



**DECISION N° 113/2022/ARMP/CRD/DEF DU 02 NOVEMBRE 2022
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE SOPRODEL
CONTESTANT UN CRITERE DE L'APPEL D'OFFRES NATIONAL EN PROCEDURE
D'URGENCE RELATIF A L'ACQUISITION DE TROUSSES VETERINAIRES POUR LES
ETUDIANTS SENEGALAIS BOURSIERS DE L'ECOLE INTER – ETATS DES
SCIENCES ET MEDECINE VETERINAIRES (EISMV), EN 2 LOTS, LANCE PAR LE
MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR, DE LA RECHERCHE ET DE
L'INNOVATION.**

**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 de la société SOPRODEL reçu le 28 septembre 2022 ;

VU la quittance de consignation n°100012022004068 du 28 Septembre 2022 ;

VU la décision de suspension n° 063/2022/ARMP/CRD/SUS du 05 Octobre 2022 ;

Madame Khadijetou Dia LY, entendue en son rapport ;

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) ;

PO03-EN07 – 01



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 :

Par lettre reçue le 28 septembre 2022 au bureau du courrier de l'ARMP et enregistrée au secrétariat du CRD sous le numéro 166/CRD, la société SOPRODEL a saisi le Comité de Règlement des Différends pour contester le caractère jugé discriminatoire d'une clause contenue dans l'avis d'appel d'offres du marché lancé par le Ministère de l'Enseignement Supérieur, de la Recherche et de l'Innovation (MESRI), pour l'acquisition de trousse vétérinaires pour les étudiants sénégalais boursiers de l'Ecole Inter-États des Sciences et Médecine Vétérinaires (EISMV).

LES FAITS

Le MESRI a obtenu du budget général (gestion 2022) des fonds pour effectuer des paiements au titre du marché relatif à l'acquisition de trousse vétérinaires pour les étudiants sénégalais boursiers de l'Ecole Inter-Etats des Sciences et Médecine vétérinaires (EISMV) de Dakar, réparti en deux (02) lots :

- Lot 1 : Fournitures de trousse vétérinaires pour la promotion 2021 ;
- Lot 2 : Fournitures de trousse vétérinaires pour la promotion 2022.

A cet effet, le MESRI a fait publier dans le journal « L'Observateur » du mardi 22 septembre 2022, l'avis d'appel d'offres pour solliciter, de la part des candidats éligibles et répondant aux qualifications requises, des offres sous plis fermés pour l'acquisition des fournitures susmentionnées.

Suite à la publication de l'avis d'appel d'offres, la société SOPRODEL a saisi l'autorité contractante pour contester le critère discriminatoire d'une clause contenue dans l'avis.

Suite au refus de l'autorité contractante de réceptionner le recours gracieux qui lui avait été adressé le 22 septembre 2022, le requérant a mandaté un huissier de justice pour déposer ledit recours que l'autorité contractante aurait refusé de réceptionner une seconde fois.

Un acte d'huissier consignait ce refus a été établi le 23 septembre 2022.

Par lettre recommandée du 26 septembre 2022, l'huissier de justice a notifié à l'autorité contractante que le recours gracieux de SOPRODEL a été déposé à la mairie de Diamniadio pour contester le caractère discriminatoire du dossier d'appel d'offres.

Le 28 septembre 2022, la société SOPRODEL a introduit un recours contentieux auprès du CRD.

Jugeant le recours recevable, le CRD a ordonné la suspension de la procédure de passation de l'appel d'offres, par décision n°063/2022/ARMP/CRD/SUS du 05 octobre 2022 et a saisi le MESRI pour l'inviter à transmettre les pièces nécessaires à l'instruction.

Par courrier enregistré le 20 octobre 2022 au bureau du courrier de l'ARMP, l'autorité contractante a transmis les documents demandés.

LES MOYENS A L'APPUI DU RECOURS

La société SOPRODEL soutient que l'avis d'appel d'offres N°F_DAGECAB -113 relatif à l'acquisition de trousse vétérinaires pour les étudiants sénégalais boursiers de l'EISMV, publié par le MESRI dans le journal « L'Observateur » du mardi 22 septembre 2022, contient une clause discriminatoire libellée ainsi qu'il suit : « *pas de résiliation du marché prononcée aux torts exclusifs du soumissionnaire ou de l'entreprise représentée au cours des cinq (05) dernières années (2017, 2018,2019,2020,2021).* »

Par ailleurs, elle signale que la commission des marchés du MESRI use toujours de tous les moyens pour faire gagner cet appel d'offres à la même entreprise, en l'occurrence SFM.

Elle déclare, en outre, que concernant la trousse de l'année 2020 dont elle a été attributaire, l'autorité contractante a résilié le contrat de manière abusive dans un contexte de COVID 19 sachant qu'elle a fourni les preuves que le matériel était en cours d'expédition, pour donner le marché à SFM qui avait l'offre la plus chère.

Elle ajoute que cette entreprise n'a finalement livré les fournitures objet dudit marché que quatre mois après.

Elle précise que :

- la trousse de 2019 a été réattribuée après un recours contre une décision d'attribution à SFM.
- la trousse 2017 a été attribuée à SFM.
- la trousse 2016 a été attribuée à SFM
- la trousse de 2015 a été réattribuée après un recours contre une attribution à SFM.

SOPRODEL estime que la clause rappelée plus haut est discriminatoire à son égard et la vise directement.

C'est pourquoi, elle sollicite l'intervention du CRD pour être rétablie dans ses droits.

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

En ce qui concerne le « refus de la réception du courrier transmis par l'huissier de justice », le MESRI soutient que, contrairement à ce qui a été rapporté dans la requête, l'huissier de justice s'est présenté dans le bureau du président de la Commission des marchés avec une lettre adressée au Ministre de l'Enseignement supérieur de la recherche et de l'Innovation et a exigé que le président de la commission réceptionne le courrier contre décharge.

Elle signale que le président de la commission s'est contenté d'informer le requérant que la réception d'un courrier adressé au ministre ne relève pas de ses prérogatives et que le requérant a été redirigé au bureau du courrier pour le dépôt de la correspondance conformément à la pratique administrative ; ce qu'il n'a pas fait.

Au sujet du grief portant sur la clause jugée discriminatoire, le MESRI soutient que ladite clause concerne la qualification des candidats et permet d'assurer à l'autorité contractante que le candidat attributaire sera apte à exécuter le marché dans le respect des délais contractuels.

En outre, le MESRI fait valoir que le marché portant sur l'acquisition de blouses pour les étudiants boursiers sénégalais, lancé chaque année, présente une sensibilité d'autant plus que les fournitures à acquérir sont un outil indispensable pour la formation des bénéficiaires.

Il rappelle qu'au cours de la gestion 2020, un marché similaire a été lancé et qu'un contrat immatriculé F2151/21 a été conclu avec SOPRODEL qui, finalement, n'a pas respecté le délai d'exécution de quarante-cinq (45) jours prévu dans le contrat, malgré les mises en demeure verbales puis écrites, servies et restées sans suite.

Ainsi devant le mutisme et l'inaction de SOPRODEL, le MESRI a entamé une procédure de résiliation conformément aux dispositions réglementaires ; c'est ce qui a abouti à la signature d'un contrat de substitution avec le second moins disant, à savoir la société SFM et a permis d'assurer la livraison des fournitures de 2020 à la date du jeudi 04 août 2022.

Par ailleurs, le MESRI souligne que la lenteur de la livraison des trousseaux de 2020, du fait de la défaillance de la société SOPRODEL, a occasionné un préjudice académique et clinique pour la promotion des étudiants de 2021.

Il soutient que pour éviter des situations similaires, préjudiciables à la stabilité des enseignements, des crédits supplémentaires sont désormais inscrits pour acquérir du matériel destiné aux promotions de 2021 et 2022.

Il ajoute que cette alternative a d'ailleurs fait l'objet d'une saisine de la DCMP pour passer le marché en procédure d'urgence.

Compte tenu du caractère pédagogique de ces équipements et de l'urgence académique qui s'y attache, le MESRI estime que la suspension du marché provoquerait un préjudice aux conséquences énormes, susceptibles d'impacter l'apprentissage clinique des étudiants bénéficiaires.

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte de la saisine et des faits qui la sous-tendent que le litige porte sur le caractère jugé discriminatoire d'une clause contenue dans l'avis d'appel d'offres du marché relatif à l'acquisition de trousse vétérinaires pour les étudiants sénégalais boursiers de l'École Inter-États des Sciences et Médecine vétérinaires, lancé par le MESRI.

L'EXAMEN DU LITIGE

Considérant qu'au titre de la capacité technique et de l'expérience, l'autorité contractante a exigé des soumissionnaires, au niveau de la section II des données particulières de l'appel d'offres « qu'ils ne fassent pas l'objet de résiliation de marché, prononcée à leurs torts ou de l'entreprise représentée, au cours des cinq (05) dernières années (2017, 2018, 2019, 2020, 2021) » ;

Considérant que SOPRODEL conteste ce critère qu'elle juge discriminatoire ;

Considérant que l'article 43 du Code des Marchés publics a listé, de manière limitative, les conditions dans lesquelles un candidat ne peut pas prendre part aux marchés publics et ce, quel que soit le mode de passation ;

Que ces conditions ont été intégralement reprises par l'autorité contractante au niveau de l'article 4.2 de la section I « instructions au candidats » du dossier d'appel d'offres ainsi qu'il suit :

« 4.2 Ne sont pas admises à concourir :

- a) Les personnes physiques en état de faillite personnelle ;
- b) Les personnes morales admises au régime de la liquidation des biens ;
- c) Les personnes physiques ou morales en état de redressement judiciaire sauf si elles justifient avoir été autorisées, en justice, à poursuivre leurs activités ;
- d) Les personnes physiques ou morales frappées d'une mesure temporaire ou définitive d'interdiction d'obtenir des commandes publiques résultant d'une décision du Comité de règlement des différends, d'une décision de justice ou d'une disposition législative ;
- e) Les personnes physique candidates et les dirigeants de personnes morales ayant fait l'objet d'une condamnation pour une infraction pénale liée à leurs activités professionnelles ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution du marché ; dans le cas d'une personne morale, les sanctions ci-dessus s'appliquent à ses principaux dirigeants ;
- f) Les personnes qui au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale, ou n'ont pas effectué le paiement des impôts, taxes et cotisations exigibles à cette date. »

PO03-EN07 – 01

Qu'il ressort de la lecture de cette disposition réglementaire que le critère prévu par l'autorité contractante dans son DAO et libellé en ces termes « pas de résiliation de marché prononcée aux torts exclusifs du soumissionnaire ou de l'entreprise représentée au cours des années de 2017 à 2021 » consiste à exclure les soumissionnaires ayant fait l'objet de résiliation de contrat, prononcée à leur tort, alors que ce cas de figure n'est pas prévu par la réglementation en vigueur ;

Qu'il s'y ajoute que la décision d'exclure une entité des marchés publics n'est pas une prérogative donnée à l'autorité contractante ; l'exclusion ne peut découler que d'une décision prononcée par le Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARMP ou émaner d'une décision de justice ;

Qu'il en résulte que la clause litigieuse, insérée dans le DAO et dans l'avis d'appel d'offres, ne respecte pas la réglementation en vigueur, est abusive et est de nature à restreindre l'accès aux marchés publics ;

Qu'il y a lieu, dès lors d'annuler la procédure de passation du marché litigieux, de reprendre le DAO en supprimant cette clause et de relancer la procédure par appel d'offres ouvert en procédure d'urgence ;

Que le recours ayant prospéré, il y a lieu de restituer la consignation ;

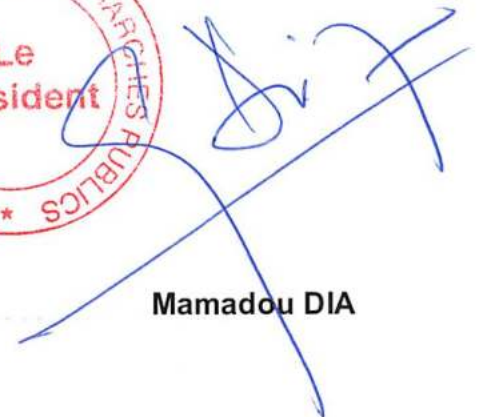
PAR CES MOTIFS :

- 1) Constate que l'autorité contractante a inséré une clause excluant du marché les entreprises ayant fait l'objet de résiliation du contrat à leur tort durant les cinq (5) dernières années ;
- 2) Constate que le Code des Marchés publics (CMP) a énuméré, limitativement, les cas pour lesquels les entreprises ne peuvent pas prendre part aux marchés publics ;
- 3) Dit qu'en référence à l'article 43 du CMP, la résiliation de contrat aux torts d'une entreprise ne constitue pas un cas d'exclusion pour l'entreprise ayant fait l'objet de résiliation ;
- 4) Dit que la clause est abusive et ne relève pas des prérogatives de l'autorité contractante ;
- 5) Déclare le recours de SOPRODEL fondé ;

- 6) Ordonne l'annulation de la procédure de passation du marché, la reprise du DAO en annulant cette clause et la relance de la procédure ;
- 7) Autorise la relance de la procédure par appel d'ouvert en procédure d'urgence ;
- 8) Ordonne la restitution de la consignation ;
- 9) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société SOPRODEL, au Ministère de l'Enseignement Supérieur, de la Recherche et de l'Innovation 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



Moundiaïye CISSE



Mbareck DIOP

**Le Directeur Général,
Rapporteur**



Saër NIANG