



AGENCE DE REGULATION
DES MARCHES PUBLICS

COPIE CERTIFIEE
CONFORME A L'ORIGINAL

19 FEV 2021

du 16 février 2021 sur l'examen de la recevabilité du recours des Etablissements Yacoubou Mamane BP : 10 587 Niamey-Niger, contre le Ministère de l'Enseignement Supérieur, de la Recherche et de l'Innovation (MESRI), relatif à l'Appel d'Offres National N°01/2021/MESRI/SG/DMP/DSP, portant fourniture des produits vivriers au profit des étudiants.

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS :

- 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 attributions, 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 ;
- Vu le Règlement Intérieur du Comité de Règlement des Différends ;**
- Vu la Décision n°/PCNR/ARMP du 06 mai 2019**, portant désignation des Membres du Comité de Règlement des Différends ;
- Vu le courrier en date du 09 février 2021** du Directeur Général des Etablissements Yacoubou Mamane ;
- Vu les pièces du dossier ;**

Statuant en matière de règlement de différend relatif à l'attribution de marchés publics, en sa session du **mardi seize février deux mille vingt et un** à laquelle siégeaient **Messieurs MAMOUDOU MAIKIBI**, Président, **MOUSTAPHA MATTA, OUMAROU MOUSSA**, Mesdames **MAMANE AMINATA MAIGA HAMIL**, **SEYNI KADIDIA JOSEPHINE** et **ALI MARIAMA IBRAHIM MAIFADA**, tous Conseillers à l'Agence de Régulation des Marchés Publics, membres dudit Comité ;

Assisté de **Messieurs ADO SALIFOU MAHAMAN LAOUALY**, Directeur de la Réglementation et des Affaires Juridiques par intérim et **ELHADJI MAGAGI IBRAHIM**, Chef de Service du Contentieux, assurant le secrétariat de séance.

Après en avoir délibéré conformément à la loi, le Comité de Règlement des Différends, a rendu la décision dont la teneur suit :

Entre

Les Etablissements Yacoubou Mamane, Demandeur d'une part ;

Et

Le Ministère de l'Enseignement Supérieur, de la Recherche et de l'Innovation, Défendeur, d'autre part ;

Faits, procédure et prétentions des parties

Suivant décharge en date du mercredi **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** a acheté le dossier d'Appel d'Offres susvisé.

Par courrier reçu le **jeudi 04 février 2021**, le Directeur Général des **ETS Yacoubou Mamane** a introduit un recours préalable auprès du **Ministère de l'Enseignement Supérieur de la Recherche et de l'Innovation**, pour contester certains éléments du Dossier d'Appel d'Offres relatifs aux critères de qualification.

En effet, il trouve ces critères discriminatoires et contraires aux dispositions de **l'article 19** du Code des marchés publics qui exigent que lesdits critères puissent figurer dans l'avis de publication du marché.

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

1. une (1) copie légalisée de **l'attestation du chiffre d'affaires annuel moyen d'au moins un milliard cinq cent millions de francs (1.500.000.000) CFA** 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 le requérant, les montants minimums exigés par les critères énumérés ci-dessus paraissent exagérés et peuvent constituer un obstacle à une meilleure concurrence en ce sens qu'ils sont contraires aux principes du libre accès à la commande publique, de la transparence, de l'économie et de l'efficacité consacrés par **l'article 9 du Code des marchés publics**, 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 bien exécuté **en 2020**.

En outre, il ajoute que ces critères de qualification violent les dispositions de **l'article 17** du Code précité qui interdisent l'introduction d'éléments discriminatoires dans les DAO en vue de favoriser une large concurrence, gage d'un processus transparent et efficace.

Par lettre N°00067/MESRI/SG/DMP/DSP, **reçue le lundi 08 février 2021**, 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 aux marchés similaires demandés**

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 des 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 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 indiquent 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'AC sur ce point est relative à la capacité technique prévue à l'article 17 dudit Code qui dispose 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 et les marchés similaires en fonction dudit montant et de la nature de la fourniture, le requérant ne connaissant pas en principe le montant prévisionnel de ce marché sauf cas de fraude, Il ne peut légitimement pas soutenir que les montants minimums de chiffre d'affaires, de bilan et marchés similaires demandés, sont exagérés.

✓ **Sur la violation alléguée de l'article 9 du Code des marchés publics**

Relativement à la violation alléguée des principes fondamentaux 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 objectifs , le projet dudit marché inscrit dans son PPM de l'année 2021, paru dans le SAHEL quotidien N°10 049 du lundi 04 janvier 2021 et l'avis spécifique y afférant publié le vendredi 29 janvier 2021 dans le SAHEL Dimanche sous le N°1926, aucune disposition de l'article 9 du Code des marchés publics n'a été violée dans cette procédure.

Selon la **PRM**, même les éléments de réponses apportés au recours préalable constituent une preuve supplémentaire du respect du principe de la transparence par l'autorité contractante.

Elle précise qu'en exigeant aux candidats de justifier l'exécution au cours de cinq dernières années d'au moins deux (2) marchés distincts d'un montant minimum de huit cent millions (800.000.000) FCFA, connaissant bien le budget prévisionnel de ce projet d'achat, le MESRI a décidé de fixer le 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 l'exécution du marché de produits vivriers 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 qu'en 2021, les quantités et les montants prévisionnels actuels ne sont pas identiques à ceux de l'année précédente et que les mesures restrictives liées à la **COVID19** ne cessent de croître, ce qui justifie la fixation des critères de qualifications contestés par le requérant.

✓ **Sur le caractère abusif du recours**

La PRM tout en reconnaissant, le droit au requérant d'exercer un recours devant le Comité de Règlement des Différends conformément aux dispositions des **articles 165 et 166 du Code des marchés publics**, estime cependant, que tout recours abusif est interdit.

En effet, elle explique que pour contrecarrer les recours abusifs, **l'article 77 du Code** précité indique que les modifications portant sur le 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, la PRM relève que le Directeur Général des ETS Yacoubou Mamane a introduit son recours préalable le **jeudi 04 février 2021**, sachant bien que la date limite de remise des offres est fixée au **mardi 09 février 2021**, le MESRI 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 le **04 février 2021**, 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 où ils en ont besoin, soit à rechercher un délai supplémentaire afin de préparer son offre pour laquelle il n'est pas manifestement prêt.

Sur la recevabilité du recours :

L'article 165 du Code des Marchés Publics dispose que: « **sous peine d'irrecevabilité, le recours préalable doit être exercé dans les cinq (5) jours ouvrables suivant la notification du rejet de l'offre** ».

Dans le cas d'espèce, **les ETS Yacoubou Mamane**, ont exercé le recours préalable, le **jeudi 04 février 2021**, après avoir acheté le DAO, le **mercredi 03 février 2021**.

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.

A compter du **lundi 08 février 2021**, date de la réponse au recours préalable, les ETS Yacoubou Mamane avait jusqu'au **jeudi 11 février 2021**, pour introduire un recours devant le Comité de Règlement des Différends, ce qu'ils ont fait dès le **mardi 09 février 2021**, soit dans les délais et les formes requis.

Il y a lieu dès lors, de **déclarer recevable**, en la forme, le recours introduit par le Directeur Général des Etablissements Yacoubou Mamane.

PAR CES MOTIFS :

- ✓ déclare, recevable, en la forme le recours introduit par les Etablissements Yacoubou Mamane ;
- ✓ dit qu'en application de l'**article 167** du code des marchés publics, **la procédure de passation dudit Appel d'Offres 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 ;
- ✓ dit que le Secrétaire Exécutif de l'Agence de Régulation des Marchés Publics est chargé de notifier aux **Etablissements Yacoubou 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 16 février 2021


LE PRÉSIDENT DU CRD
MONSIEUR MAMOUDOU MAIKIBI