

Décision n°000060 /ARCOP/CNRCP/CRD du 20 juillet 2023, sur l'examen au fond du recours du groupement Babati BTP-H/ Faso General Technology (Babati/FGT)sis à 11 BP: 110 CMS Ouagadougou, TEL: (+226) 25 30 17 09/ (+227) 96 29 83 13 contre la Société de Patrimoine des Eaux du Niger, suite au rejet de son offre relative à l'Appel d'Offres International n°11/DTN/SPEN/2022, pour les travaux de fourniture et pose de conduites de distribution de la rive droite dans le cadre du projet de construction de la 3ème usine de traitement et de production d'eau potable à Niamey/KAREY GOROU sur la rive droite du fleuve Niger.

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS (CRD)

- Vu la loi n°2022-46 du 12 décembre 2022 portant création, statut, missions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique (ARCOP) ;
- 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°2022-743/PRN/PM du 29 septembre 2022 portant Code des Marchés publics et des délégations de service public ;
- 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 décret n°2004-192/PRN/MEF du 06 juillet 2004, fixant les modalités de fonctionnement du Comité de Règlement des Différends ;
- Vu le règlement Intérieur du Comité de Règlement des Différends ;
- Vu la résolution n°013/2022 du CNRMP du 1^{er} décembre 2022 portant élection du Président du Comité de Règlement des Différends ;
- Vu la décision n°000007/PCNRMP/ARMP du 15 décembre 2022 portant création de groupes du Comité de Règlement des Différends ;
- Vu la résolution n°09/2023 du CNRCP, du 25 mai 2023 portant élection du Président du CRD ;
- Vu la requête du mandataire du groupement des Babati BTP-H et Faso General Technology du 13 juin 2023 ;
- Vu les pièces du dossier ;

Statuant en matière de règlement de différend relatif à l'attribution de marchés publics, en sa session tenue à la date susvisée et à laquelle siégeaient **Mesdames : Ali Mariama Ibrahim Maifada**, Présidente, **Diori Maimouna Malé**, **Messieurs : Chayabou Habou Ibrahim, Rabiou Adamou, Hassane Iddé et Tahir Mahaman Kandarga**, tous Conseillers à l'Autorité de Régulation de la Commande Publique, membres dudit Comité, assistés de **Messieurs Yacouba Soumana**, Directeur de la Réglementation et des Affaires Juridiques, **Elhadji Magagi Ibrahim**, Chef de Service du Contentieux, assurant le secrétariat de séance.

Après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation, le CRD a rendu la décision dont la teneur suit :

entre

Le groupement Babati BTP-H/FGT, soumissionnaire, **Demandeur**, d'une part ;

et

La Société de Patrimoine des Eaux du Niger, Autorité contractante, **Défenderesse**, 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.

FAITS :

Dans le cadre de l'Avis d'Appel d'Offres susvisé, le Directeur général de la Société de Patrimoine des Eaux du Niger (SPEN), Personne Responsable Principale du Marché (PRPM), a notifié par courrier du 02 juin 2023 au mandataire du groupement Babati BTP-H/Faso General Technology, le rejet de son offre aux motifs suivants :

- Un retard accusé respectivement de quatre (04) ans et sept (07) mois par rapport à la date de la réception provisoire par l'entreprise Faso General Technology (FGT) sur les travaux d'amélioration du système AEP des Villes de Sikasso, Koutiala, Kayes et Kati au Mali ;

- Un retard de trois (3) ans et trois (3) mois a été observé sur les travaux des AEP de la ville de LEO exécutés par le groupement FGT/FI SAU ;
- Un risque sur la rentabilité et la solvabilité à long terme du groupement ;
- L'entreprise Babati BTP/H chargée de la pose des canalisations selon la convention du groupement n' a présenté aucune expérience en matière de pose de conduites.

Par ailleurs, dans le même courrier, il l'a informé que c'est l'offre du groupement ASI-BF/Dar Es Salam qui a été retenue avec un montant de **cinq milliards neuf cent quatre-vingt-neuf millions sept cent treize mille sept cent quatre-vingt-dix-neuf francs (5 989 713 799) CFA.**

Faisant suite au rejet de son offre, le groupement Babati/FGT a introduit un recours préalable le 06 juin 2023, pour contester ce rejet.

Il soutient à l'appui de ce recours que ces motifs invoqués pour écarter son offre ne sont pas fondés et suffisants. Il s'agit de :

- **Dates de réception provisoires des marchés similaires**

Le groupement s'est dit étonné de constater que la Commission d'évaluation des offres de la SPEN a évalué son offre selon des critères non définis dans le Dossier d'Appel d'Offres International (DAOI).

En effet, explique-t-il, relativement à l'expérience des soumissionnaires, il a été demandé, de produire de deux (2) marchés similaires, ce qu'il a fait en joignant non seulement les pages de garde et de signature desdits marchés mais aussi les procès-verbaux (PV) de réception.

C'est pourquoi, le groupement s'interroge sur la question de savoir pour quel but la SPEN s'intéresse -t- elle au délai qui sépare l'exécution du marché et la réception provisoire.

Selon le requérant, cela ne constitue aucunement pas, un critère d'évaluation préalablement établi par le DAO.

Il fait observer que le DAO étant la règle des parties, aucun soumissionnaire ne doit être évalué en dehors des règles fixées par celui-ci, le faire serait allé à l'encontre des principes fondamentaux de la commande publique tels que le libre accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats consacrés à **l'article 3 de la loi n°2011-037 du 28 octobre 2011** portant principes généraux, contrôle et régulation des marchés publics et des délégations des services publics du Niger.

Aussi, les documents exigés sont les pages de garde, de signature et les PV de réception des marchés, lesquels sont suffisants pour justifier la similarité d'un marché et il les a fournis dans son offre.

Il indique que les motifs soulevés contre son offre ne portent pas sur la non-conformité et ne figurent pas parmi les critères d'évaluation établis par le DAOI et estime que c'est donc à tort que la Commission de l'évaluation des offres de la SPEN a écarté son offre pour ce motif.

- **Rentabilité et solvabilité du groupement**

A ce sujet, le requérant fait savoir que ce grief est superficiel et s'est posé aussi la question de savoir quelle donnée permet à la SPEN de conclure à des risques éventuels d'insolvabilité du groupement.

A cet effet, le groupement soutient avoir présenté une ligne de crédit de **quatre milliards de francs (4.000.000.000) CFA** et un chiffre d'affaires au cours des cinq (5) dernières années largement au-dessus de celui demandé par le DAO.

Il ajoute également que concernant la situation financière d'un soumissionnaire, ce sont les chiffres d'affaires et les lignes de crédit qui démontrent que le soumissionnaire

pourra subvenir aux besoins de trésorerie nécessaire à l'exécution des travaux, et non sa solvabilité actuelle et sa rentabilité à long terme.

Le groupement ayant satisfait à l'ensemble de conditions requises par le DAO, il estime que c'est à tort que la SPEN a écarté son offre.

- **Manque l'expérience en matière de pose de conduite de l'entreprise Babati BTP/H**

Concernant ce grief, le groupement estime que la motivation de ce grief retenu contre son offre est arbitraire au regard des exigences du DAO.

En effet, conformément à l'**IC 4.2(b)** de la section III du DAO, relative aux critères de qualification, il n'a aucunement pas été exigé à chaque membre du groupement de satisfaire à la condition d'un marché similaire pour les travaux de pose de conduite. Ce point est sans objet en ce sens que ce critère s'applique à l'ensemble du groupement et il porte sur une expérience minimale de construction dans les principales activités notamment fourniture et pose d'au moins 40 Km de conduite en PVC/PEHD/FD de diamètre d'au moins DN 300 dans un contexte urbain.

Selon le groupement, ce grief n'est qu'un acharnement contre l'entreprise Babati BTP/H de vouloir qu'elle puisse satisfaire à elle seule à cette exigence.

Contrairement à la lecture faite par la SPEN de la convention de groupement, le mandataire dudit groupement fait valoir qu'il n'a été nulle part expressément prévu que l'entreprise Babati BTP/H fera les travaux de pose de conduites, mais plutôt les travaux de pose de fournitures, ce qui ne signifie pas qu'il s'agit spécifiquement de pose de conduites. Les fournitures englobantes entre autres les Vannes, raccords, robinetterie....

En outre, précise-t-il, dans le cadre d'un groupement de sociétés ou d'entreprises, les membres sont libres de concevoir leur convention à leur manière, l'essentiel est que l'engagement solidaire des membres à l'égard de l'autorité contractante soit clairement établi.

Il explique que la solidarité des membres du groupement à l'égard de l'autorité contractante est affirmée aux **articles 1 et 2** de la convention de groupement relatif à

la collaboration entre les membres qui stipule expressément que les co-traitants « ...**étant tous solidaires, chacun d'eux est engagé pour la totalité du marché et doit pallier à une éventuelle défaillance de son partenaire, pendant l'exécution des travaux...** ». En conséquence, même si Babati BTP/H avait cette obligation de produire une expérience, la nature solidaire du groupement palliait à cette situation.

Selon lui, conformément aux critères de qualification établis par le DAOI, Babati BTP/H n'avait pas l'obligation de justifier d'une expérience en travaux de pose de conduites.

C'est en considération de tout ce qui précède, que le groupement conclut à ce que son offre a été méjugée par la Commission d'analyse des offres de la SPEN, celle-ci est économiquement la plus avantageuse, avec environ une différence de **trois cent soixante-onze millions deux cent trente-trois mille quatre cent trente-neuf francs (371 233 439) CFA** à comparer à celle du groupement ASI-BF du Burkina Faso/Dar Es Salam, attributaire provisoire du marché.

La SPEN a répondu au recours préalable du groupement Babati/FGT, le 09 juin 2023, en commençant par confirmer que l'évaluation et l'analyse des dossiers ont été faites conformément au modèle de la Banque Mondiale tel que défini dans le DAO.

En effet, explique-t-elle, l'**IC 4.2 (a)** du DAO exige au titre des expériences spécifiques de chaque soumissionnaire, de justifier : « **la participation à titre d'entrepreneur, d'ensemblier ou de sous-traitant dans au moins deux (02) marchés au cours des dix (10) dernières années à compter du 1^{er} janvier 2010 jusqu'à la date limites de remise des offres avec une valeur minimum chacun de six millions trois cent cinquante mille (6 350 000) USD ou son équivalent en francs CFA qui ont été exécutés de manière satisfaisante et terminés, pour l'essentiel, et qui sont similaire aux travaux proposés. La similitude portera sur la taille physique, la complexité, les méthodes/technologies ou autres caractéristiques telle que décrite dans la section VII, étendue des travaux** ».

Elle a rappelé que les deux (2) marchés présentés dans l'offre du requérant ont accusé des retards considérables, respectivement quatre (4) ans et sept (7) mois et trois (03) ans et trois (03) mois, ce qui ne permet pas de les considérer comme exécutés de manière satisfaisante, surtout dans un secteur aussi sensible qu'est l'alimentation en eau potable des populations.

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

Relativement au grief portant sur l'insolvabilité du groupement, la SPEN soutient que le chiffre d'affaires et la ligne de crédit ne sont pas des éléments d'appréciation de la solvabilité conformément aux exigences du DAOI. En plus des exigences d'envergure et de liquidité, il a été demandé aux soumissionnaires de présenter des bilans vérifiés.

S'agissant du motif tiré de l'absence d'expérience en matière de pose de conduite, la SPEN rappelle que l'entreprise Babati BTP/H a fait cas de l'expérience de fourniture et non en matière de pose de conduites, ce qui est contraire aux stipulations de l'**article 17** de la convention de groupement qui a été très explicite sur la répartition des tâches entre les membres du groupement et c'est à l'entreprise Babati d'exécuter les travaux de génie civil et les travaux de pose de fournitures.

Aussi, contrairement aux arguments développés par le groupement, la SPEN fait valoir que l'article 11.2 de la convention du groupement indiquent que **« chaque membre du groupement déclare connaître parfaitement les différentes prestations à réaliser par chacun des membres du groupement. Chacun des membres exécutera par ses propres moyens et sous sa responsabilité la part des prestations lui incombant et ce, à son profit et à ses risques et périls, faisant sienne ses obligations envers les tiers »**.

C'est pour toutes ces raisons la SPEN a maintenu les conclusions du rapport de la Commission d'analyse et d'évaluation des offres, en confirmant le rejet de l'offre du groupement BABATI/FGT.

N'étant pas satisfait de cette réponse, ledit groupement a porté l'affaire devant le CRD, par requête reçue le 12 juin 2023, pour contester les motifs du rejet de son offre, lequel a déclaré ce recours recevable, par décision n°000049/ARCOP/CNRCP/CRD du 20 juin 2020.

En application de cette décision, le Directeur général de l'ARCOP a demandé le 03 juillet 2023 au Directeur général de la SPEN, la transmission des documents originaux du marché au CRD, aux fins d'instruction, ce qu'il a fait par bordereau d'envoi du 06 juillet 2023.

AU FOND

Après examen des documents originaux du marché transmis par la SPEN à l'ARCOP, le CRD s'est rendu compte que le recours préalable du groupement Babati/FGT a été traité conformément aux modalités définies à l'annexe III portant sur les plaintes relatives à la passation des marchés, du Règlement de passation des marchés pour les Emprunteurs qui sollicitent le Financement de Projets d'Investissement (FPI) de la Banque Mondiale de juillet 2016 et révisé en novembre 2020.

Selon ce règlement, **« s'agissant des marchés soumis à examen préalable, l'Emprunteur informe la Banque, dans les plus brefs délais, de la réception d'une Plainte et transmet à la Banque pour examen l'ensemble des informations et documents pertinents, notamment le projet de réponse au plaignant dès que celui-ci est prêt. L'Emprunteur ne passe pas à l'étape/la phase suivante du processus de passation des marchés, notamment à l'attribution du marché, tant qu'il n'a pas reçu de la Banque confirmation du règlement satisfaisant de la Plainte ou des Plaintes ».**

Aussi, l'article 4 du Code des marchés publics dispose que : **« La passation, l'approbation, l'exécution, le règlement et le contrôle des marchés publics financés sur fonds extérieurs sont soumis aux dispositions du présent Code dans la mesure où ces dispositions ne sont pas contraires à celles des accords de financement. Ces marchés sont soumis, soit à la revue a priori du bailleur lorsque celle-ci est requise par la convention de financement, soit à celle de l'entité administrative chargée du contrôle a priori. Lorsque la revue du bailleur est requise par la convention de financement, ces marchés ne sont pas soumis à la revue a priori de l'entité administrative chargée du contrôle a priori. Toutefois, ces marchés accompagnés des avis de non objection et des rapports d'évaluation lui sont transmis pour immatriculation ».**

En conséquence, au vu de tout ce qui précède, le CRD déclare **sans objet**, le recours du groupement Babati BTP-H/Faso General Technology contre la Société de Patrimoine des Eaux du Niger.

PAR CES MOTIFS

- ✓ Déclare, **sans objet**, le recours du groupement Babati BTP-H/Faso General Technology contre la Société de Patrimoine des Eaux du Niger ;
- ✓ Dit que la décision est exécutoire, conformément à la réglementation en vigueur ;
- ✓ Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique est chargé de notifier au groupement Babati BTP-H/Faso General Technology ainsi qu'à la Société de Patrimoine des Eaux du Niger, la présente décision qui sera publiée au journal des marchés publics et sur le site Web de l'ARCOP.

Fait à Niamey, le 20 juillet 2023



La Présidente du CRD

Madame ALY Mariama IBRAHIM MAIFADA