

**DECISION N° 080/12/ARMP/CRD DU 16 JUILLET 2012
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE EDITIONS DES
ECOLES NOUVELLES AFRICAINES – SENEGAL S.A (EENAS) POUR
CONTESTER LE REJET DE SON OFFRE FOURNIE DANS LE CADRE DE
L'APPEL D'OFFRES RELATIF À « L'ACQUISITION DE MANUELS DU
CURRICULUM 1^{ÈRE} ÉTAPE », LANCÉ PAR LE MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
ELEMENTAIRE, DU MOYEN SECONDAIRE ET DES LANGUES NATIONALES**

**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 ses articles 30 et 31 ;

Vu le décret n°2011-1048 du 27 juillet 2011 portant Code des marchés publics ;

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 la décision n° 005/ARMP/CRMP du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu le recours en date du 26 mars 2012 du Groupement EENAS/SIPS ;

Après avoir entendu le rapport de M. Ely Manel FALL, Chef de la division réglementation, Direction de la Réglementation et des Affaires juridiques, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties,

En présence de Monsieur Abdoulaye SYLLA, Président, de MM. Abd'El Kader NDIAYE, Mamadou DEME et Ndiacé DIOP, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD);

De MM. Saër NIANG, Directeur général de l'ARMP, secrétaire rapporteur du CRD, Mme Takia Nafissatou FALL CARVALHO, Conseillère chargée de la Coordination et du Suivi, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques et René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Adopte la présente délibération fondée sur les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre en date du 26 mars 2012, enregistré le 27 mars 2012 au Secrétariat du CRD sous le numéro 272/CRD, la société Editions des Ecoles nouvelles africaines – Sénégal S.A (EENAS) a introduit un recours pour contester le rejet de son offre fournie dans le cadre de l'appel d'offres relatif à « l'acquisition de manuels du

curriculum 1^{ère} étape », lancé par le Ministère de l'Enseignement élémentaire, du Moyen secondaire et des Langues nationales.

LES FAITS

Le Ministère de l'Enseignement élémentaire, du Moyen secondaire et des Langues nationales, dans le cadre de l'utilisation des crédits inscrits dans son budget d'investissement de la gestion 2011, a pris l'initiative d'acquérir les manuels du curriculum 1^{ère} étape.

En vue de réaliser cette fourniture, le Ministère a sollicité des offres de la part des entreprises éligibles et répondant aux qualifications requises pour fournir 3 254 560 (trois millions deux cent cinquante quatre mille cinq cent soixante) manuels dans les 54 (cinquante quatre) Inspections départementales d'Education nationales (IDEN) répartis en 04 (quatre) lots indivisibles.

Parmi les 04 (quatre) plis reçus, celui du Groupement EENAS/SIPS, qui a déposé, auprès de l'autorité contractante, son offre.

Par lettres n°0297/MEEMSLN/SG/DAGE/DM du 05 mars 2012, le Ministère de l'Enseignement élémentaire, du Moyen secondaire et des Langues nationales a notifié au Groupement le rejet de son offre.

Suite à la notification du rejet de son offre, ce dernier a introduit auprès de l'autorité contractante un recours gracieux en date du 16 mars 2012. Devant le mutisme de celle-ci, le groupement EENAS/SIPS a, par lettre susvisée, saisi le CRD dans les trois jours suivant l'expiration du délai imparti à l'autorité contractante pour répondre.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de son recours, le requérant a soutenu :

- le libellé collectif d'auteurs sénégalais, est une inscription d'auteurs tout à fait habituelle, acceptée mondialement par les us et coutumes internationaux de l'édition scolaire. De nombreux auteurs forment un groupe solidaire ; que les auteurs soient nommés « collectifs d'auteurs sénégalais » en page un (1) page titre intérieur, répété de plus en page deux (2), et non en page de couverture, ne peut constituer un critère d'exclusion ;
- l'esprit du dossier d'appel à la concurrence est d'exiger que les manuels livrés dans le cadre de l'exécution du marché, portent la mention : Copyright Ministère de l'Education; l'éditeur ne peut inscrire le copyright au nom du ministère au moment du dépôt de l'offre, parce que ces manuels ne sont présumés appartenir au ministère qu'au moment où l'éditeur se voit attribuer le marché ;
- il est difficile d'imaginer des critères objectifs appuyant l'affirmation selon laquelle « la mise en page des manuels ne facilite pas l'apprentissage » en ce sens qu'un tel jugement ne pourrait être émis qu'après une sérieuse et complexe évaluation pédagogique à travers tous les points de la grille intitulée « critères d'évaluation pédagogique et technique des manuels » ; de plus, visiblement, le comité d'évaluation qui l'a émis n'a pas tenu compte des particularités des manuels construits en approche par compétence.

Aussi, a-t-il contesté la décision de rejet de son offre fondée sur le motif qu'elle n'est pas conforme aux normes techniques définies pour l'évaluation des offres des soumissionnaires sur les quatre (04) lots du marchés litigieux.

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

En réponse au recours du requérant, l'autorité contractante a rappelé, dans sa lettre mémoire en défense datée du 03 juillet 2012, que l'offre du candidat EENAS-SIPS comportait des manquements essentiels par rapport aux spécifications pédagogiques et didactiques du dossier d'appel à la concurrence à savoir ;

- les manuels du CI et CP ne comportent pas le nom des auteurs ;
- le copyright est au nom d'EENAS, alors que le dossier d'appel à la concurrence stipulait qu'il soit la propriété du ministère ;
- la mise en page ne facilite pas les apprentissages.

Par ailleurs, l'autorité contractante signale que l'offre du candidat FERMON Labo est reconnue substantiellement conforme aux spécifications pédagogiques et didactiques du dossier d'appel à la concurrence, évaluée moins disante et que ce candidat présente les qualifications requises pour exécuter le marché.

Toutefois, la DCMP n'a pas accepté la décision prise par le Ministère d'attribuer provisoirement le marché à FERMON Labo au motif que la qualification d'un attributaire d'un marché s'apprécie seulement par rapport aux aptitudes de ce dernier à exécuter les prestations demandées et non relativement à celle de son partenaire.

Aussi, souhaiterait-elle voir le CRD approuver l'attribution du marché faite par sa commission des marchés avec des dispositions particulières prises sur la base de sa mission de régulation du système de passation des marchés publics.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte :

- d'une part, sur la conformité de l'offre du groupement EENAS-SIPS; et,
- d'autre part, sur la possibilité d'approuver l'attribution provisoire faite par la commission des marchés.

AU FOND

1) Sur la recevabilité de la demande d'approuver l'attribution provisoire faite par la commission des marchés

Considérant que l'autorité contractante demande au CRD d'approuver l'attribution du marché faite par sa commission des marchés avec des dispositions particulières prises sur la base de sa mission de régulation du système de passation des marchés publics ;

Considérant que par lettre n°092/MEF/DCMP/47 du 06 janvier 2012, la DCMP a refusé de donner son avis de non objection sur l'attribution provisoire du marché

litigieux et que, par la suite, elle a émis, sur demande de l'autorité contractante, un avis favorable sur le caractère infructueux de l'appel d'offres par correspondance n°555/MEF/DCMP/21 du 09 février 2012 ;

Considérant que l'autorité contractante dispose de trois jours à compter de la réception d'un avis défavorable de la DCMP pour saisir le CRD pour arbitrage et qu'en l'espèce, le Ministère de l'Enseignement élémentaire, du Moyen secondaire et des Langues nationales a formulé sa requête bien après la fin du délai ainsi imparti ;

Qu'il y a lieu de la déclarer irrecevable pour tardivité

2) Sur la conformité de l'offre du groupement EENAS-SIPS :

Considérant que la commission des marchés de l'autorité contractante a conclu à la non-conformité de l'offre du groupement sur la base des motifs suivants :

a) Sur le nom des auteurs qui ne figure pas sur les manuels de CI et CP

Considérant que le requérant récuse le reproche en se fondant principalement sur les us et coutumes internationaux de l'édition scolaire qui font du libellé « collectif d'auteurs » une inscription des plus habituelles lorsque de nombreux auteurs forment un groupe solidaire ;

Considérant que le dossier d'appel à la concurrence, dans la partie critères d'évaluation pédagogique et technique des manuels – sous partie facilitateurs pédagogiques et techniques – demande des indications du titre, du niveau, des auteurs et de l'éditeur sur la couverture des manuels ;

Considérant que le dossier d'appel à la concurrence est la loi des parties du fait de son caractère contractuel et qu'il régit de manière spécifique la passation du marché en cause ;

Que dès lors, il ne peut être admis que ses clauses soient écartées par les candidats au titre des us et coutumes internationaux parce qu'il appartient à l'autorité contractante de définir ses spécifications relativement à son besoin et ses exigences de qualité tout en respectant les principes qui gouvernent la passation des marchés publics ;

Qu'il revient, par conséquent, au groupement EENAS-SIPS de trouver les moyens de faire figurer sur la couverture des manuels proposés le nom des auteurs afin de se conformer au dossier d'appel à la concurrence ;

Que l'emplacement du nom des auteurs sur les manuels est de la décision exclusive de l'autorité contractante et qu'un candidat ne peut se prévaloir d'aucun droit lui permettant d'en décider autrement ;

b) Sur le copyright qui est au nom d'EENAS

Considérant que le dossier d'appel à la concurrence stipule d'une part au niveau de la clause 18 du cahier des clauses administratives particulières, que les ouvrages

resteront la propriété exclusive du Ministère de l'Enseignement Préscolaire, de l'Elémentaire, du Moyen secondaire et des Langues nationales et, d'autre part, il demande que le copyright soit au nom de ce dernier et indiqué au quatrième de couverture des manuels ;

Considérant que sur les exemplaires présentés à l'ouverture des offres, par le requérant, le copyright est visible au verso de la page de garde mais il est libellé au profit des EENAS ;

Que ces dernières justifient cela, dans la requête adressée au CRD, par le fait que « l'esprit du dossier d'appel à la concurrence est d'exiger que les manuels livrés dans l'exécution du marché portent la mention : Copyright Ministère de l'Education » ; qu'au moment où il présente son manuel, l'éditeur est toujours propriétaire du copyright, le Ministère en deviendra propriétaire à l'attribution ;

Considérant que s'il est vrai que la cession d'un droit d'auteur ou d'une propriété intellectuelle dans le cadre d'un marché public n'est effective qu'après conclusion du contrat, il n'en demeure pas moins que l'engagement des candidats à la réaliser doit être exprès et sans équivoque dans leurs offres au moment de l'évaluation des offres ;

Considérant que par lettre n°011L025 MG/DG du 14 avril 2011, jointe au dossier, les EENAS affirme que « le transfert de propriété dans l'opération serait une déprotection manifeste de l'investisseur, une manière d'entraver pour longtemps encore la promotion et le soutien d'une édition scolaire nationale durable et elle ouvre la voie aussi à la proposition possible par des candidats de manuels génériques antérieurement destinés à des cibles d'ailleurs » ;

Que dans une autre correspondance n°011L033 MG/DG en date du 14 juillet 2011, toujours jointe au dossier, le requérant confirme sa position sur la question en disant que « ...la cession du copyright, outil de gestion cette propriété intellectuelle, réduit le pouvoir économique de l'Editeur et de tous les titulaires de droit, et détruit ses objectifs de pérennisation. » et conclut que « la récupération du copyright pour l'Etat serait une entrave manifeste au développement de cette édition (édition de qualité durable) et un blocage systématique d'une des composantes essentielles des déterminants de la qualité pour le système éducatif. » ;

Que ces affirmations du requérant, tenues lors des phases de préparation et d'évaluation des offres, démontre que sa position sur la cession du copyright au commanditaire a évolué dans sa requête ;

Qu'ainsi, le motif invoqué pour justifier le fait de n'avoir pas libellé le copyright, porté sur les exemplaires présentés dans le cadre la procédure de passation du marché litigieux, au nom du Ministère de l'Education est mal fondé ;

c) Sur la mise en page qui ne facilite pas les apprentissages

Considérant que la commission des marchés de l'autorité contractante a suivi le comité technique d'évaluation des offres dans ses conclusions sur la mise en page des manuels, présentés par le requérant, à savoir qu'elle ne facilite pas les apprentissages aux motifs que les encadrés sont trop nombreux faussant la

disposition et que l'utilisation des couleurs est abusive avec des trames foncées dans les zones de texte ;

Considérant que sur cette dernière remarque certains membres du comité d'évaluation des offres ont émis des réserves en jugeant que la trame de fonds ne constitue pas un obstacle à la lisibilité des vignettes qui sont destinées à l'enseignant et ne gêne pas les apprentissages et que, de manière générale, ils considèrent les ouvrages acceptables compte tenu de leur qualité physique qui assure leur durabilité ;

Qu'une telle différence d'opinion sur l'appréciation de certains critères, comme la mise en page des manuels, par les membres du comité d'évaluation technique des offres, révèle un caractère plus ou moins subjectif desdits critères ;

Considérant que le principe de transparence dans les marchés publics est garanti non seulement par la définition préalable des critères d'évaluation mais ceux-ci doivent également être précis, compréhensibles et prévisibles ; ce qui ne se reflète pas du critère « mise en page » sur lequel le cahier des spécifications pédagogiques et techniques dispose qu'« elle (la mise en page) sera soignée et facilitera les apprentissages (encadrés, utilisation de couleurs, interlignages, caractères, disposition...) sans aucune autre indication sur des éléments de mesures objectifs de la conformité des offres relativement audit critère ;

Qu'ainsi, c'est à juste raison que le requérant affirme qu'il est difficile d'imaginer des critères objectifs appuyant que la mise en page de ses manuels ne facilite pas les apprentissages ;

Considérant toutefois que les motifs avancés par le requérant pour justifier l'absence du nom des auteurs sur la page de couverture des manuels de CI et CP ainsi que le fait de n'avoir pas libellé le copyright au nom du Ministère de l'Éducation sont mal fondés, l'offre du requérant est non conforme aux exigences techniques du dossier d'appel à la concurrence; en conséquence,

PAR CES MOTIFS :

- 1) Constate que la demande de l'autorité contractante, adressée au CRD pour qu'il approuve l'attribution provisoire faite par sa commission des marchés, est tardive ;
- 2) Déclare, par conséquent, ladite demande irrecevable ;
- 3) Constate que le nom des auteurs ne figure pas sur les manuels de CI et CP; en conséquence,
- 4) Dit que l'emplacement du nom des auteurs sur les manuels est de la décision exclusive de l'autorité contractante et qu'un candidat ne peut se prévaloir d'aucun droit lui permettant d'en décider autrement ;
- 5) Constate que sur les exemplaires, présentés à l'ouverture des offres par le requérant, le copyright est visible au verso de la page de garde mais il est libellé au profit des EENAS ;

- 6) Dit que le motif invoqué pour justifier le fait de n'avoir pas libellé le copyright, porté sur les exemplaires présentés dans le cadre la procédure de passation du marché litigieux, au nom du Ministère de l'Education est mal fondé ;
- 7) Constate que le jugement relatif à la mise en page des manuels n'est fondé sur aucun critère objectif ;
- 8) Dit, toutefois, que l'offre technique du requérant n'est pas conforme au règlement de la consultation ; en conséquence,
- 9) Confirme le caractère infructueux de l'appel d'offres relatif à « l'acquisition de manuels du curriculum 1^{ère} étape »;
- 10) Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier au Groupement EENAS/SIPS, au Ministère de l'Enseignement élémentaire, du Moyen secondaire et des Langues nationales ainsi qu'à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA

Les membres du CRD

Abd'El Kader NDIAYE

Mamadou DEME

Ndiacé DIOP

**Le Directeur Général
Rapporteur**

Saër NIANG