



CABINET DU PREMIER MINISTRE
Agence de Régulation des Marchés Publics
Comité de Règlement des Différends

AGENCE DE RÉGULATION
DES MARCHÉS PUBLICS

COPIE CERTIFIÉE
CONFORME A L'ORIGINAL

LE 05 MARS 2021

du 04 mars 2021 sur l'examen au fond du recours introduit par Le Directeur Général des **Etablissements YACOUBA MAMANE**, contre le **Ministère de l'Enseignement Supérieur, de la Recherche et de l'Innovation**, relatif à l'Appel d'Offres Ouvert National, **001/2021/MESRI/SG/DMP/DSP**, portant sur fourniture des produits vivriers au profit des étudiants (**marché à commande**).

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

Après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu la décision dont la teneur suit :

Statuant en matière de différend relatif à l'attribution de marchés publics, en son audience du 04 Mars 2021 deux mille vingt et un à laquelle siégeaient Monsieur **MAMOUDOU MAIKIBI**, Président et Messieurs, **MOUSTAPHA MATTA**, **OUMAROU MOUSSA** et Mesdames **MAMANE HAMIL MAIGA**, **MAIFADA**, **BACHIR SAFIA SOROMEY** et **SEYNI KADIDIA JOSEPHINE**, tous Conseillers à l'Agence de Régulation des Marchés Publics, membres ; assisté de Messieurs **YACOUBA SOUMANA**, Directeur de la Réglementation et des Affaires Juridiques et **ADO SALIFOU MAHAMANE LAOUALY**, Chef de Service du Contentieux *PI*, assurant le secrétariat de séance.

Vu la Directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005, portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;

Vu la Directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005, portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;

- Vu** la loi n°2011-37 du 28 octobre 2011 portant principes généraux, contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public au Niger ;
- Vu** le Décret n°2016-641/PRN/PM du 1^{er} décembre 2016, portant code des marchés publics et des délégations de service public ;
- Vu** le Décret n° 2011-687/PRN/PM du 29 décembre 2011, portant attribution, composition, organisation et modalités de fonctionnement de l'Agence de Régulation des Marchés Publics ;
- Vu** le Décret n° 2004-192/PRN/PM du 06 juillet 2004, fixant les modalités de fonctionnement du Comité de Règlement des Différends ;
- Vu** le Décret n° 2019-222/PRN/PM du 29 avril 2019, portant nomination des membres du Conseil National de Régulation des Marchés Publics ;
- Vu** le Règlement Intérieur du Comité de Règlement des Différends ;
- Vu** la Décision n°022/PCNR/ARMP du 06 mai 2019, portant désignation des membres du Comité de Règlement des Différends ;
- Vu** la lettre du 09 février 2021 du Directeur Général des **Établissements YACOUBA MAMANE**;
- Vu** les pièces du dossier ;

ENTRE

L'ENTREPRISE YACOUBA MAMANE, Demanderesse, d'une part ;

Et

LE MINISTRE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR, DE LA RECHERCHE ET DE L'INNOVATION, Défendeur, d'autre part ;

Sans que les présentes qualités puissent nuire ni préjudicier aux droits et intérêts respectifs des parties en cause mais au contraire sous les plus expresses réserves de fait et de droit ;

EN LA FORME :

Le recours a été déclaré recevable par décision n°010/ARMP/CRD du 16 février 2021 du Comité de Céans ;

Qu'il y a lieu à présent de procéder à l'examen au fond du litige ;

AU FOND :

Faits, procédure et Prétentions des Parties

Suivant décharge en date du 03 février 2021 délivrée par la Direction des Marchés Publics et des Délégations de Service Public du Ministère de l'Enseignement Supérieur, de la Recherche et de l'Innovation (**MESRI**), le Directeur Général des **ETS YACOUBOU MAMANE** achetait le dossier d'Appel d'Offres susvisé.

Par lettre en datée du lendemain 04 février 2021, il introduisait un recours préalable auprès dudit Ministère, pour contester certains critères de qualification contenus dans les Données Particulières de l'Appel d'Offres (DPAO), estimant ceux-ci discriminatoires et contraires aux dispositions des **articles 9, 17 et 19** du Code des marchés publics.

En effet, selon lui ces critères anticoncurrentiels relatifs au chiffre d'affaires, aux bilans et aux marchés similaires exigés sont les suivants :

1. une (1) copie légalisée de l'attestation de chiffre d'affaires annuel moyen d'au moins un milliard cinq cent millions de francs (**1.500.000.000**) CFA pour chaque année au titre des exercices 2019,2018 et 2017 et certifié par les service des impôts ;
2. une (1) copie légalisée des bilans certifiés par les services des impôts au titre des exercices 2019,2018 et 2017 pour un montant d'au moins un milliard cinq cents millions de francs (**1.500.000.000**) FCFA pour chaque année ;
3. une expérience en marchés similaires au cours de cinq (5) dernières années d'au moins deux (02) marchés distincts d'un montant de huit cent millions de francs (**800.000.000**) CFA, exécutés de manière satisfaisante, terminés et spécifiquement dans le domaine de la fourniture des céréales ou des pâtes alimentaires, accompagnés des copies légalisées des pages de garde et de signature des contrats enregistrés par les services des impôts et des copies des attestations de bonne fin.

Selon toujours le requérant, les montants minimums exigés par les critères ci-dessus énumérés paraissent exagérés et peuvent constituer un obstacle pour une meilleure concurrence et sont contraires aux principes fondamentaux des marchés publics consacrés par **l'article 9** du Code des marchés publics notamment, ceux relatifs *au libre accès à la commande publique, à la transparence, à l'économie et à l'efficacité*, en écartant délibérément la plupart des prestataires du domaine des marchés à commande des produits vivriers pour les internats, dont le dernier adjudicataire de ce type de marché, l'a pourtant bien exécuté en 2020.

En outre, il ajoute que ces critères de qualification violent les dispositions de **des article 17 et 19** du même Code en ce que respectivement, ces articles interdisent de mettre des éléments discriminatoires dans le DAO en vue de favoriser une large concurrence, gage d'un processus transparent et efficace et font obligation de faire figurer ces critères dans l'avis d'appel d'offres.

Par lettre **N°00067/MESRI/SG/DMP/DSP** en date du lundi 08 février 2021, reçue le même jour, le Secrétaire Général du Ministère de l'Enseignement Supérieur de la Recherche et de l'Innovation, Personne Responsable du Marché (PRM) a, en réponse au recours préalable, apporté les précisions ci-après :

✓ **sur le grief relatif au chiffre d'affaires, aux bilans et marchés similaires demandés par le DAO**

A ce sujet, la PRM précise qu'il ne revient pas à un candidat ou à un soumissionnaire à un marché public de se substituer à l'Autorité contractante (AC) pour déterminer le niveau minimum de chiffre d'affaires, du bilan et des marchés similaires. La fixation de ces critères de qualification, relève de la compétence exclusive de l'AC qu'elle ne saurait partager avec les candidats ou les soumissionnaires.

La PRM ajoute que **l'article 16** du Code des marchés publics, relatif aux critères d'éligibilité et de qualifications requises des candidats dispose que **« Chaque candidat à un marché, quelle que soit la procédure de passation des marchés, doit, aux fins d'attribution, justifier de ses capacités juridiques, techniques et financières dans son dossier d'offres. Il doit également justifier qu'il est à jour de ses obligations fiscales et parafiscales »**.

Ces dispositions sont complétées par celles prévues à l'**article 19** du même Code qui précise que « **La justification de la capacité économique et financière du candidat est constituée par une ou plusieurs des références suivantes:**

- 1) **des déclarations appropriées de banques ou d'organismes financiers habilités, ou, le cas échéant, la preuve d'une assurance des risques professionnels;**
- 2) **la présentation des bilans ou d'extraits de bilan, dans le cas où la publication des bilans est prescrite par la législation du pays où le soumissionnaire est établi;**
- 3) **une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché ou de la délégation, pour, au maximum, les trois derniers exercices en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité du soumissionnaire, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles ».**

Selon elle, la seule restriction imposée à l'Autorité contractante sur ce point est relative à la capacité technique prévue à l'**article 17** du Code qui indique que « (...) **Dans la définition des capacités techniques requises, les autorités contractantes ne doivent prendre aucune disposition discriminatoire, notamment celle visant à faire obstacle à l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique (...)** ».

Pour l'autorité contractante, le chiffre d'affaires étant déterminé en fonction du montant prévisionnel du marché, d'une part, et les marchés similaires en fonction du montant prévisionnel et de la nature de la fourniture, d'autre part, sauf à prétendre connaître le montant prévisionnel de ce marché, ce qui est constitutif d'une fraude, le requérant ne peut légitimement soutenir que les montants minimums de chiffre d'affaires, de bilan et marchés similaires demandés, lui paraissent exagérés.

✓ **Sur les griefs relatifs à la violation de l'article 9 du Code des marchés publics**

Relativement à la violation alléguée des principes fondamentaux de la commande publique par le requérant, le MESRI soutient que les conditions d'une meilleure efficacité de la commande publique, de la transparence, du

libre accès à la commande publique ont bien été respectées, dès lors qu'il s'agit d'un Appel d'Offre Ouvert, avec des critères de qualification fixés de manière objective, un projet de marché inscrit dans son PPM de l'année 2021 paru dans le **SAHEL** quotidien **N°10 049** du 04 janvier 2021 et l'avis spécifique y afférant publié le 29 janvier 2021 dans le **SAHEL Dimanche** sous le N°1926. La PRM conclut qu'aucune disposition de **l'article 9** précité n'a été violée dans cette procédure.

Elle ajoute que les éléments de réponses apportés au recours préalable constituent une preuve supplémentaire du respect du principe de la transparence par l'autorité contractante et précise qu'en exigeant aux candidats de justifier l'exécution au cours de cinq dernières années au moins deux (2) marchés distinct d'un montant minimum de huit cent millions **(800.000.000) FCFA**, elle a, connaissant bien le budget prévisionnel de ce projet d'achat, décidé de fixer ce seuil minimum en tenant compte du contexte actuel, caractérisé par la pandémie de la COVID19 en vue de garantir l'efficacité de l'opération par le truchement de ces critères que le requérant trouve, exagérés.

✓ **Sur le grief relatif au marché de produits vivriers exécuté en 2020**

Sur ce point, la PRM reconnaît que le marché des produits vivriers au profit des étudiants de l'année 2020 a bien été exécuté, mais souligne que les quantités et le montant prévisionnel actuels ne sont pas identiques à ceux de l'année précédente et les mesures restrictives liées à la COVID 19 ne cessent de croître, ce qui justifie les critères de qualifications fixés dans le DAO querellé.

✓ **Sur le caractère abusif du recours**

La PRM reconnaît certes, que le requérant a le droit d'exercer un recours devant le Comité de Règlement des Différends conformément aux dispositions des articles **165 et 166** du Code des marchés publics, mais précise que tout recours abusif est interdit par les textes.

Elle affirme que pour contrecarrer tout recours abusif, **l'article 77** du Code précité indique que les modifications du dossier d'appel d'offres sont transmises à tous les candidats **dix (10) jours** calendaires au minimum avant

la date de remise des offres, qui peut, dans cette hypothèse, également être prorogée par l'autorité contractante.

Or, précise la PRM, le recours des **ETS Yacoubou Mamane** a été introduit le 04 février 2021, alors même que la date limite de remise des offres est fixée au mardi 09 février 2021 et elle ne peut sous peine de violer l'article 77 susvisé, procéder à une quelconque modification du DAO.

La même obligation est imposée à l'AC par l'article **8 de l'arrêté N°136/PM/ARMP du 24 juillet 2017**, fixant les délais dans le cadre de passation des marchés publics

Pour la PRM, en introduisant son recours préalable à la date précitée, alors même que l'avis spécifique a été publié depuis le 29 janvier 2021, le requérant s'est livré à une manœuvre tendant, soit à retarder le processus et empêcher aux bénéficiaires d'avoir les produits alimentaires à un moment opportun, soit à rechercher un délai supplémentaire pour la préparation d'une offre pour laquelle il n'est pas manifestement prêt.

DISCUSSION :

Le Directeur Général des **Etablissements YACOUBA MAMANE** prétend que certains critères de qualification contenus dans les Données Particulières de l'Appel d'Offres sont discriminatoires et contraires aux dispositions de **l'article 19** du Code des marchés publics.

Il soutient à l'appui de son recours que ces critères anticoncurrentiels sont relatifs au chiffre d'affaires, aux bilans et aux marchés similaires notamment l'exigence de fournir :

- ✓ *une copie légalisée de l'attestation de chiffre d'affaires annuel moyen d'au moins un milliard cinq cent millions de francs (1.500.000.000) CFA pour chaque année au titre des exercices 2019,2018 et 2017 et certifié par les services des impôts ;*

- ✓ *une copie légalisée des bilans certifiés par les services des impôts au titre des exercices 2019,2018 et 2017 pour un montant d'au moins un milliard cinq cents millions de francs (1.500.000.000) FCFA pour chaque année ;*
- ✓ *une expérience en marchés similaires au cours de cinq (5) dernières années par la production de copies d'au moins deux (02) marchés*

distincts d'un montant de huit cent millions de francs (800.000.000) CFA, exécutés de manière satisfaisante, terminés et spécifiquement dans le domaine de la fourniture des céréales ou des pâtes alimentaires, accompagnées des copies légalisées des pages de garde et de signature des contrats enregistrés par les services des impôts et des copies des attestations de bonne fin.

Il a réitéré à l'audition lors de la séance du CRD les mêmes arguments présentés dans le recours préalable.

La Personne Responsable du Marché a fait valoir également comme dans la réponse qu'elle a réservé au recours préalable qu'il n'appartient pas à un candidat ou à un soumissionnaire à un marché public de se substituer à l'Autorité contractante pour déterminer le niveau minimum de chiffre d'affaires, de bilan et des marchés similaires motif pris de ce qu'il n'existe pas de seuil raisonnable pour la fixation des critères de qualification.

Elle fonde ses prétentions sur les articles **16, 17, 19 et 77** du Code des marchés publics, relatif aux critères d'éligibilité et de qualifications requises des candidats.

1. sur le grief relatif au chiffre d'affaires, aux bilans et marchés similaires demandés par le DAO

Le Comité de Règlement des Différends relève après examen des pièces produites dans le dossier et les échanges que le grief relatif au chiffre d'affaires, aux bilans et aux marchés similaires tels que demandés, est fondé.

En effet, l'analyse de certains critères de qualification contenus dans les Données Particulières de l'Appel d'Offres (DPAO) du DAO, fait ressortir des exigences hors de portée de la plupart des fournisseurs sans lien objectif avec la nature de la commande.

Il en est ainsi, comme l'a soutenu à juste titre le requérant de l'exigence d'un chiffre d'affaires annuel moyen d'au moins un milliard cinq cent millions de francs (1.500.000.000) CFA pour chaque année au titre des exercices 2019, 2018 et 2017 et des bilans annuels au titre des mêmes exercices pour un montant d'au moins un milliard cinq cents millions de francs (1.500.000.000) FCFA pour chaque année plus une expérience en marchés

similaires au cours de cinq (5) dernières années d'au moins deux (02) marchés distincts d'un montant de huit cent millions de francs (800.000.000) CFA.

Une vérification de ces critères révèle que les deux premiers critères ont trait à la capacité financière traitée dans la section III Données particulières de l'Appel d'Offres et le 3^{ème} critère fait partie des **capacités techniques et expérience** exigées.

L'insertion de ces critères viole **l'article 17 du Code des Marchés Publics** qui dispose que «...**Dans la définition des capacités techniques requises, les autorités contractantes doivent éviter toute disposition discriminatoire, notamment celle pouvant constituer un obstacle à l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique** ».

En outre, le fait d'exiger les chiffres d'affaires et les bilans sus indiqués pour les mêmes montants (**1 500 000 000**) FCFA de **2017 à 2019** prouve que le choix est porté sur une catégorie d'entreprises tout en écartant les petites et moyennes entreprises de soumissionner auxdits marchés alors même que l'objet du marché qui est la fourniture de vivres ne comporte aucune complexité pouvant justifier le recours à des critères aussi sélectifs.

L'Autorité Contractante elle-même l'a d'ailleurs, implicitement reconnu lorsqu'elle soutient que le dernier attributaire de ce type de marché, l'a bien exécuté en 2020.

La personne responsable du marché a soutenu sans en apporter la preuve que le choix des critères querellés a été guidé par le souci d'avoir un prestataire de service à même de fournir un produit en quantité et de qualité eu égard à contraintes engendrées par la **COVID19** sur les secteurs productifs.

Sur l'exigence de deux marchés similaires distincts d'au moins **800 000 000 de FCFA**, l'autorité contractante précise que ce montant demandé dans le DAO constitue la valeur cumulée des marchés et non la valeur de chaque

marché pris individuellement, et pense que le candidat n'avait pas compris le sens de ce critère.

Le CRD sur ce point relève qu'au regard des termes utilisés « **marchés similaires distincts d'un montant d'au moins huit cent millions** », le DAO a manqué de clarté en ce sens qu'il a créé une confusion en laissant penser comme l'a fait le requérant, à une autre compréhension. En effet, le DAO aurait été plus clair avec la formulation « **marchés similaires distincts d'un montant global d'au moins huit cent millions de francs CFA ...** »

2. Sur les griefs relatifs à la violation de l'article 9 du Code des marchés publics et au caractère abusif du recours,

Le Comité de Règlement des Différends constate également que la requérante a soulevé un cas de refus de modifications du DAO aux fins de purger les critères discriminatoires, à ce sujet, l'autorité contractante soutient qu'elle ne pouvait pas modifier le DAO sans enfreindre la loi sur le fondement des dispositions **l'article 77** du Code des Marchés Publics, relatives à la modification d'un dossier d'appel d'offres qui indiquent que « **la date de remise des offres peut également être prorogée par l'autorité contractante** ».

Ainsi, l'information à tous les candidats dix (10) jours calendaires au minimum avant la remise des offres peut être pris en compte ».

L'autorité contractante s'est contentée de dire qu'à ses yeux, elle ne pouvait pas modifier le dossier d'appel d'offres au motif que la date limite de remise des offres était le 09 février 2021, sans violer **l'article 77 sus visé**, ce qui ne constitue pourtant pas une violation du texte invoqué.

En effet, cet article s'applique à l'hypothèse où la personne responsable du marché décide librement de modifier un DAO, ce qui est différent du cas ou comme en l'espèce, la modification a été induite par un recours préalable à ne pas confondre avec une demande d'éclaircissements ou une quelconque sollicitation d'un candidat relative au dossier d'appel d'offres.

Relativement au chiffre d'affaires demandé, le comité de règlement des différends a constaté que la réponse tenant à l'argument d'avoir un prestataire pouvant exécuter correctement le marché n'est pas valable dès lors que le requérant a exécuté un marché important l'année dernière et reconnu par l'autorité contractante elle-même.

La personne responsable du marché n'a pas également pu apporter la preuve de l'urgence ayant justifiée la réduction des délais réduits contenus dans le DAO.

En effet, l'avis même de la DGCMP/EF donné sur le sujet n'est pas explicite en ce sens qui se contente de viser l'urgence sans expliquer en quoi l'acquisition projetée est urgente.

Sur l'allégation d'un abus de droit de recours, l'AC tout en reconnaissant, au requérant le droit d'agir conformément à **l'article 165** du code des marchés publics, soutient qu'il y a eu abus en se fondant sur le fait ^{que} le requérant remplit tous les critères critiqués du DAO et que probablement, il n'était pas prêt pour déposer son offre et jouait au dilatoire pour gagner du temps ou simplement voulait retarder l'attribution du marché. Le requérant sur ce point a rétorqué que son action vise à corriger des obstacles à l'accès des PME à la commande publique de façon générale au-delà de son entreprise.

A ce propos, le CRD remarque qu'aucune preuve tangible de l'abus n'a pas été suffisamment établie, l'AC ayant raisonné plutôt par hypothèse en se contentant d'affirmer.

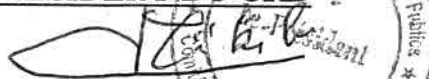
En considération de tout ce qui précède, le CRD, constate que les principes posés par **l'article 9** du Code des Marchés Publics et des Délégations de service Public tels que « **le libre accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats** », n'ont pas été respectés et demande par conséquent à l'Autorité Contractante de corriger son DAO pour le rendre plus ouvert.

PAR CES MOTIFS :

1. déclare, fondé, le recours contentieux introduit par le Directeur de l'Établissement **YACOUBA MAMANE** ;
2. dit que l'autorité contractante doit réviser le DAO en extirpant de celui-ci tout critère pouvant entraîner la rupture d'égalité entre les candidats;
3. dit que cette décision est exécutoire, conformément à la réglementation en vigueur ;
4. dit que le Secrétaire Exécutif de l'Agence de Régulation des Marchés Publics est chargé de notifier au Directeur Général de l'Établissement **YACOUBA MAMANE**, ainsi qu'au Ministère de l'Enseignement Supérieur, de la Recherche et de l'Innovation, la présente décision qui sera publiée au journal des marchés publics.

Fait à Niamey, le 04 Mars 2021

LE PRÉSIDENT DU CRD



M. MAMOUDOU MAIKIBI

