains et financiers dont ils disposent ;

Considérant qu'à ce propos, il appartient aux autorités contractantes de prévoir dans les dossiers d'appels à la concurrence, des critères de qualification compatibles avec la nature, la consistance et la complexité des prestations projetées et en même temps accessibles à un nombre de candidats suffisant pour assurer une concurrence saine et transparente, dans le respect des objectifs de qualité et d'efficacité assignés à la commande publique ;

1) Sur les moyens matériels et humains :

Considérant qu'à cet égard, les critères énoncés à la Partie B de la clause 14.1 des Instructions particulières aux candidats (IPC), prévoient la mise à disposition sur chaque lot du marché :

- a) de dix (10) camions bennes tasseuses et de trois (3) polybennes âgés de moins de sept (7) ans ;
- b) d'un (1) Directeur d'exploitation de niveau ingénieur technologue, en génie civil, urbain ou en environnement, de deux (2) assistants techniques de niveau DUT, d'un (1) responsable logistique et d'un (1) Chef de service maintenance, titulaires d'un DUT ou d'un BTS ;

Considérant qu'à cet égard, l'autorité contractante a déclaré avoir fixé à cinq (5) ans la durée d'exécution de chaque lot du marché pour permettre a) une contractualisation formelle entre le maître d'ouvrage et le concessionnaire pour sortir le secteur de l'informel dans lequel il est installé depuis des années, b) aux futurs titulaires des marchés d'avoir la possibilité de lever des fonds auprès des institutions financières sur une période garantissant l'amortissement de ses équipements et d'assurer à cette fin les investissements requis ;

Considérant que pour ce faire, l'autorité contractante a demandé la mise à disposition de dix (10) camions bennes tasseuses et de trois (3) polybennes pour assurer une bonne collecte sur les quinze (15) circuits de collecte érigé sur chaque lot, ce qui reviendrait à multiplier cette exigence en autant de lots sur lequel un candidat désire postuler ;

Considérant que l'autorité contractante n'a pas pris soin de moduler les moyens logistiques nécessaires en fonction de l'étendue et de la complexité des différents circuits de collecte ;

Que d'ailleurs, le cahier des charges n'impose pas au stade actuel de la procédure la possession de la logistique demandée, mais ouvre également pour le candidat la possibilité de pouvoir se procurer (en location ou crédit-bail, par un accord d'achat ou d'autres moyens commerciaux, ou dans le cadre d'un accord de sous-traitance approuvé), les matériels et équipements essentiels, en bon état de marche, et démontrer qu'ils seront utilisables au moment voulu dans le cadre du marché proposé, en référence aux dispositions de la clause 14.1 des Instructions générales aux candidats ;

Qu'à cet égard, l'exigence demandée en moyens logistiques revêt un caractère restrictif en ce que d'une part, l'étendue des moyens exigés n'a pas tenu compte de la configuration de chaque lot du marché, d'autre part, elle est en porte faux avec le décret n°2001-72 du 26 janvier 2001 qui autorise l'importation des véhicules à usage spéciaux autres que ceux spécialement conçus pour le transport de personnes ou de marchandises lorsque leur âge ne dépasse pas dix ans ;

Considérant que sur la mise à disposition du personnel clé, l'autorité contractante a exigé cumulativement une expérience professionnelle générale d'au moins cinq (5) ans avec une expérience similaire de deux (2) ans pour chaque expert ;

Considérant que pour garantir la crédibilité et la performance du système de nettoyage, il est nécessaire de se doter d'un personnel adéquat compte tenu des enjeux liés aux questions de salubrité et de santé publique qui pourraient découler de manquements lors de l'exécution des prestations ;

Considérant cependant qu'au lieu de mettre au niveau de chaque lot, le même dispositif humain, il est possible, pour des raisons d'économie, de moduler cette exigence en fonction du nombre de lots sur lequel les candidats veulent soumissionner ;

Qu'à titre d'exemple, l'autorité contractante pouvait exiger la mise à disposition d'un seul ingénieur lorsqu'on soumissionne sur deux lots du marché au lieu d'en avoir sur chaque lot du marché sus nommé ;

Considérant que cette exigence est de nature soit à restreindre la compétition au détriment des petites et moyennes entreprises qui évoluent actuellement dans le secteur, soit à les maintenir perpétuellement dans les activités de sous traitance ;

Qu'il ya lieu par conséquent de constater que les dispositions de l'article 21 de la Directive n°4/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans UEMOA exigeant des autorités contractantes qu'elles ne prennent aucune disposition discriminatoire publique dans la définition des capacités techniques requises, et celles des articles 16 et 21 de la loi d'orientation relative à la promotion et au développement des Petites et Moyennes Entreprises (PME) favorisant l'accès des PME aux marchés publics et aux outils de gestion et de management modernes, ont été violées;

2) Sur la limitation à trois du nombre d'entreprises désireuses de former un groupement :

Considérant que le Collectif reproche à la CADA-K-CAR d'avoir porté atteinte à la liberté d'accès aux marchés publics en limitant à trois le nombre d'entreprises admises à former un groupement ;

Considérant qu'en principe, les candidats à un groupement d'entreprises pour les besoins d'un appel d'offres avec pré-qualification ne devraient pas être soumis à des limites, quant à sa composition et au nombre de ses membres ;

Considérant toutefois que si un groupement d'entreprises doit comprendre un grand nombre de membres conjointement ou solidairement responsables de l'exécution du marché et qu'en cas de désistement ou de défaillance d'un ou de plusieurs membres clés, le risque d'une mauvaise coordination ou de défaillance dans l'exécution des prestations encouru par le Maître d'Ouvrage est accru ;

Considérant également que lorsqu'un groupement d'entreprises est conclu sur la base d'un grand nombre de candidats, cette situation peut engendrer une collusion afin d'établir des prix à des niveaux artificiels et non concurrentiels, privant l'autorité contractante des avantages d'une concurrence saine, libre et ouverte ;

Considérant qu'à cet égard, en limitant à trois le nombre d'entreprises désireuses de former un groupement, la CADAK- CAR s'est valablement conformée à la clause 20 des Instructions générales aux candidats qui lui offre cette possibilité tout en évitant des situations de non concurrence auxquelles elle pourrait être confrontée ;

3) Sur les moyens financiers :

Considérant que selon les dispositions combinées des clauses 10.1 et 12.1 des IPC, tout candidat devra prouver respectivement par lot, la réalisation d'un chiffre d'affaires annuel moyen de 500 millions pour les trois dernières années et démontrer qu'il peut se procurer ou a, à sa disposition, des liquidités, actifs non grevés, ligne de crédit et autres moyens financiers suffisants d'un montant de 150 millions de francs CFA pour faire face au besoin de trésorerie lié à chaque lot du marché ;

Considérant que selon les indications de la clause 10.1 des IPC du dossier standard de pré qualification, le chiffre d'affaires à exiger doit être compris entre 1,5 et 2 fois le montant du chiffre d'affaires annuel estimé pour le marché proposé calculé sur la base d'une projection linéaire du coût estimatif du Maître d'Ouvrage, y compris les provisions pour imprévus, pendant la durée du marché ;

Considérant que selon la CADAK-CAR, le montant de cinq cent millions de francs exigé par lot au titre du chiffre d'affaires moyen annuel des trois dernières années sur chaque lot a été fixé en tenant compte du montant estimatif du lot le plus faible sur le plan financier, soit $495\ 000\ 000 \times 1,5 = 742\ 500\ 000$ FCA ;

Qu'il y a lieu de relever que bien que le montant exigé en termes de chiffres d'affaires est en dessous du seuil exigé, l'autorité contractante aurait pu moduler cette exigence en fonction du nombre de lots sur lesquels un soumissionnaire souhaite se porter candidat ;

Considérant également que cette exigence ne tient pas compte du système actuel mis en place pour la collecte et la gestion des ordures, qui enlève la responsabilité du paiement de la main d'œuvre aux concessionnaires, ou du moins, à ceux évoluant dans les zones autres que Dakar Plateau et que, par conséquent, les concessionnaires locaux, dans le cadre de l'exécution des marchés de collecte actuellement en vigueur, ne peuvent remplir ce critère ; qu'au contraire, ce critère serait plutôt à l'avantage des entreprises non communautaires ;

Considérant que sur le critère relatif à la disponibilité d'une ligne de crédit de cent cinquante millions de francs sur chaque lot du marché, l'autorité contractante l'a établi de façon linéaire sans pour autant prendre en compte les dispositions de l'article 21 de la Directive n°4/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA et des articles 16 et 21 de la loi d'orientation relative à la promotion et au développement des Petites et Moyennes Entreprises (PME) favorisant l'accès des PME aux marchés publics et aux outils de gestion et de management modernes ;

4) Sur l'absence de transmission aux candidats du procès verbal d'ouverture des plis :

Considérant que selon les dispositions de l'article 67.4 du Code des Marchés publics modifié, la commission des marchés est tenue de transmettre à tous les candidats dès la fin des opérations d'ouverture des plis, toutes les informations consignées dans un procès verbal signé par les membres de la commission des marchés présents ;

Considérant que cette formalité n'a pas été satisfaite par la commission des marchés;

Que dès lors, elle n'a pas respecté les formalités de publicité prescrites à l'article 24 nouveau du Code des Obligations de l'Administration modifié, ce qui a pour conséquence la nullité de la procédure de passation ;

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la requête introduite par le Collectif ;
- 2) Constate que le critère sur les moyens en matériel exigés n'a pas tenu compte de la configuration de chaque lot et du décret n°2001-72 du 26 janvier 2001 relatif à l'importation des véhicules, cycles et cyclomoteurs usagés ;
- 3) Dit qu'il n'est pas pertinent de mettre au niveau de chaque lot, le même dispositif humain ; que tout au contraire, l'autorité contractante doit moduler, pour des raisons d'économie, cette exigence en fonction du nombre de lots auxquels les candidats veulent soumissionner ; qu'à cet égard,
- 4) Dit que l'exigence demandée en moyens logistiques et humain revêt un caractère excessif et est contraire aux dispositions des articles 21 de la Directive n°4/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'UEMOA et à la loi d'orientation relative à la promotion et au développement des Petites et Moyennes Entreprises (PME) ;
- 5) Dit qu'en limitant à trois le nombre d'entreprises désireuses de former un groupement, la CADAK- CAR s'est conformée à la clause 20 des Instructions générales aux candidats qui lui offre cette possibilité tout en évitant des situation de non concurrence auxquelles elle pourrait être confrontée ;
- 6) Dit que les montants exigés sur le critère du chiffre d'affaires et de la ligne de crédit peuvent être modulés pour prendre en charge les capacités de PME qui évoluent actuellement dans le système de collecte des ordures ;
- 7) Constate que la commission des marchés n'a pas transmis aux candidats le procès verbal d'ouverture des plis comme exigé à l'article 67.4 du Code des Marchés publics modifié ; à cet égard,
- 8) Dit que les formalités de publicité prescrites à l'article 24 nouveau du Code des Obligations de l'Administration modifié, n'ont pas été respectées ;
- 9) Constate la nullité de la procédure et la reprise du dossier de préqualification sur la base de critères non discriminatoires ;



Copie certifiée
conforme à l'original
le 02 MAI 2011

10) Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier au Collectif des concessionnaires, à la CADA CAR ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA