

Décision n° 000049 /ARCOP/CNRCP/CRD du mardi 20 juin 2023, sur l'examen de la recevabilité du recours du groupement FGT/ BABATI 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, relatif au rejet de son offre portant sur 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 MALE**, **BACHIR SAFIA SOROMEY** et **Messieurs : CHAYABOU HABOU IBRAHIM**, **RABIOU ADAMOU** et **TAHIR MAHAMAN KANDARGA**, tous Conseillers à l'Autorité de Régulation de la Commande Publique, membres dudit Comité, assistés de **Monsieur de Monsieur ADO SALIFOU MAHAMANE LAOUALY**, Directeur de la Réglementation et des Affaires Juridiques par intérim 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/Faso General Technology, 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, procédure et prétentions des parties

Par courrier n°0816 du vendredi 02 juin 2023, le Directeur Général de la Société de Patrimoine des Eaux du Niger (SPEN), Personne Responsable Principale du Marché (PRPM), a notifié au mandataire du groupement Babati BTP-H/Faso General Technology, le rejet de son offre relative à l'Appel d'Offres Ouvert International susvisé aux motifs suivants :

- retard respectivement de **quatre (04) et sept (07) mois** par rapport à la date de la réception provisoire accusé par l'entreprise FGT sur les travaux d'amélioration du système AEP des Villes de Sikasso, Koutiala, Kayes et Kati au Mali ;
- 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 ;
- risques sur la rentabilité et la solvabilité à long terme du groupement ; 4

- l'entreprise Babati chargée de la pose des canalisations selon la convention du groupement n'a présenté aucune expérience en matière de pose de conduites.

Par ailleurs, il a informé que c'est l'offre du groupement ASI-BF/Dar Es Salam qui a été retenue comme attributaire provisoire 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.**

Réagissant à cette notification, le mandataire du groupement Babati BTP-H /Faso General Technology a introduit, par lettre du mardi 06 juin 2023, un recours préalable pour contester les motifs de ce rejet.

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

- **dates de réception provisoires de certains marchés similaires**

Le groupement s'est dit étonné de constater que la Commission d'évaluation des offres de la SPEN a évalué les offres 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 aux soumissionnaires, 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 dossier d'appel d'offres auquel le groupement a soumissionné. Il précise que le DAOI 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.

Les documents exigés par le dossier d'appel à concurrence sont les pages de garde, de signature et les PV de réception des marchés, lesquels sont suffisants pour justifier un marché similaire et le groupement les a fourni dans son offre.

Le groupement soutient que les motifs soulevés contre l'offre ne sont pas des motifs de 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.

- **la rentabilité et la 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 DAOI.

Il ajoute également 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, sa solvabilité actuelle et sa rentabilité à long terme.

Le groupement ayant satisfait à l'ensemble des conditions requises par le DAOI, c'est à tort que la SPEN a écarté son offre pour ces motifs injustifiés.

- **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 DAOI.

En effet, conformément à l'**IC 4.2(b)** de la section III du DAOI, 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 cette exigence.

Contrairement à la lecture faite par la SPEN de la convention de groupement, 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 aboutit à la conclusion selon laquelle, son offre a été méjugée par la Commission d'analyse des offres de la SPEN. Il indique que son offre 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.

Par lettre n°0855/DMA/SPEN/2023 du vendredi 09 juin 2023, la SPEN a répondu au recours préalable du groupement Babati BTP-H en indiquant que l'évaluation et l'analyse des dossiers ont été faites conformément au modèle de la Banque Mondiale tel que défini dans le DAOI.

Elle fait valoir que l'**IC 4.2 (a)** du DAOI exige au titre des expériences spécifiques de chaque soumissionnaire, **« 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 fait observer que les deux (2) marchés produits 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.

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, renchérit la SPEN, 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 ».**

Au vu de tout ce qui précède, la SPEN maintient les conclusions du rapport de la Commission d'analyse et d'évaluation des offres.

N'étant pas satisfait de cette réponse, le groupement BABATI BTPH/ FGT a saisi le CRD, par requête reçue le lundi 12 juin 2023, pour contester les motifs du rejet de son offre.

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS

Pour statuer sur la forme d'un recours, le CRD doit s'assurer au préalable que la procédure de passation du marché relève de l'application du Code des marchés publics avant de vérifier les conditions de forme et de délais de sa saisine.

Le recours préalable doit obéir aux conditions fixées par **l'article 185** du code précité selon lesquelles : **« Tout candidat s'estimant injustement évincé doit soumettre**

par écrit un recours préalable auprès de la personne responsable principale du marché. Une copie de ce recours est adressée au CRD de l'Autorité de Régulation de la Commande Publique (...). Sous peine d'irrecevabilité, ce recours doit être exercé dans les cinq (5) jours ouvrés 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 186 du même code, en l'absence de décision favorable dans les **cinq (5) jours ouvrés** suivant le dépôt du recours préalable, le requérant dispose de **trois (3) jours ouvrés** 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 indique 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 groupement des Babati BTPH/Faso General Technology a introduit son recours préalable, le mardi 06 juin 2023, après avoir reçu la notification du rejet de son offre, le vendredi 02 juin 2023.

La SPEN a répondu à ce recours le vendredi 09 juin 2023. À compter du lundi 12 juin 2023, le groupement avait jusqu'au mercredi 14 juin 2023 pour porter le litige devant le CRD, ce qu'il a fait, dès le lundi 12 juin 2023, 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 ce recours.

PAR CES MOTIFS

- ✓ Déclare, recevable en la forme, le recours du groupement Babati BTPH/Faso General Technology contre la Société de Patrimoine des Eaux du Niger

- ✓ Dit qu'en application de l'article **187** du code des marchés publics, que la **procédure de passation du 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'Autorité de Régulation de la Commande Publique dans les **meilleurs délais** par la Personne Responsable de la Société de Patrimoine des Eaux du Niger ;
- ✓ Dit que cette 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 de l'ARCOP.

Fait à Niamey, le 20 juin 2023



LA PRÉSIDENTE DU CRD

Madame ALI MARIAMA IBRAHIM MAÏFADA