

**DECISION N°129/10/ARMP/CRD DU 15 SEPTEMBRE 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE PREBAT
DENONCANT LE CRITERE DE QUALIFICATION PORTANT SUR LA
REALISATION AU COURS DES TROIS DERNIERES ANNEES D'UN MARCHÉ DE
FOURNITURE DE POTEAUX BETON DE TAILLE SIMILAIRE JUGE
DISCRIMINATOIRE ET CONTENU DANS LE DOSSIER D'APPEL D'OFFRES
RELATIF A LA FOURNITURE DE SUPPORTS EN BETON ARME LANCE PAR
L'AGENCE SENEGALAISE D'ELECTRIFICATION RURALE (ASER).**

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

Vu le Code des obligations de l'administration modifié par la loi n° 2006-16 du 30 juin 2006, notamment en son article 30 ;

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 12 août 2010 de la société PREBAT enregistrée le 16 août 2010 sous le numéro 604/10 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends ;

Après avoir entendu le rapport de M. Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, rapporteur, présentant la requête du demandeur ;

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, de MM. Abd'El Kader N'DIAYE Mamadou DEME et Birahime SECK, membres du Comité de Règlement des Différends,

De Messieurs Youssouf SAKHO, Directeur Général de l'ARMP, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, Oumar SARR Conseiller juridique, et 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 12 août 2010 enregistrée le 16 août 2010 sous le numéro 604/10 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la société

PREBAT a introduit un recours auprès du CRD en contestation du critère de qualification jugé discriminatoire fixé dans le dossier d'appel d'offres sus nommé.

Suivant décision n° 107/10/ARMP/CRD du 18 août 2010, le CRD a prononcé la suspension de la procédure de passation du marché sus visé.

Par lettre en date du 23 août 2010, le Président du CRD a saisi le Directeur général de l'ASER pour transmission du dossier d'appel d'offres ;

En réponse par courrier en date du **26 août 2010, reçu le 13 septembre 2010** sous le numéro 681/10 au Secrétariat du CRD, l'ASER a transmis les éléments suivants :

- le dossier d'appel d'offres ;
- le plan de passation des marchés actualisé ;
- une copie de l'avis d'appel d'offres publié dans le journal « Le Soleil » du 11 août 2010.

SUR LA RECEVABILITE:

Considérant que l'avis relatif à l'appel d'offres litigieux n° 02/2010/ASER-ETAT portant sur la fourniture de supports en béton armé a été publié dans le journal « Le Soleil » des 11 et 12 août 2010 ;

Que par courrier en date du 12 août 2010, reçu le 16 août 2010, la société PREBAT a saisi le CRD pour contester une clause du Dossier d'Appel d'Offres (DAO) ;

Considérant que, conformément aux dispositions des articles 86 et 87 du Code des marchés publics, le recours de la société PREBAT est intervenu dans les cinq (5) jours à compter de la publication de l'avis d'appel d'offres, donc dans le délai de recours gracieux, invoquant la violation de la réglementation des marchés publics en ce que la disposition du DAO relative à l'expérience du candidat est discriminatoire ;

Que le recours ayant été introduit conformément aux dispositions visées ci-dessus, il convient de le déclarer recevable ;

LES FAITS :

L'Agence sénégalaise d'Electrification rurale (ASER) a fait publier dans le journal « Le Soleil » des 11 et 12 août 2010, un avis d'appel d'offres relatif à la fourniture de supports en béton armé pour l'électrification rurale dans différentes régions du pays.

Après acquisition du DAO, la société PREBAT constate que le dossier d'appel d'offres comporte, au titre des critères de qualification, l'exigence « d'avoir réalisé au cours des trois dernières années (2007-2008-2009), un marché de poteaux béton de taille similaire » qu'il juge discriminatoire et a saisi le CRD en contestation de ladite clause.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de son recours, le requérant expose que le critère de qualification qui requiert des candidats « d'avoir réalisé au cours des trois dernières années (2007-2008-2009), un marché de poteaux béton de taille similaire » l'empêche d'avoir

accès au marché, bien que les prestations demandées soient de son domaine d'activité ;

Selon lui, la fabrication de béton préfabriqué, de planchers préfabriqués et de poteaux électriques demeurent les activités essentielles de l'entreprise ;
D'ailleurs, la société a produit et commercialisé quelques dix mille (10 000) poteaux électriques entre 1997 et 2007.

Toutefois, depuis 2007, elle éprouve toutes les difficultés à remporter des marchés à cause des critères orientés inscrites dans les dossiers d'appel d'offres privilégiant une société concurrente, notamment la SBM, dont les produits ne sont pas conformes et coûtent plus chers.

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE :

Saisie par lettre n° 000211 ARMP/CRD/PR/CJ du 23 août 2010 du Président du CRD, l'autorité contractante a, par courrier n° 010 -564/MB/db du 26 août 2010 reçu le 13 septembre 2010, fait parvenir au CRD les éléments du dossier tout en déclarant que « le critère de qualification « avoir réalisé au cours des trois dernières années (2007-2008-2009) qui a fait l'objet du recours de PREBAT n'a aucun caractère discriminatoire ».

OBJET DU LITIGE :

Il résulte des moyens et éléments présentés par les parties que le litige porte sur la question de savoir si le critère de qualification fixé par l'autorité contractante pour l'attribution du marché et relatif à la réalisation par les candidats au cours des trois dernières années (2007-2008-2009), d'un marché de fourniture de supports en béton armé de taille similaire », est discriminatoire.

AU FOND :

Considérant qu'il résulte de l'avis d'appel d'offres que l'ASER a mis en concurrence un marché relatif à la fourniture de supports en béton armé en prévision de l'électrification rurale dans plusieurs régions ;

Considérant qu'il ressort des critères de qualification de la clause 5.1 des Données particulières de l'Appel d'offres, l'exigence pour les candidats « d'avoir réalisé au cours des trois dernières années (2007-2008-2009), un marché de poteaux béton de taille similaire » ;

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 par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006, 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 :

- 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 celle faisant l'objet du marché ;

- l'absence de disqualification ou condamnation du candidat ou de ses dirigeants liées à la passation ou à l'exécution de marchés publics ou à leur activité professionnelle ;
- la régularité de leur situation vis-à-vis de l'administration fiscale ou des organismes de protection sociale ;

Considérant également 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 l'Union économique et monétaire Ouest Africaine (UEMOA) exigent des autorités contractantes qu'elles ne prennent aucune disposition discriminatoire publique dans la définition des capacités techniques requises, notamment celle visant à faire obstacle à l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique ;

Considérant que les effets de la conjoncture économique et financière nationale et internationale difficile ont été ressentis depuis près de trois (3) ans par les entreprises du secteur privé, plus particulièrement les Petites et Moyennes Entreprises (PME), qui de ce fait, sont confrontées à une crise sans précédent dont les répercussions sont perceptibles sur l'ensemble des segments de l'économie ;

Considérant que cette situation a eu comme corollaire un endettement des entreprises envers les institutions sociales et fiscales et une diminution de leurs activités qui a fini de compromettre leur éligibilité aux marchés publics en raison de l'impossibilité d'obtenir les pièces administratives exigées (Quitus fiscal, attestations IPRES et Caisse de Sécurité Sociale) ou de satisfaire à certains critères comme l'expérience similaire ou la réalisation d'un chiffre d'affaires sur une courte période précédant l'avis d'appel à concurrence ;

Que de ce fait, un grand nombre de candidats potentiels aux marchés publics se trouvent actuellement dans l'impossibilité de soumissionner aux appels d'offres, ce qui restreint le champ de la concurrence et a tendance à compromettre les objectifs fondamentaux de la réforme du système national des marchés publics ;

Considérant qu'à ce propos, il relève de la responsabilité des autorités contractantes de prévoir dans les dossiers d'appels d'offres, 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 ;

Considérant qu'à cet égard, la clause litigieuse invitant les candidats à prouver un chiffre d'affaires et une référence sur les trois (3) dernières années a pu avoir pour conséquence de restreindre la concurrence en excluant d'office un grand nombre d'entreprises qui, bien que dotées des capacités techniques nécessaires et d'une expérience acceptable, n'ont pu développer assez d'activités, donc bénéficier de marchés publics durant les trois dernières années ;

Qu'il s'en suit que la clause incriminée constitue un obstacle à la participation des PME aux règles de mise en concurrence des marchés publics, en référence aux dispositions combinées 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 27 du Code des Obligations de l'Administration modifié, qu'il est possible de corriger en dans des conditions susceptibles d'élargir le champ de la concurrence ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Déclare recevable le recours introduit par la société PREBAT ;
- 2) Dit qu'en exigeant des candidats la réalisation d'un marché similaire sur les trois (3) dernières années (2007-2008-2009), l'ASER a enfreint les règles de mise en concurrence des candidats consacrées par les dispositions combinées 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 27 du Code des obligations de l'Administration modifié ; à cet égard,
- 3) Dit que le critère litigieux fait obstacle à l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique ; en conséquence,
- 4) Ordonne la correction de la clause 5.1 des Données particulières de l'Appel d'offres exigeant des candidats « d'avoir réalisé au cours des trois dernières années (2007-2008-2009), un marché de poteaux béton de taille similaire » ;
- 5) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société PREBAT, à l'Agence sénégalaise d'Electrification rurale (ASER) ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP