

**DECISION N°130/10/ARMP/CRD DU 15 SEPTEMBRE 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE DAKAR MANAGEMENT AND TRADING (DMT)
CONTESTANT CERTAINES DISPOSITIONS DU DOSSIER D'APPEL D'OFFRES RELATIF A LA SELECTION
PAR LE COUD DES PRESTATAIRES CHARGES DE LA GESTION ET L'EXPLOITATION DES
RESTAURANTS DES ETABLISSMENTS UNIVERSITAIRES.**

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 ;

Vu le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Co de des Marchés publics ;

Vu le décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant or ganisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) ;

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 19 août 2010 de la société Dakar Management and Trading (DMT);

Après avoir entendu le rapport de M. Oumar SARR, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties ;

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

De MM. Youssouf SAKHO, Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics, 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 en date du 19 août 2010, enregistrée le même jour, sous le numéro 622/10 au Secrétariat du CRD, la société Dakar Management and Trading (DMT) a contesté certaines dispositions du dossier d'appel d'offres relatif à la sélection par le COUD des prestataires chargés de la gestion et l'exploitation des restaurants des Etablissements universitaires ASD, ESP DAKAR, ENSETP, CETAD DE POUT, ISFAR, ENSA, CMRT, UFR SANTE ET DE L'UNIVERSITE DE ZIGUINCHOR.

SUR LA RECEVABILITE

Le COUD a exposé avoir publié le 05 août 2010 l'avis d'appel d'offres dans le quotidien « Le Matin » ; qu'il a été saisi à la date du 09 août 2010 d'un recours gracieux du candidat DMT.

Considérant qu'aux termes des articles 86 du Code des marchés publics, le recours gracieux introduit par le candidat contre des dispositions du DAO doit être exercé dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la publication de l'avis d'appel d'offres ; que la personne responsable du marché est tenue d'y répondre dans un délai de cinq (5) jours ouvrables au-delà duquel le défaut de réponse sera constitutif d'un rejet implicite ;

Qu'en l'absence de suite favorable de son recours gracieux le requérant dispose de trois (3) jours ouvrables à compter de l'expiration du délai de 5 jours mentionné à l'article précédant pour présenter un recours au Comité de Règlement des Différends ;

Considérant que la Société DMT, qui a saisi l'autorité contractante d'un recours gracieux le 09 août 2010, soit quatre jours après la publication de l'avis d'appel d'offres, a introduit auprès du CRD le 19 août 2010, deux jours après l'expiration du délai de cinq (5) jours imparti à la personne responsable du marché pour répondre à son recours gracieux ; que le recours ayant respecté les délais impartis doit être déclaré recevable ;

Par décision n°114/10/ARMP/CRD du 01^{er} septembre 2010, le CRD a prononcé la suspension de la procédure de passation du marché litigieux et par lettre en date du 08 septembre 2010, a saisi le Directeur du COUD pour transmission du DAO et des avis d'appel d'offres.

LES FAITS

Le 05 août 2010, le COUD a fait publier dans le quotidien « Le Matin », un avis d'appel public à concurrence relatif à la sélection de prestataires pour la gestion et l'exploitation des restaurants universitaires.

Le 09 août 2010, le candidat DMT a saisi la personne responsable du marché d'un recours gracieux pour contester certaines dispositions des Données particulières du DAO.

Le 19 août 2010, jour de l'expiration du délai imparti à l'autorité contractante pour répondre à son recours gracieux, DMT a introduit auprès du CRD un recours contentieux.

Le même jour, le COUD a, par lettre n°100242/COUD/DIR, fait parvenir à DMT sa réponse sur le recours gracieux dont il a été saisi.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa demande, le candidat DMT a soutenu que certaines clauses des Données particulières du DAO restreignent la concurrence, car elles limitent l'accès au marché uniquement aux repreneurs titulaires des contrats en cours pour les lots 1, 2 et 3 ;

Qu'en effet, les conditions de qualification exigées aux Données particulières de l'appel d'offres (avoir accumulé une expérience de cinq (5) ans minimum dans la restauration universitaire ou collective en général de même importance) ne peuvent pas être satisfaites par un candidat comme DMT qui, pourtant, gère présentement un des restaurants classés dans les lots 4,5 et 6.

Qu'en matière de restauration collective au Sénégal, en dehors des universités, il n'existe pas d'autorités contractantes disposant des capacités d'accueil de même importance que celles des universités.

Aussi, les critères fixés aux Données particulières ont-ils pour effet d'écarter les candidats potentiels qui ont la capacité technique et financière mais n'ont jamais eu à gérer les restaurants visés aux lots 1, 2 et 3 ;

Le COUD a conscience de cet état de fait, raison pour laquelle, pour les lots 4, 5 et 6, il a ouvert l'accès du marché en combinant l'expérience acquise par le candidat avec celle accumulée par le personnel dans la restauration collective.

Selon DMT, les critères dénoncés sont exclusifs, discriminatoires et n'assurent pas une véritable concurrence.

LES MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

Par la lettre n°100246/COUD/DIR transmettant les pièces du DAO au CRD, le COUD a soutenu avoir élaboré le dossier d'appel d'offres avec le souci d'assurer la libre concurrence et l'égalité des chances des candidats, dans le strict respect de la réglementation relative aux marchés publics.

Se référant à sa lettre en date du 19 août 2010, adressée au candidat DMT en réponse à son recours gracieux, l'autorité contractante a exposé que les critères de qualification ont été définis différemment pour prendre en compte la différence de taille qui existe entre les six (6) lots qui constituent le marché.

En ce qui concerne les lots 1, 2 et 3, l'autorité contractante a contesté toute idée de discrimination au motif que « **deux propositions techniques sont demandées aux candidats qui doivent disposer de cinq (5) ans minimum soit dans la restauration universitaire de même importance, soit dans la restauration collective de même importance** ». Ainsi, les candidats potentiels, qui ne sont pas détenteurs des restaurants visés aux lots 1, 2 et 3 du marché, peuvent accéder au marché s'ils ont une expérience dans la restauration collective de même importance.

Le COUD a par ailleurs soutenu que le dossier a reçu la non objection de la DCMP et, qu'au surplus, le candidat DMT, qui dispose d'une expérience de sept (7) ans, peut déposer une soumission pour chacun des lots du marché.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits, moyens et motifs ci-dessus exposés que le litige porte sur l'exigence d'avoir acquis une expérience dans la réalisation d'activité analogue de même importance que celle faisant l'objet du marché.

AU FOND

Considérant qu'il résulte du DAO, notamment des Instructions aux candidats, point 6, que, compte tenu de l'importance de la capacité d'accueil et de production pour les lots 1, 2, 3, 4, 5 et 6, le candidat doit prouver, documentation à l'appui, qu'il satisfait aux exigences d'expérience « **positive** » dans la restauration universitaire ou collective de même importance ;

Qu'aux DPAO, IC 5.4 (b), les instructions précédentes ont été traduites comme suit :

- 05 ans au minimum dans la restauration universitaire ou collective en général pour les lots 1, 2 et 3 ;
- 02 ans au minimum dans la restauration collective en général de même importance, et/ou travaillant avec un personnel cadre (Maître d'hôtels, chef de rang, chef cuisiniers, bouchers, poissonniers) pour les lots 4, 5 et 6 ;

Que, par ailleurs, aux IC 5.3, interdiction est faite aux candidats de se constituer en groupement ;

Sur l'exigence d'expérience acquise dans la réalisation d'activité analogue de même importance que celle faisant l'objet du marché :

Considérant que selon les dispositions de l'article 21 de la Directive n°04/2005/CM/UEMOA portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et délégations de service public dans l'Union économique et monétaire Ouest Africaine (UEMOA), « **les autorités contractantes doivent inviter les candidats et soumissionnaires à justifier leurs capacités techniques telles que définies dans les dossiers d'appel d'offres ; que dans la définition des exigences techniques requises, les Etats membres s'engagent à ce que les autorités contractantes ne prennent aucune disposition discriminatoire, notamment visant à faire obstacle à l'accès de petites et moyennes entreprises à la commande publique** » ;

Que l'article 27 nouveau du Code des obligations de l'Administration dispose que dans le respect des principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats, les acheteurs publics peuvent requérir des candidats aux marchés toute justification concernant notamment l'expérience acquise dans la réalisation d'activités analogues à celle faisant l'objet du marché ;

Qu'en application de cette disposition, l'article 45 b) du Code des marchés publics prescrit au candidat d'indiquer les moyens humains et techniques dont ils disposent et de fournir toutes informations utiles sur les activités et marchés réalisés de même nature ;

Que de la combinaison de ces textes, il ressort que l'expérience requise des candidats doit être en adéquation avec l'objet du marché, à savoir la restauration universitaire ou collective ;

Qu'à cet égard, les autorités contractantes concernées par la restauration collective, qui s'entend des mess, restaurants, cuisines, cantines destinés à alimenter les membres d'une collectivité, peuvent être segmentées en trois catégories :

- Santé/social : Hôpitaux, Centres de jour, Casernes, Prisons ;
- Enseignement : Ecoles, Universités, Crèches, Centres de loisirs, Sport ;
- Entreprises et Administrations publiques : Entreprises privées, Entreprises et Etablissements publics ;

Que la plupart de ces autorités contractantes, telles le Ministère des Forces Armées et le Ministère de la Santé et de la Prévention, gèrent elles-mêmes leur service de restauration et ont leur propre cuisine ; qu'en raison de la taille des restaurants et la qualité du service requis, toutes justifications des capacités techniques (notamment les exigences de moyens matériels et humains suffisants), financières (exigence de capacité financière suffisante

pour garantir un volume et un approvisionnement stables et de qualité), peuvent être requises à condition qu'elles soient dûment motivées par la taille du marché ;

Qu'en considération de ces éléments et des dispositions des articles 27 du Code des obligations de l'Administration et 45 b) du Code des marchés publics qui autorisent que soit demandée au candidat toute justification concernant l'expérience acquise dans la réalisation d'activités analogues à celle faisant l'objet du marché, l'exigence par l'autorité contractante de marchés de même importance ou de même taille viole les dispositions des articles précités.

Sur l'interdiction de constituer des groupements :

Considérant que le CRD a constaté et relevé que l'autorité contractante a posé aux IC 5.3 l'interdiction pour les candidats de se constituer en groupement ;

Considérant que la constitution des groupements est une faculté qui est donnée aux candidats de présenter leur offre sous forme de groupements solidaires ou conjoints ; que cette mesure a pour objectif de faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique ;

Que l'autorité contractante en proscrivant toute possibilité de regroupement restreint ainsi l'accès du marché aux PME ; que cette disposition du DAO est contraire à l'esprit de la loi d'orientation relative à la promotion et au développement des PME, qui incite l'Etat à faciliter l'accès des PME à la commande publique et viole les dispositions de l'article 47 du Code des marchés publics ;

Que pour ces raisons et celles précédemment relevées, il convient d'ordonner la suppression des dispositions incriminées relatives à l'exigence de justification de réalisation de marchés de même importance que celle faisant l'objet du marché litigieux et l'interdiction pour les candidats de se constituer en groupement ; en conséquence,

DECIDE :

- 1) Reçoit le candidat DMT en son recours ;
- 2) Constate que le critère tiré de la justification d'une expérience dans la restauration collective de même importance et l'interdiction faite aux candidats de se constituer en groupement sont restrictifs et de nature à constituer un obstacle à la liberté d'accès des PME au marché litigieux ;
- 3) Ordonne la suppression desdites clauses ;
- 4) Dit que le DAO doit être corrigé en ce sens avant toute relance de l'appel d'offres pour ledit marché ;
- 5) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier la société DMT, à la Direction du COUD ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP