

**DECISION N° 057/2022/ARMP/CRD/DEF DU 15 JUIN 2022
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD) STATUANT
EN COMMISSION LITIGES, SUR LE RECOURS DES ETABLISSEMENTS GASSANE
WATU CONTESTANT L'ATTRIBUTION PROVISoire DE L'APPEL D'OFFRES (AOO-
S- 39 /2022/ CHNDJ) RELATIF A LA RESTAURATION DU PERSONNEL DE GARDE
ET DES PENSIONNAIRES DU CENTRE HOSPITALIER NATIONAL DALAL JAMM**

**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° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP), notamment en ses articles 20 et 21 ;

VU le décret n° 2014-1212 du 22 septembre 2014 portant Code des Marchés publics, modifié ;

VU le décret n° 2020-969 du 20 avril 2020 portant nomination des membres du Conseil de Régulation de l'ARMP ;

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

VU la résolution n° 09-12 du 13 décembre 2012 instituant le versement d'une consignation pour la saisine du Comité de Règlement des Différends ;

VU la résolution n° 07-20 du 28 avril 2020 portant nomination des membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP

VU le recours du directeur des Ets GASSANE WATU reçu le 24 mai 2022 ;

VU la quittance de consignation n° 100012022002144 du 23 mai 2022 ;

Madame Mame Aïssatou Dieng TRAORE, Coordonnatrice de l'Instruction des Recours ;

En présence de monsieur Mamadou DIA, Président, de madame Aïssé Gassama TALL, messieurs Moundiaye CISSE et Mbareck DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

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

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

Adopte la présente décision fondée sur la recevabilité des recours :

Par lettre reçue le 24 mai 2022 au bureau du courrier de l'ARMP, le directeur des Ets GASSANE WATU a saisi le Comité de Règlement des Différends (CRD) pour contester l'attribution provisoire de l'appel d'offres (AOO-S-39/2022/CHNDJ) relatif à la restauration du personnel de garde et des pensionnaires du Centre hospitalier national Dalal Jamm (CHNDJ).

LES FAITS

Le CHNDJ a reçu du ministère de la Santé et de l'Action sociale, dans le cadre du budget général, des fonds, et envisage d'en utiliser une partie, afin d'effectuer des paiements au titre du marché relatif à la restauration de son personnel de garde et de ses pensionnaires.

Dans ce cadre, un avis d'appel d'offres est publié dans la parution du journal « Le Soleil » du 6 avril 2022.

La séance d'ouverture des cinq (05) offres reçues, tenue le 6 mai 2022 a dévoilé les propositions financières lues publiquement, présentées par les soumissionnaires suivants :

N°	Soumissionnaires	Montants
1	Etablissement Cathéring Expresso	petit déjeuner : 750 F CFA TTC déjeuner (plat chaud) : 1 500 F CFA TTC déjeuner (patients sous régime) : 1 500 F CFA TTC diner (plat chaud) : 2 500 F CFA TTC Total : 4 750 F CFA TTC
2	Délices du Campus	petit déjeuner : 600 F CFA HTVA déjeuner : 1 300 F CFA HTVA diner : 1 500 F CFA HTVA Total : 3 400 F CFA HTVA
3	Etablissement Gassane Watu	petit déjeuner : 500 F CFA TTC déjeuner : 1 300 F CFA TTC diner : 1 500 F CFA TTC goûter enfant : 700 F CFA TTC Total : 4 000 F CFATTC
4	Soudan Transit	petit déjeuner : 800 F CFA TTC déjeuner : 1 500 F CFA TTC diner : 1 500 F CFA TTC Total : 3 800 F CFATTC

PO03-EN07 - 01

5	Fanty Promo Invest	petit déjeuner : 700 F CFA HTVA déjeuner : 1 300 F CFA HTVA dîner : 1 300 F CFA HTVA goûter enfant : 400 F CFA HTVA Total : 3 700 F CFA HTVA
---	--------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Le comité d'analyse, institué à cet effet, a proposé, au terme de ses travaux d'évaluation, d'attribuer le marché à Délices du Campus pour un prix unitaire global de Trois Mille Quatre Cents (3 400) francs CFA HTVA réparti comme suit :

- petit déjeuner : 600 F CFA HTVA ;
- déjeuner : 1 300 F CFA HTVA ;
- dîner : 1 500 F CFA HTVA.

Ce choix a ensuite été successivement validé par la commission des marchés et par l'autorité contractante.

Publiée dans le journal « Le Soleil » du 13 mai 2022, cette décision est contestée par les Ets Gassane Watu par un recours contentieux adressé au CRD et reçu le 24 mai 2022, intervenu après son recours gracieux auprès de l'autorité contractante du 17 mai 2022, resté sans réponse.

Après examen de la demande, le CRD a ordonné la suspension de la procédure de passation par décision n°026/2022/ARMP/CRD/SUS du 27 mai 2022 et obtenu par lettre n°00001116/MSAS/CHNDJ/DIR/SAF du 1^{er} juin 2022 reçue le 08 juin 2022 la transmission des documents nécessaires à l'instruction du recours.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

Les arguments développés par le requérant s'appuient sur :

- le caractère plus compétitif de son offre qu'il déclare moins disante à l'ouverture des plis si la comparaison ne prend pas en compte la rubrique intitulée "goûters pour enfants" qui n'apparaît pas dans l'offre de l'attributaire. Pour rappel, les autres rubriques communes concernent le petit déjeuner, le déjeuner et le dîner ;
- le caractère incomplet de l'offre de l'attributaire provisoire : le requérant s'appuie ainsi sur ce manquement pour dénoncer le choix de la commission d'analyse qui s'est effectué sur une base inéquitable qui entache les principes de transparence et d'équité dans le traitement des candidats. Il constitue également, selon lui, une violation des dispositions du DAO qui considèrent cette rubrique comme partie intégrante de l'offre au même titre que les petits déjeuners, les déjeuners et les dîners. Pour le requérant, ces dispositions du DAO sont suffisamment claires pour empêcher toute possibilité d'interprétation, qui donnerait, à la présence de cette rubrique, dans l'offre des candidats, un caractère facultatif.

LES ARGUMENTS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

La justification du rejet de l'offre du requérant s'appuie sur la non satisfaction des critères de qualification suivants mentionnés dans la lettre de transmission de l'autorité contractante :

- la fourniture d'une ligne de crédit

Le CHNDJ informe que le requérant a fourni l'attestation de ligne de crédit requise dans le DAO après la publication de l'attribution provisoire.

- la réalisation d'un marché de nature et de taille similaire au cours des trois (3) dernières années (2019, 2020 et 2021) :

Les attestations présentées par le requérant pour justifier le respect de ce critère établissent une différence dans la taille des établissements publics de santé (EPS) qui les ont établies qu'elle juge moins importantes que celle d'un EPS de niveau 3. La différence réside également, selon l'autorité contractante, dans la taille de la population ciblée par les prestations. Celle visée dans l'attestation délivrée par l'hôpital de Diourbel concerne la restauration du personnel alors qu'il est question également de la restauration des pensionnaires. Concernant le coût du marché, l'attestation délivrée, au requérant par l'hôpital de Diourbel mentionne un montant de 65 millions de FCFA très en deçà du coût du marché litigieux qui est de 120 millions de FCFA.

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte de la saisine et des faits qui la sous-tendent que l'objet du litige porte sur i) la conformité de l'offre de l'attributaire provisoire et ii) le bien-fondé du rejet de l'offre du requérant pour non-respect des critères de qualification relatifs à l'expérience spécifique et à la ligne de crédit, spécifiées dans le dossier d'appel d'offres.

EXAMEN DU RECOURS

1) Sur la conformité de l'offre de l'attributaire provisoire

Considérant que, selon la clause 29 des Instructions aux candidats (IC) du dossier d'appel d'offres, « 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 substantielle. Les divergences ou omissions substantielles sont celles :

- qui limitent de manière substantielle la portée, la qualité ou les performances des fournitures et services connexes spécifiés dans le marché ; ou
- qui limitent, d'une manière substantielle et non conforme au dossier d'appel d'offres, les droits de l'autorité contractante ou les obligations du candidat au titre du marché ; ou
- dont l'acceptation serait préjudiciable aux autres candidats ayant présenté des offres conformes » ;

Considérant que le requérant conteste la décision d'attribution provisoire du marché au motif que celle-ci ne respecte pas les spécifications techniques du dossier d'appel d'offres prévues à la Section IV « programme d'activités » en choisissant une offre incomplète qui n'a pas pris en compte la rubrique intitulée « goûters pour enfants », conformément aux exigences du DAO ;

Considérant que l'instruction du dossier confirme cette allégation et constitue ainsi une violation des dispositions des spécifications techniques du DAO (page 82) qui stipulent que le service fondamental comprend les petits déjeuners, les déjeuners, les diners et les goûters pour enfants ; ces derniers étant destinés à la pédiatrie ;

Qu'il s'en infère que l'offre de l'attributaire n'est pas conforme aux spécifications techniques du DAO et n'obéit pas non plus aux principes de transparence et d'équité de traitement des candidats ;

En conséquence, la décision d'attribution du CHNDJ n'est pas justifiée ;

2) Sur le défaut de qualification du requérant :

Considérant que l'article 44 du Code des Marchés publics 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, financières et environnementales requises pour exécuter le marché, en présentant tous documents et attestations appropriés énumérés par le dossier d'appel à la concurrence ;

- sur l'expérience spécifique :

Qu'en application de cette disposition, le point 5.4 e) des données particulières de l'appel d'offres (DPAO) a exigé des candidats, entre autres, une expérience spécifique « avoir réalisé au cours des trois dernières années (2019, 2020 et 2021) au moins un marché de nature et de taille similaire ;

Considérant qu'il est reproché au requérant de n'avoir pas fourni, pour ce critère, une attestation de service fait délivrée par un établissement public de santé de niveau 3 et portant sur un marché de taille similaire à celle du au marché litigieux ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le requérant a cité, au titre de l'expérience spécifique, les trois marchés listés ci-dessous qu'il a réalisés avec à l'appui les attestations de service fait y afférentes :

- restauration des malades et du personnel de garde du Centre hospitalier Heinrich Lübke de Diourbel (petit déjeuner, déjeuner, uniquement pour le personnel garde, collation bloc et collation donneur de sang) pour un montant de soixante-cinq (65 000 000) FCFA TTC au titre de la gestion 2020 ;

- restauration pour le compte du ministère du Travail, du Dialogue social, des Organisations professionnelles et des Relations avec les Institutions pour un montant de quatorze millions neuf cent quatre-vingt-dix-neuf mille six cent quatre-vingt-huit (14 999 688) FCFA TTC au titre de la gestion 2020 ;
- restauration du personnel du Centre hospitalier Youssou Mbargane DIOP de Rufisque en 2021 ;

Considérant qu'il ressort de l'analyse que seul l'objet du marché réalisé au profit du centre hospitalier Heinrich Lübke de Diourbel présente une similitude avec celui du marché litigieux mais diffère sur la taille des marchés (65 millions FCFA contre 120 millions FCFA) ;

Considérant que ces indications sur la taille de l'établissement public de santé émetteur de l'attestation de service fait et la taille requise pour le marché similaire n'ont pas été mentionnées dans le DAO ;

Qu'en rejetant l'offre du requérant dans ces conditions, la décision de la commission des marchés n'est pas justifiée ;

En conséquence, le grief relatif à l'expérience spécifique n'est pas fondé ;

- sur la fourniture de la ligne de crédit requise

Considérant que le point 5.4 e) des DPAO requiert des candidats une ligne de crédit de vingt millions (20 000 000) FCFA TTC provenant d'une institution financière ;

Considérant que pour satisfaire cette exigence, le requérant a produit une ligne de crédit établie par la Bank of Africa le 11 mai 2022 ;

Considérant que le CHNDJ reproche au candidat d'avoir produit un document portant ligne de crédit requise le 16 mai 2022, postérieurement à la publication de l'attribution provisoire ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'il n'existe aucune preuve permettant de confirmer les allégations de l'autorité contractante concernant la date de réception de la ligne de crédit ;

Considérant que l'article 44 du Code des marchés publics prévoit que les documents prévus aux alinéas a) à f), et éventuellement h) et i), sont exigibles dans un délai au plus égal à celui imparti à l'autorité contractante pour prononcer l'attribution provisoire ;

Qu'en application de ces dispositions, la commission des marchés aurait dû demander au candidat de produire les documents manquants ou incomplets dans un délai précis avant de statuer définitivement sur la qualification du requérant ;

Que cependant, le requérant a spontanément produit la ligne de crédit requise ;

Considérant que ce document n'a pas été analysé alors que la commission des marchés avait l'obligation de statuer sur sa conformité avant le prononcé de l'attribution provisoire ;

Que ne l'ayant pas fait, l'éviction du requérant par la commission des marchés, sur ce point, n'est pas justifiée ;

En conséquence, il résulte de tout ce qui précède que le recours du requérant est fondé ;

Que le recours ayant prospéré, il y a lieu d'ordonner la reprise de l'évaluation des offres et la restitution de la consignation ;

PAR CES MOTIFS :

- 1) Constate que les spécifications techniques du DAO prévoient, entre autres, un service fondamental composé de petits déjeuners, déjeuners, diners et de goûters pour enfants ;
- 2) Constate que l'attributaire provisoire n'a pas prévu dans son offre les goûters pour enfants, conformément au DAO ;
- 3) Dit que la décision d'attribution provisoire n'est pas conforme aux spécifications techniques du DAO et n'obéit pas non plus aux principes de transparence et d'équité de traitement des candidats ;
- 4) Constate qu'il est exigé des candidats au moins un marché de nature et de taille similaire, au titre de l'expérience spécifique, sans aucun référentiel précis sur l'envergure du marché permettant d'apprécier la similarité relativement à la taille du marché et à la nature de l'organe émetteur de l'attestation de service fait ;
- 5) Constate qu'il est reproché au requérant de n'avoir pas fourni, pour ce critère, une attestation de service fait délivrée par un établissement public de santé de niveau 3 et portant sur un marché de taille similaire à celle du marché litigieux ;
- 6) Constate que ces critères nouveaux, à la base du rejet de l'offre du requérant, ne figurent pas dans le DAO ;
- 7) Dit que la décision de rejet de l'offre, dans ces conditions, n'est pas justifiée ;
- 8) Constate par ailleurs que le point 5.4 e) des DPAO requiert des candidats une ligne de crédit de vingt millions (20 000 000) FCFA TTC provenant d'une institution financière ;
- 9) Constate que la commission des marchés a prononcé l'attribution provisoire sans demander la communication du document portant ligne de crédit, en référence à l'article 44 du CMP ;
- 10) Dit que l'autorité aurait dû la réclamer avant l'attribution provisoire ;

- 11) Constate cependant que le requérant a spontanément transmis la pièce ;
- 12) Dit que celle-ci doit être examinée même si l'attribution provisoire est prononcée ;
- 13) Déclare en conséquence le recours fondé ;
- 14) Ordonne la reprise de l'évaluation des offres et la restitution de la consignation ;
- 15) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) est chargé de notifier, aux Ets Gassane Watu, au Centre hospitalier national Dalal Jamm, ainsi qu'à la Direction centrale des Marchés publics (DCMP), la présente décision qui sera publiée sur le site officiel des marchés publics.

Le Président

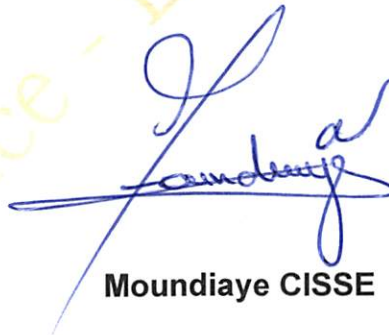


Mamadou DIA

Les membres du CRD



Aïssé Gassama TALL



Moundiaïe CISSE



Mbareck DIOP

**Le Directeur Général,
Rapporteur**

Saër NIANG

