

Décision N° 1000072 /ARMP/CRD du mardi 20 Septembre 2022, sur l'examen de la recevabilité du recours introduit par le Directeur Général de l'entreprise Boha Electronic Service, BP : 10 513 Niamey-Niger, TEL : (+227) 2073 27 68 contre le Ministère de la Communication, chargé des Relations avec les Institutions, relatif à l'appel d'offres ouvert national n°002/2022/MC-RI/SG/DMP-DSP, portant équipement de quatre (04) radios communautaires.

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

- 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°2004-192/PRN/PM du 06 juillet 2004, fixant les modalités de fonctionnement du Comité de Règlement des Différends;
- 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 attributions, composition, organisation et modalités de fonctionnement de l'Agence de Régulation des Marchés Publics, et ses textes modificatifs subséquents;
- Vu le décret N° 2022-378/PRN/PM du 27 avril 2022, portant nomination des membres du Conseil National de Régulation des Marchés Publics (CNRMP);
- Vu le règlement Intérieur du Comité de Règlement des Différends;
- Vu la résolution du CNRMP du 02 juin 2022, portant nomination du Président du Comité de Règlement des Différends;
- Vu la requête du Directeur Général de l'entreprise Boha Electronic Service du 12 Septembre 2022 ;
- Vu les pièces du dossier;

AGENCE DE RÉGULATION
DES MARCHÉS PUBLICS

COPIE CERTIFIÉE
CONFORME A L'ORIGINAL

LE 29 SEPT 2022

Statuant en matière de règlement de différend relatif à l'attribution de marchés publics, en sa session tenue à la date sus indiquée à laquelle siégeaient **Messieurs :Moustapha Matta**, Président, **Hassane Iddé**, **Chayabou Habou Ibrahim**, **Kandarga Mahaman Tahir** et **Ali Mariama Ibrahim Maifada**, tous Conseillers à l'Agence de Régulation des Marchés Publics, membres dudit Comité, assisté de **Messieurs Yacouba Soumana**, Directeur de la Réglementation et des Affaires Juridiques et **Elhadji Magagi Ibrahim**, Chef du Service de Contentieux assurant le secrétariat de séance, après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation, a rendu la décision dont la teneur suit :

entre

L'entreprise Boha Electronic Service, soumissionnaire, Demanderesse, d'une part;

et

Le Ministère de la Communication, chargé des Relations avec les Institutions, Autorité Contractante, **Défendeur**, d'autre part;

Faits, procédure et prétentions des parties

Par courrier du 26 août 2022, le Secrétaire Général du Ministère de la Communication, chargé des Relations avec les Institutions (MC-RI), Personne Responsable du Marché (PRM) a notifié au Directeur Général de l'entreprise Boha Electronic Service, le rejet de son offre au motif que, d'une part, il n'a pas fourni, un pouvoir d'habilitation à engager le soumissionnaire et, d'autre part, il a présenté plusieurs pièces administratives et techniques identiques à celles produites par l'entreprise Galeries Boha.

En outre, il l'a informé que le **lot1** a été attribué à l'entreprise OCI TECHNOLOGY, pour un montant de **cinquante-sept millions trois cent vingt-deux mille trois cent (57 322 300) CFA TTC** avec un délai d'exécution de **trois (03) mois**.

Aussi, il lui a également notifié que son offre, relative au **lot 2** n'a pas été retenue pour les mêmes les motifs et que ce lot a été du reste déclaré infructueux.

Par correspondance du 1^{er} Septembre 2022, le Directeur Général de l'entreprise Boha Electronic Service a introduit un recours préalable, pour contester les motifs de rejet de ses offres.

Il dit douter de la sincérité des travaux de la Commission d'Ouverture des Plis, d'évaluation des offres et d'Attribution du marché (COPA), pour avoir reçu deux (2) courriers émanant de la PRM, le même jour.

Selon lui, les travaux de cette commission doivent se faire sur la base des principes fondamentaux de la commande publique notamment, l'égalité des soumissionnaires, la neutralité de la PRM, le libre accès, les valeurs de référence des agents publics intervenant dans les procédures de passation des marchés publics, à savoir l'éthique et l'intégrité morale.

Il fait valoir que les Données Particulières de l'Appel d'Offres (DPAO) du Dossier d'Appel d'Offres (DAO) ont prévu à la section III que : « **les renseignements et les données qui suivent pour l'équipement de quatre (4) radios communautaires, précisent ou modifient les articles des instructions aux candidats(IC). En cas de divergence, les dispositions ci-après prévaudraient sur les articles des IC** ».

Il ajoute que l'IC 32.3 des DPAO a exigé que l'évaluation et la comparaison des offres se fassent conformément aux étapes suivantes :

1^{ère} étape : qui consiste à la vérification de la conformité des critères d'éligibilité à l'article 3 des DPAO;

2^{ème} étape : vise à vérifier la conformité des critères de qualification à l'article 4 des DPAO ;

3^{ème} étape : doit permettre de vérifier la conformité des documents suivants :

- la lettre de soumission ;
- le bordereau des prix ;
- le bordereau des quantités et calendrier de livraison ;
- la garantie de soumission
- le formulaire de renseignement sur le candidat ;
- l'acte d'engagement à respecter le code d'éthique
- le modèle de marché ;
- le reçu d'achat du DAO ;

4^{ème} étape : sert à vérifier la satisfaction aux spécifications techniques demandées en ce sens que la non satisfaction entraîne le rejet de l'offre ;

5^{ème} étape : consiste à l'évaluation financière des offres.

Pour le requérant, en application des clauses susvisées, le maître d'ouvrage n'utilisera que les critères et méthodes définis dans le DAO, pour évaluer les offres à l'exclusion de tout autre critère et méthode.

Par conséquent, le Comité d'Experts Indépendant (CEI) n'a aucun pouvoir, d'ajouter un autre critère non défini dans le DAO.

En ajoutant l'étape d'examen préliminaire, le CEI a violé les IC précitées, dans le seul but de disqualifier un soumissionnaire expérimenté, dont l'offre est la plus avantageuse techniquement et financièrement.

Il fait savoir que lors de la séance d'ouverture des plis, présidée par le Secrétaire Général dudit Ministère, ce dernier avait demandé à la Directrice des Marchés Publics, d'une part, de rappeler les dispositions pertinentes de l'appel d'offres et, d'autre part de distribuer aux (5) membres de la commission, un tableau récapitulatif afin de relever les différentes pièces demandées dans le DAO.

Il souligne que le CEI n'a nulle part fait cas d'un document habilitant le signataire à engager le soumissionnaire.

Il a également remarqué que contrairement aux exigences de l'IC 17.1, le Service Après-Vente n'a pas été pris en compte, lors de l'évaluation des offres, dans la mesure où il ne figure dans aucun des rapports établis par les comités.

Il prétend que l'évaluation n'a pas respecté les stipulations de l'IC16.1 et 16.2 des DPAO selon lesquelles : **« pour établir la conformité des fournitures et/ou service connexes au DAO, le candidat fournira dans le cadre de son offre, les preuves écrites que les fournitures se conforment aux prescriptions techniques et normes spécifiées à la section IV. Les preuves écrites peuvent revêtir la forme de prospectus, dessins, ou données et comprendront une description détaillée des principales caractéristiques techniques et de performance des fournitures et/ou services connexes démontrant qu'ils correspondent pour l'essentiel aux spécifications techniques et le cas échéant une liste de divergence et réserves par rapport aux dispositions de la section V. »**

Aussi, le **point 4** de la section V du DAO, relatif aux Clauses Techniques prévoit que les normes en matière d'équipement, de matériaux ainsi que de la main d'œuvre spécifiée dans les documents d'appel d'offres, ne doivent pas présenter un caractère limitatif et les normes internationales doivent être utilisées dans toute la mesure du possible.

Le requérant fait observer, d'une part que, lors de l'ouverture des Plis, l'attributaire provisoire n'a pas fourni un prospectus du matériel qu'il a proposé et un dessin, d'autre part, son offre n'a pas donné une description détaillée des principales caractéristiques techniques et performances des fournitures.

Aussi, l'attributaire provisoire n'a ni mentionné la marque du matériel présenté ou une référence, encore moins une norme internationale en matière d'équipement technique (ISO) comme l'exigent les **IC 16.1 et 16.2** précitées.

Au surplus, le marché similaire qu'il a fourni n'est pas conforme à celui exigé, en ce sens que son entreprise n'a jamais exécuté un marché de fourniture et pose de radio communautaire.

C'est en considération de tout ce qui précède que, le Directeur Général de l'entreprise Boha Service Electronic a estimé que l'attribution de ce marché viole les **IC 16.1, 16.2, 17.1b, 32.3a** des DPAO et la section V du DAO.

Tél:(+227)20723500-Fax:(+227)20725981-BP:725Niamey-Niger-Email:armp@intnet.newww.armp-niger.org

C'est pour toutes ces raisons, qu'il a demandé à la PRM de bien vouloir reprendre les analyses conformément au DAO et au principe de neutralité, afin d'attribuer ce marché à son entreprise qui a proposé une offre conforme pour l'essentiel.

N'ayant pas eu de réponse à son recours, le Directeur Général de l'entreprise Boha Electronic Service a saisi le CRD, par requête reçue le lundi 12 septembre 2022.

Il précise dans sa requête que six (06) jours ouvrables se sont passées depuis le dépôt de son recours préalable, le mercredi 31 Août 2022, il n'a obtenu aucune réponse, d'où la saisine du CRD, afin de dire le droit, de faire respecter le principe du libre accès à la commande publique et de stopper le favoritisme conformément aux dispositions du code des marchés publics.

Par ailleurs, par lettre du lundi 12 septembre 2022 reçue le mercredi 14 septembre 2022, le Secrétaire Général du Ministère de la Communication, chargé des Relations avec les Institutions a répondu au recours préalable introduit par l'entreprise Boha Electronic Service.

Dans sa réponse, il a attiré, d'une part, l'attention du requérant sur le risque d'un retard voire la perte des crédits budgétaires alloués à ce marché, et d'autre part, que son département ministériel entend prendre toutes les dispositions qui s'imposent en cas de violation du code d'éthique et de déontologie des marchés publics régi par le décret n°2018-496/PRN/PM du 20 juillet 2018.

La PRM a apporté à ce recours les éclaircissements ci-après :

✓ **Sur l'examen des offres et la confirmation écrite habilitant le signataire de l'offre à engager le candidat**

Le Secrétaire Général soutient que cette pièce n'a pas été inventée par son département ministériel, en vue d'éliminer un candidat mais qu'elle a été exigée par l'IC 10.1 (c) du DAO.

En outre, contrairement aux allégations du requérant, l'étape préliminaire d'évaluation des offres a effectivement été prévue par l'IC 30 à laquelle les clauses des DPAO qu'il a invoquées, viennent préciser qu'en plus de tout ce qui est demandé plus haut, il doit être vérifié, l'existence de tout autre document requis par l'IC 10.1g.

Il indique que quel que soit la méthode utilisée, la vérification de toutes les pièces exigées par le DAO doit être faite par le CEI, dans les mêmes conditions pour tous les soumissionnaires.

✓ **sur le non-respect des clauses des IC 32.1,2 et 3**

La PRM précise que ces dispositions font partie intégrante de l'IC 32, portant sur l'évaluation des offres et qu'une lecture impartiale du point 1 de cette IC permet de

comprendre, que l'autorité contractante évaluera chacune des offres pour établir, si elle était conforme pour l'essentiel, ce qui n'est pas malheureusement, le cas de l'offre du requérant qui ne contient pas un document de confirmation écrite, habilitant le signataire de l'offre à engager le candidat, tel que décrit à l'IC 10.(c).

✓ **Sur l'expérience des ETS Boha Electronic Service mise en exerque.**

Le Secrétaire Général affirme, d'une part, qu'il ne doute pas de l'expérience d'un soumissionnaire et que le requérant fait un mauvais procès à son département ministériel, et d'autre part, il n'a jamais eu l'intention d'éliminer un soumissionnaire mais que les offres sont évaluées sur la base des documents exigés dans le DAO, et s'il ne le fait pas ainsi, le reproche peut provenir des autres soumissionnaires.

Du reste, le requérant doit se souvenir que son entreprise avait eu à exécuter plusieurs marchés au profit du Ministère de la Communication, cela n'est pas fortuit mais c'est parce qu'elle avait rempli les conditions exigées lui permettant d'obtenir l'attribution desdits marchés parmi d'autres concurrents.

Il précise que si le Ministère voulait favoriser un candidat, le lot 2 n'allait pas être déclaré infructueux.

✓ **Sur les allégations de violation des IC 16.1 et 2 et 17.1**

La PRM indique que l'IC 16 est relative à la production des documents devant attester de la conformité des fournitures et/ou services au DAO, et qu'en lisant bien les clauses de cette IC, l'on peut comprendre qu'elle porte sur le respect des spécifications techniques demandées.

S'agissant des griefs relatifs aux prospectus ou autres dessins qui sont téléchargeables d'ailleurs sur internet, ces éléments peuvent être considérés comme un atout pour tout candidat qui les produit et qui arrive à cette étape d'analyse des offres.

Quant à l'IC 17.1 du DAO, elle permet de savoir que même si une attestation de Service Après-Vente n'a pas été explicitement évoquée dans le rapport d'évaluation, cela ne veut pas dire qu'elle n'a pas été contrôlée et que son existence donne un atout au soumissionnaire qui l'a présentée, tout comme les prospectus et autres dessins qui pourraient être joints afin d'étayer sa proposition bien que n'étant pas une pièce éliminatoire.

✓ **Sur le marché similaire fourni par l'attributaire provisoire du lot1.**

La PRM, tout en tenant pour responsable, le Directeur Général de l'entreprise Boha Electronic Service, des propos tenus à l'encontre de l'attributaire provisoire, selon lesquels, celui-ci n'aurait jamais installé une radio communautaire, confirme que le
Tél:(+227)20723500-Fax:(+227)20725981-BP:725Niamey-Niger-Email:armp@intnet.ne www.armp-niger.org

marché similaire qu'il a produit a été jugé conforme par le CEI, en ce sens qu'il porte sur l'installation en 2021 de la radio communautaire de HARIKANASSOU qui est actuellement fonctionnelle.

En conclusion, la PRM s'est interrogé sur la question de savoir, comment le requérant a fait pour connaître les contenus des offres des autres concurrents et estime qu'il est en concurrence déloyale, ce qui constitue une violation du **point (f)** de l'acte d'engagement qu'il a signé qui stipule que : **« A titre de sanction, nous pouvons être exclus temporairement de la commande publique, s'il est établi que, dans le cadre de la passation et de l'exécution du marché, nous avons fourni des informations ou des déclarations fausses ou mensongères, ou usage d'informations confidentielles dans les cadre de la procédure d'appel d'offres. »**

SUR LA RECEVABILITE

Pour statuer sur la forme d'un recours, le Comité de Règlement des Différends s'assure que la procédure de passation du marché est soumise au Code des marchés publics, vérifie les conditions de forme et de délais de sa saisine.

Le recours préalable doit obéir aux conditions fixées par l'article 165 du code précité selon lesquelles: **« Tout candidat s'estimant injustement évincé peut soumettre par écrit un recours préalable auprès de la personne responsable du marché. Une copie de ce recours est adressée au Comité de Règlement des Différends de l'Agence de Régulation des Marchés Publics ..., Il doit invoquer une violation caractérisée de la réglementation des marchés publics et des délégations de service public. Sous peine d'irrecevabilité, ce recours doit être exercé dans les cinq (5) jours ouvrables suivant la publication de l'avis d'appel d'offres ou de la communication du dossier d'appel d'offres, de la notification de la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché ou la délégation de service public. Le recours a pour effet de suspendre la procédure de passation ou d'attribution jusqu'à la décision de l'autorité contractante. »**

En application des dispositions de l'article 166 du même code, en l'absence de décision favorable dans les **cinq (5) jours ouvrables** suivant le dépôt du recours préalable, le requérant dispose de **trois (3) jours ouvrables** pour présenter un recours devant le Comité de Règlement des Différends.

La requête aux fins de saisine du CRD, doit satisfaire aux conditions prévues par l'article 5 du décret 2004-192/PRN/MEF du 06 juillet 2004, fixant les modalités de fonctionnement du Comité de Règlement des Différends qui exige que **« la requête doit contenir les nom et adresse du demandeur, l'objet de la demande, l'exposé sommaire des motifs, l'énonciation des pièces dont le requérant entend se servir et être accompagnée de la décision attaquée. La requête affranchie d'un timbre**

fiscal, conformément aux textes en vigueur, est inscrite sur un registre d'ordre tenu par le Secrétariat du Comité. »

En l'espèce, le Directeur Général l'entreprise Boha Electronic Service a introduit son recours préalable, le jeudi 1^{er} septembre 2022, après avoir reçu la notification du rejet de son offre, le vendredi 26 août 2022.


A compter du vendredi 09 septembre 2022, correspondant aux sixième (6^{ème}) jours ouvrables après le dépôt du recours préalable, le requérant avait jusqu'au mardi 13 septembre 2022, pour saisir le CRD, ce qu'il a fait, dès le lundi 12 septembre 2022, soit dans les délais et les formes requis.

En considération de tout ce qui précède, il y a lieu, dès lors, de déclarer recevable en la forme, le recours.

PAR CES MOTIFS :

- ✓ Déclare, **recevable** en la forme, le recours du Directeur Général l'entreprise Boha Electronic Service **contre** le Ministère de la Communication, chargé des Relations avec les Institutions;
- ✓ Dit **qu'un Conseiller est désigné** pour instruire le dossier;
- ✓ Dit qu'en application de l'**article 167** du code des marchés publics, la **procédure de passation du marché est suspendue**, en attendant la décision au fond du Comité de Règlement des Différends;
- ✓ Dit que les **documents originaux relatifs** à la procédure du marché doivent être transmis à l'Agence de Régulation des Marchés Publics dans les **meilleurs délais**;
- ✓ Dit que cette décision est exécutoire, conformément à la réglementation en vigueur;
- ✓ Dit que le Secrétaire Exécutif de l'Agence de Régulation des Marchés Publics est chargé de notifier au Directeur Général de l'entreprise Boha Electronic Service ainsi qu'au Ministère de la Communication, chargé des Relations avec les Institutions, la présente décision qui sera publiée au journal des marchés publics.

Fait à Niamey, le 20 Septembre 2022

Le Président du CRD

MOUSTAPHA MATTA

Agence de Régulation des Marchés Publics
Le Président
Comité de Règlement des Différends