

**AUTORITÉ DE RÉGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**
ÉQUITÉ - TRANSPARENCE - IMPARTIALITÉ

**DECISION N° 089/2024/ARCOP/CRD/DEF DU 28 AOÛT 2024
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE « ETS GUEYE ET ASSOCIES »
CONTESTANT LES CRITERES DE QUALIFICATION DU DOSSIER D'APPEL
D'OFFRES RELATIF A LA GESTION ET L'EXPLOITATION DU RESTAURANT
UNIVERSITAIRE « ARGENTIN »**

**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 modifié, notamment en ses articles 30 et 31 ;

VU le décret n° 2022-2295 du 28 décembre 2022 portant Code des Marchés publics ;

VU le décret n°2023-832 du 5 avril 2023 fixant les règles d'organisation et de fonctionnement de l'Autorité de Régulation de la Commande publique (ARCOP) notamment en ses articles 20 et 21 ;

VU le décret n°2023-833 du 05 avril 2023 portant nomination des membres du Conseil de Régulation de l'ARCOP ;

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

VU la résolution n°00002 portant élection des membres de la Chambre des marchés publics du Comité de Règlement des Différends (CRD) de l'ARCOP ;

VU le recours de la société « Ets Gueye & Associés » reçu le 26 juillet 2024 ;

VU la quittance de consignation du 26 juillet 2024 portant le numéro 100012024003487 ;

VU la décision n°045/ARCOP/CRD/SUS du 12 juillet 2024 ordonnant la suspension de la procédure de passation du marché ;

Monsieur Ousseynou CISSE, entendu en son rapport ;

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

De Monsieur Saër NIANG, Directeur général de l'ARCOP, Secrétaire Rapporteur du CRD, assisté par ses collaborateurs, observateurs ;

ARCOP SÉNÉGAL

Rue Alpha Hachamiyou TALL X Rue Kléber - BP : 11 303 Dakar Peytavin (Sénégal)
Tél : +221 33 889 11 60 - Numéro vert : 800 00 81 81 - Courriel : arcop@arcop.sn
ISO 9001 : 2015 N°. AFR 21.00047 FR
www.arcop.sn

**AUTORITÉ DE RÉGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**
ÉQUITÉ - TRANSPARENCE - IMPARTIALITÉ

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

Adopte la présente décision :

ACTE DE SAISINE

Par courrier reçu le 26 juillet 2024, la société dénommée « Ets Gueye & Associés » a saisi le Comité de Règlement des Différends (CRD) pour contester les critères de qualification relatifs au chiffre d'affaires moyen annuel et à l'expérience spécifique, insérés dans le dossier d'appel d'offres relatif à la gestion et l'exploitation du restaurant « Argentin » du Centre des Œuvres Universitaires de Dakar (COUD).

LES FAITS

Le Centre des Œuvres Universitaires de Dakar (COUD) a fait publier, dans la parution du journal « Le Soleil » du jeudi 11 juillet 2024, un avis d'appel d'offres pour la sélection d'un prestataire chargé de la gestion et de l'exploitation du restaurant « Argentin », sous forme d'un marché de clientèle.

Dès qu'elle a pris connaissance des critères de qualification, la société « Ets Gueye & Associés » a introduit un recours gracieux par lettre du 18 juillet 2024, avant de porter la contestation devant le CRD par courrier reçu le 26 juillet 2024.

Par décision n°045/2024/ARCOP/CRD/SUS du 12 juillet 2024, le CRD a déclaré le recours recevable, ordonné la suspension de la procédure de passation et demandé à l'autorité contractante de lui faire parvenir le dossier.

Suivant courrier du 19 août 2024 enregistré le 20 août 2024 au service courrier, le COUD a transmis les documents demandés pour les besoins de l'instruction du recours.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

La société « Ets Gueye & Associés » conteste les critères de qualification relatifs au chiffre d'affaires moyen annuel des trois derniers exercices et à l'expérience spécifique, au motif qu'ils constituent une barrière pour l'accès au marché.

En ce qui concerne le chiffre d'affaires moyen annuel, le requérant soutient que l'exigence d'un montant d'un milliard de francs CFA au cours des trois dernières années est discriminatoire d'autant plus que ce montant ne peut être réalisé qu'au niveau des restaurants universitaires. Elle rappelle que le CRD s'était prononcé dans le passé en 2010 sur la question dans la décision n°130/10/ARMP/CRD.

ARCOP SÉNÉGAL

Rue Alpha Hachamiyou TALL X Rue Kléber - BP : 11 303 Dakar Peytavin (Sénégal)
Tél : +221 33 889 11 60 - Numéro vert : 800 00 81 81 - Courriel : arcop@arcop.sn
ISO 9001 : 2015 N°. AFR 21.00047 FR
www.arcop.sn

AUTORITÉ DE RÉGULATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE

ÉQUITÉ - TRANSPARENCE - IMPARTIALITÉ

mais qui n'ont pas été attributaires de marchés, lors des derniers appels d'offres entre 2012 et 2021.

En ce qui concerne le critère relatif à l'expérience en marché similaire, Ets Gueye & Associés conteste l'exigence de 10 ans. A cet égard, la société requérante soutient que depuis la privatisation des restaurants universitaires en 1996, aucune nouvelle technique de fabrication et de production n'est apparue dans la gestion et l'exploitation des restaurants universitaires, en termes d'expérience. Selon elle, les menus et la confection des repas sont restés les mêmes depuis plus de 20 ans. Elle signale que le CRD avait rendu, sur ce sujet, les décisions n°130/ARMP/CRD du 15 septembre 2010 et n°322/14/ARMP/CRD du 26 novembre 2014, en rejetant l'exigence d'expérience acquise dans la seule réalisation d'activité de même nature et de complexité similaire que celle faisant l'objet du marché.

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

Le Centre des Œuvres Universitaires de Dakar (COUD) réfute le grief soulevé sur le chiffre d'affaires moyen annuel d'un milliard de francs CFA au cours des trois (03) dernières années. Il justifie le critère par l'évolution des effectifs de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar de 2010 à 2023 et le niveau de fréquentation du restaurant « Argentin » qui est le plus élevé avec une capacité pouvant aller de neuf mille (9 000) à dix-sept mille (17 000) couverts par repas. Il invoque les risques de troubles qui peuvent découler de tout retard lié à la gestion et l'exploitation du restaurant.

En outre, le COUD signale que les créances dues à l'opérateur actuel s'élèvent à plus de trois milliards trois cents millions (3 300 000 000) de francs CFA.

En ce qui concerne le grief qui porte sur la réalisation d'un marché similaire au cours des dix (10) dernières années, le COUD soutient que, contrairement aux allégations du requérant, l'inventaire du 06 août 2024 des services compétents a révélé une amélioration substantielle dans l'exploitation du restaurant « Argentin » en général, et dans la confection des repas, en particulier.

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte de la saisine et des faits qui la sous-tendent que le litige porte les critères de qualification relatifs au chiffre d'affaires moyen annuel des trois dernières années et à l'expérience de 10 ans dans la réalisation d'un marché de taille et de complexité similaire, suspectés d'être discriminatoires.

ARCOP SÉNÉGAL

Rue Alpha Hachamiyou TALL X Rue Kléber - BP : 11 303 Dakar Peytavin (Sénégal)
Tél : +221 33 889 11 60 - Numéro vert : 800 00 81 81 - Courriel : arcop@arcop.sn
ISO 9001 : 2015 N°. AFR 21.00047 FR
www.arcop.sn

**AUTORITÉ DE RÉGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**
ÉQUITÉ - TRANSPARENCE - IMPARTIALITÉ

AU FOND

Considérant que l'article 44 du Code des marchés publics oblige tout candidat a un marché public à justifier qu'il dispose des capacités juridiques, techniques, financières et environnementales requises pour exécuter le marché en présentant tous documents, attestations et certificats appropriés énumérés par le dossier d'appel d'offres ;

Qu'en application de cette règle, le COUD a prévu dans le dossier d'appel d'offres contesté, entre autres, les critères suivants :

- Clause 5.2 c) DPAO : Avoir exécuté un marché de nature et de complexité similaires au cours des dix (10) dernières années avec une valeur minimale annuelle égale à un milliard deux cent millions (1 200 000 000) francs ;
- Clause 5.4 a) DPAO : Avoir un chiffre d'affaires moyen annuel -uniquement lié à l'activité de la restauration (service, vente de diverses denrées alimentaires) d'un milliard de francs CFA ;

Considérant que l'exigence du montant moyen annuel au cours des trois dernières années du chiffre d'affaires dans l'activité de restauration, écarte, de facto, tout candidat n'ayant pas réalisé de marché dans l'activité de restauration ou la vente de denrées alimentaires avec un montant moyen annuel durant la période de référence 2021, 2022 et 2023 ;

Que de plus, le caractère restrictif du critère tient au fait que le montant requis renvoie, pour ce qui concerne le service de restauration, à la taille de marchés exécutés dans la gestion de restaurants universitaires, lesquels sont, pour l'essentiel, conclus sous forme de marché de clientèle sur une durée pouvant aller jusqu'à trois (03) ans ;

Qu'à titre d'exemples, en plus du contrat de location-vente pour la rénovation, l'équipement, la gestion du restauration argentin, conclu depuis 2017 pour une durée de six (06) ans, les marchés ci-après ont été conclus durant la période de référence :

- Gestion et exploitation des restaurants universitaires de Fatick, Kaffrine et Kaolack de l'USSEIN, de l'ESEA (ex ENEA) de l'UCAD et de l'UAM en quatre lots ;
- Gestion et exploitation des restaurants Central, ASD ex Claudel, ESP Dakar et ENSUT en quatre (04) lots, avec reconduction ;
- Gestion et exploitation des restaurants du Centre régional des Œuvres universitaires de Saint-Louis (restaurant 1 et restaurant 2), avec reconduction ;
- Gestion et exploitation des restaurants de Self et FASTER du COUD en deux (02) lots, immatriculé en 2021 et reconduit en 2023 pour un montant de 1 200 000
- Restauration des étudiants de l'Université Alioune Diop de Bambey : services de restauration du site de l'ISFAR, nouveau restaurant de Bambey ;
- Restauration des étudiants de l'Université Iba Der Thiam de Thiès (Hôtel du rail et ENSA), immatriculé en 2023, montant 2 040 000 000 ;
- CROUS Sine Saloum en deux lots, avec avenant de reconduction ;

ARCOP SÉNÉGAL

Rue Alpha Hachamiyou TALL X Rue Kléber - BP : 11 303 Dakar Peytavin (Sénégal)
Tél : +221 33 889 11 60 - Numéro vert : 800 00 81 81 - Courriel : arcop@arcop.sn
ISO 9001 : 2015 N°. AFR 21.00047 FR
www.arcop.sn

**AUTORITÉ DE RÉGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**
ÉQUITÉ - TRANSPARENCE - IMPARTIALITÉ

Qu'ainsi, dans les circonstances des marchés de gestion de restaurants universitaires, même si un candidat dispose des moyens humains et matériels adéquats et d'un accompagnement bancaire solide pour réaliser les prestations, le critère relatif au chiffre d'affaires moyen annuel des trois derniers exercices tel qu'exigé, constitue une barrière à l'accès au marché si le candidat concerné n'a pas exécuté de contrat dans le domaine de la restauration ou vente de denrées alimentaires avec un montant moyen annuel d'un milliard (1 000 000 000) de francs CFA pendant la période de 2021, 2022 et 2023 ;

Que d'ailleurs, l'objectif visé à travers l'exigence d'un chiffre d'affaires dans une procédure de passation de marché est de vérifier, entre autres, le niveau d'activités du candidat dans un secteur donné, à travers les flux financiers générés par lesdites activités ;

Qu'au demeurant, s'il est vrai que le chiffre d'affaires représente un indicateur pertinent de mesure de la capacité économique et financière d'un candidat à un marché public, il n'en demeure pas moins vrai que d'autres références peuvent également suffire pour prouver ces critères financiers, notamment, comme le prescrit l'article 44 du Code des marchés publics, les déclarations de banques, les états financiers accompagnés de l'attestation de visa établie par un membre de l'ONECCA ;

Qu'en conséquence, au regard de la spécificité des marchés de restauration universitaire, pour vérifier la capacité financière des candidats, il y a lieu de retenir uniquement les critères relatifs, d'une part, à la présentation des états financiers qui doivent dénoter d'une solidité financière et, d'autre part, l'existence d'une ligne de crédits d'un montant de 600 millions de francs CFA, comme requis à la clause IC 5.4 c) ; qu'il n'y a pas lieu d'inclure le critère chiffres d'affaires moyen annuel des trois (03) derniers exercices pour améliorer la concurrence ;

Considérant qu'en ce qui concerne l'expérience spécifique, le COUD a fixé un intervalle temporel de dix (10) ans pour admettre les marchés similaires réalisés ;

Que ce critère n'a nullement un caractère discriminatoire d'autant plus qu'il couvre la période de 2014 à nos jours et vise un seul marché ;

Qu'en considération de tout ce qui précède, même si le grief portant sur l'expérience spécifique est mal fondé, il y a lieu de corriger le DAO en supprimant le critère relatif au chiffre d'affaires moyen annuel, afin d'améliorer la concurrence et de circonscrire tout risque de situation d'oligopole et préserver les principes de libre accès à la commande publique, de transparence et d'économie ;

Que le critère incriminé ayant été mentionné dans l'avis d'appel d'offres paru dans la presse, il y a lieu de publier un avis rectificatif dans les mêmes conditions que l'avis initial ;

ARCOP SÉNÉGAL

Rue Alpha Hachamiyou TALL X Rue Kléber - BP : 11 303 Dakar Peytavin (Sénégal)
Tél : +221 33 889 11 60 - Numéro vert : 800 00 81 81 - Courriel : arcop@arcop.sn
ISO 9001 : 2015 N°. AFR 21.00047 FR
www.arcop.sn

**AUTORITÉ DE RÉGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**
ÉQUITÉ - TRANSPARENCE - IMPARTIALITÉ

PAR CES MOTIFS :

- 1) Constate que le DAO a exigé entre autres critères, un chiffre d'affaires moyen annuel d'un milliard de francs CFA au cours des trois dernières années et la réalisation d'un marché similaire au cours des dix (10) dernières années ;
- 2) Constate qu'en plus du chiffre d'affaires moyen annuel des trois dernières années (2021,2022, 2023), le COUD a exigé une ligne de crédits de 600 millions et la présentation des états financiers avec attestation de visa d'un expert comptable de l'ONECCA ;
- 3) Dit que l'exigence du chiffre d'affaires moyen annuel d'un milliard de francs CFA constitue une barrière à l'entrée pour les candidats n'ayant pas exécuté de marchés dans l'activité de restauration ou vente de denrées alimentaires avec un montant moyen annuel des trois derniers exercices d'un milliard de francs CFA ;
- 4) Dit que pour améliorer la concurrence et tirer le maximum d'avantages en termes de qualité des prestations dans une procédure ouverte, seuls les critères économiques et financiers doivent être retenus dans l'appel d'offres, notamment la ligne de crédits de six cents millions et la présentation des états financiers qui doit faire ressortir une solidité financière, tandis que le critère relatif au chiffre d'affaires d'un milliard de Francs CFA durant les trois derniers exercices, supprimé ;
- 5) Dit que sur ce critère, le grief soulevé par Ets Gueye & Associé est fondé ;
- 6) Dit, en revanche, que le critère relatif à la réalisation d'un marché similaire durant les dix (10) dernières années est conforme aux bonnes pratiques ;

ARCOP SÉNÉGAL

**AUTORITÉ DE RÉGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**
ÉQUITÉ - TRANSPARENCE - IMPARTIALITÉ

- 7) Dit que sur ce point, le grief est mal fondé ;
- 8) Ordonne la suppression du critère relatif au chiffre d'affaires moyen annuel dans le DAO et la publication d'un avis rectificatif d'appel d'offres, dans les mêmes conditions que l'avis initial ;
- 9) Dit que le Directeur général de l'ARCOP est chargé de notifier à la société Ets Gueye & Associés, au Centre des Œuvres Universitaires de Dakar (COUD) ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée sur le portail des marchés publics.

Le Président



Mamadou DIA

Les membres du CRD

Alioune NDIAYE

Moundiyaye CISSE

Mbareck DIOP

Le Directeur Général,
Rapporteur



Saër NIANG

ARCOP SÉNÉGAL