

Décision N° 000093/ARMP/CRD du 11 novembre 2022, statuant sur le fond du recours de l'entreprise Adamou Mounkaila, alias Italien, BP : 51 Dosso-Niger, TEL : (+227) 96 26 19 97, contre la Direction Régionale de l'Enseignement Technique et de la Formation Professionnelle de Tillabéri, relatif à l'Appel d'Offres Ouvert National n°01/2022/DRET/FP/TI/FCSE, pour l'acquisition de la matière d'œuvre au profit des CFM et CET de la région de Tillabéri.

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 le recours de l'entreprise Adamou Mounkaila du 12 octobre 2022;
- Vu les pièces du dossier

Entendu le rapport d'instruction ;



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 **Mesdames : Souleymane Gambo Mamadou**, Présidente par intérim, **Bachir Safia Soromey**, **Messieurs : Chayabou Habou Ibrahim**, **Hassane Iddé** et **Madou Yahaya**, tous Conseillers à l'Agence de Régulation des Marchés Publics, membres dudit Comité, assistés 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 **Adamou Mounkaila alias italien**, soumissionnaire, **Demanderesse**, d'une part;

et

La **Direction Régionale de l'Enseignement Technique et de la Formation Professionnelle de Tillabéri**, autorité contractante, **Défenderesse**, d'autre part;

FAITS

Par lettre du 09 septembre 2022, le Directeur Régional de l'Enseignement Technique et de la Formation Professionnelle de Tillabéri (DRET/FP/TI), Personne Responsable du Marché (PRM) a notifié au Directeur Général de l'entreprise Adamou Mounkaila, Alias Italien, l'attribution provisoire du marché objet de l'appel d'offres susvisé, pour un montant de **trente-neuf millions neuf cent trente mille deux cent douze francs (39 930 212) CFA** avec un délai de livraison de trente (30) jours.

Aussi, l'avait-il invité à prendre attache avec ses services dans un délai de cinq (5) jours calendaires à compter de la notification pour les formalités de signature du contrat dans le cas où aucun recours des autres soumissionnaires n'a été introduit.

Par courrier du 03 Octobre 2022, la Direction Régionale de l'Enseignement Technique de Tillabéri a notifié à l'entreprise Adamou Mounkaila alias italien que suite à l'examen d'un recours exercé par l'entreprise Abdoul Moumouni Dan Badjo, le Comité d'Experts Indépendant (CEI) a décelé que l'attributaire provisoire du marché est un fonctionnaire : un statut incompatible avec celui de l'attributaire d'un marché public, ce qui constitue une violation des dispositions du code des marchés publics et du statut général de la fonction publique, d'où l'annulation de ladite attribution.

Par ailleurs, il l'a informé que le marché a été provisoirement attribué à l'entreprise Aboul Moumouni Dan Badjo qui a présenté une offre conforme pour l'essentiel et jugée satisfaisante, pour un montant de **quarante un millions trois cent trente un mille**

trois cent dix-huit francs (41 331 318) CFA TTC avec un délai de livraison de trente (30) jours.

Par lettre du 07 octobre 2022, le Directeur Général de l'entreprise Adamou Mounkaila alias italien a déposé un recours pour contester l'annulation du marché qui lui avait été attribué.

Par courrier du 10 octobre 2022, le Directeur Régional de l'Enseignement Technique et de la Formation Professionnelle de Tillabéri a répondu au recours préalable.

N'étant pas satisfaite de cette réponse, l'entreprise Adamou Mounkaila a saisi le CRD le 12 octobre 2022, lequel a rendu le 19 octobre 2022 la décision dont la teneur suit :

- ✓ Déclare, recevable en la forme, le recours de l'entreprise Adamou Mounkaila alias italien contre la Direction Régionale de l'Enseignement Technique et de la Formation Professionnelle de Tillabéri;
- ✓ Dit qu'en application de l'**article 167** du code des marchés publics, la procédure de passation dudit marché est suspendue, en attendant la décision au fond du Comité de Règlement des Différends;
- ✓ Dit qu'un Conseiller est désigné pour instruire le dossier;
- ✓ Dit que les documents originaux relatifs à la procédure dudit 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.

En application de cette décision, le Secrétariat Exécutif de l'ARMP a demandé au Directeur Régional de l'Enseignement Technique et de la Formation Professionnelle de Tillabéri le 21 octobre 2022, la transmission des documents originaux du marché aux fins d'instruction du dossier, ce qu'il a fait par lettre reçue le 28 octobre 2022.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

Le requérant soutient à l'appui de son recours qu'aucune disposition du Code des marchés publics n'a prévu le rejet d'une offre parce que le soumissionnaire est fonctionnaire.

Il précise qu'en matière des marchés publics, seules les dispositions du Code des marchés publics peuvent écarter un soumissionnaire et qu'en l'espèce le Dossier d'Appel d'Offres (DAO) n'a pas prescrit le rejet d'une offre à cause de la qualité de fonctionnaire de son auteur.

Aussi, conteste-t-il l'attribution du marché au soumissionnaire classé 2^{ème} moins disant.

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

La PRM pour sa part, soutient le maintien de la décision d'annulation de l'attribution du marché à l'entreprise Adamou Mounkaila alias italien qui appartient à un fonctionnaire.

Elle fait savoir au requérant que les textes de la république, notamment le code des marchés publics, le statut général de la fonction publique, l'Acte Uniforme OHADA (article 9 de l'Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général du 15 décembre 2010) se complètent les uns des autres.

L'OBJET DU DIFFEREND

Les éléments de faits révèlent que le différend porte sur l'annulation de l'attribution provisoire d'un marché à une entreprise individuelle appartenant à un fonctionnaire.

EXAMEN DU DIFFEREND

Après avoir examiné le rapport d'instruction, auditionné les parties et suite au débat, le Comité de Règlement des Différends constate que :

Sur l'unique grief relatif à la qualité d'enseignant en activité, attributaire provisoire d'un marché

Lors de son audition, monsieur Adamou Mounkaila a déclaré au CRD qu'il est fonctionnaire en activité, magasinier à l'inspection de Birni N'Gaouré et Directeur Général des ETS Alias Italien.

Il ressort du rapport d'instruction que le requérant est le Directeur Général des ETS Alias Italien immatriculé au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier de Dosso sous le numéro DOS-09-A-110 délivré le 1^{er} janvier 2009 à Dosso et est fonctionnaire en activité, nommé par arrêté n° 0297 du 20 novembre 1995, numéro matricule 68135/R.

Contrairement aux allégations du requérant, le point 8 de l'article 23 du code des marchés publics dispose que : « *Ne peuvent obtenir de commande ou de sous-traitance, ni par eux-mêmes ni par l'intermédiaire d'autrui, de la part des autorités contractantes (...) le Président de la République, les Présidents des Institutions de la République, le Premier Ministre, les membres du Gouvernement, les Députés, les Gouverneurs, les Maires, les préfets, le personnel des forces de défense et de sécurité, les agents publics et toutes*

autres personnes exclues en vertu des dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires. »

Aussi, l'article 21 de loi n° 2007-296 du 23 juillet 2007, portant Statut Général de la Fonction Publique dispose-t-il que *« Les agents de la Fonction Publique sont tenus de consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle à l'exercice de leur emploi, d'être présents à leur lieu de service pendant les heures légales de travail et d'accomplir par eux-mêmes les tâches qui leur sont confiées (...) »*

L'article 22 du statut susvisé dispose qu' *« Il est interdit à tout agent de la Fonction Publique, quelle que soit sa position, d'avoir, par lui-même ou par personne interposée sous quelque dénomination que ce soit, dans une entreprise soumise au contrôle de son Administration ou service, ou en relation avec son Administration ou service, des intérêts de nature à compromettre son indépendance. Lorsque le conjoint d'un fonctionnaire exerce à titre professionnel une activité privée lucrative, déclaration doit être faite à l'Administration ou service dont relève le fonctionnaire. Dans ce cas, l'autorité compétente prend, s'il y a lieu, les mesures propres à sauvegarder les intérêts du service »*

Comme l'a relevé à juste titre, la PRM, la participation d'un fonctionnaire est incompatible à l'article 9 de l'Acte Uniforme Portant sur le Droit Commercial Général qui dispose que *« l'exercice d'une activité commerciale est incompatible avec l'exercice des fonctions ou professions suivantes : fonctionnaire et personnels des collectivités publiques et des entreprises à participation publique (...) »*.

Au surplus, l'article 10 du décret n° 2008-244/PRN/MFP/T du 31 juillet 2008, portant modalités d'application de la loi n° 2007-296 du 23 juillet 2007, portant Statut Général de la Fonction Publique prévoit que *« l'agent de la fonction publique ne doit assumer aucune fonction ou position, se livrer à aucune transaction ou avoir un intérêt financier, commercial ou matériel, qui soit incompatible avec ses fonctions. Sans préjudice des incompatibilités définies par voie réglementaire, l'agent de la fonction publique doit, dans la mesure exigée par sa situation officielle, déclarer ses intérêts financiers et commerciaux ou les activités entreprises à des fins lucratives, par lui-même ou par des membres de sa famille si cela peut porter préjudice aux intérêts de l'Etat. En cas de conflit d'intérêts apparent ou éventuel entre sa situation professionnelle et son intérêt particulier, il doit mettre fin aux activités susceptibles de donner lieu à un tel conflit »*.

En considération de tout ce qui précède, le requérant a violé les textes susvisés et la PRM a, à juste titre annulé l'attribution provisoire du marché à l'entreprise Adamou Mounkaila alias italien.

Il y a lieu, dès lors de déclarer, non fondé le recours du Directeur Général de l'entreprise Adamou Mounkaila alias italien contre la Direction Régionale de l'Enseignement Technique et de la Formation Professionnelle de Tillabéri.

PAR CES MOTIFS :

- ✓ Déclare, non fondé le recours du Directeur Général de l'entreprise Adamou Mounkaila alias italien contre la Direction Régionale de l'Enseignement Technique et de la Formation Professionnelle de Tillabéri;
- ✓ Constate que l'entreprise Adamou Mounkaila alias italien est une entreprise individuelle ;
- ✓ Dit que Monsieur Adamou Mounkaila, Directeur Général de l'entreprise Adamou Mounkaila est un fonctionnaire;
- ✓ Dit que la participation du requérant à un marché public viole les dispositions de l'article 9 de l'Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général de l'OHADA, l'article 21 de loi n° 2007-296 du 23 juillet 2007 portant statut général de la fonction publique ainsi que l'article 10 de son décret d'application et le point 8 de l'article 23 du code des marchés publics et des délégations de service public;
- ✓ Confirme la décision d'annulation de l'attribution provisoire du marché à l'entreprise Adamou Mounkaila alias italien ;
- ✓ Confirme les résultats des travaux de la Commission d'Ouverture, d'Evaluation et d'Attribution du marché à l'entreprise Abdoul Moumouni Dan Badjo ;
- ✓ Ordonne, la levée de la suspension de la procédure de passation du marché;
- ✓ Dit que la 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 à l'entreprise Adamou Mounkaila alias italien ainsi qu' à la Direction Régionale de l'Enseignement Technique et de la Formation Professionnelle de Tillabéri, la présente décision qui sera publiée au journal des marchés publics.

Fait à Niamey, le 11 novembre 2022



Le Président du CRD

Monsieur MOUSTAPHA MATTA