



COPIE CERTIFIÉE
CONFORME A L'ORIGINAL

LE 28 AVR 2021

du 22 avril 2021 sur l'examen de la recevabilité du recours introduit par l'entreprise CHINA FIRST HIGHWAY ENGINEERING Co. LTD (C.F.H.E.C), BP : 235 Niamey-Niger, TEL : 00227 20 72 59 26 contre le Ministère de l'Equipement (MEQ) relatif à l'appel d'offres ouvert International N°2020/053/DGGT/DMP-DSP, portant travaux d'aménagement et de bitumage de la route Loga-Doutchi (lot2) : PK 30 Doutchi y compris le contournement et 5 km dans la ville de Doutchi sur financement de : BADEA, FKDEA, FSD et l'Etat du Niger.

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° 2004-192/PRN/PM du 06 juillet 2004, fixant les modalités de fonctionnement du Comité de Règlement des Différends ;
- 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°2016-641/PRN/PM du 1^{er} décembre 2016, portant code des marchés publics et des délégations de service public ;
- 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 portant désignation des Membres du Comité de Règlement des Différends ;
- Vu le courrier en date du 19 avril 2021 du Directeur Général de l'entreprise CHINA FIRST HIGHWAY Engineering Co. LTD ;
- Vu les pièces du dossier ;

Statuant en matière de règlement de différend relatif à l'attribution de marchés publics, en sa session du **jeudi 22 avril deux mille vingt et un** à laquelle siégeaient **Messieurs MAMOUDOU MAIKIBI**, Président, **MOUSTAPHA MATTA, OUMAROU MOUSSA**, **Mesdames MAMANE AMINATA MAIGA HAMIL** et **BACHIR SAFIA SOROMEY**, 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 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

L'entreprise CHINA FIRST HIGHWAY ENGINEERING Co. LTD, Demanderesse d'une part ;

Et

Le Ministère de l'Equipement, Défendeur, d'autre part ;

FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES

Par lettre N°254/ME/SG/SGA/DMP-DSP du **mardi 06 avril 2021**, reçue le lendemain, le Secrétaire Général du Ministère de l'Equipement, Personne Responsable du Marché (PRM) a notifié au Directeur Général (DG) de l'Entreprise **C.F.H.E.C** le rejet de son offre au motif que bien qu' conforme pour l'essentiel au Dossier d'Appel d'Offres (DAO), elle est anormalement basse.

Par ailleurs, la PRM l'a informé que c'est l'offre du **Groupement MOREY (Niger)- ESICO (Tchad)** qui a été retenue avec l'option en **Béton Bitumineux (BB)** pour un montant corrigé de **vingt milliards cent quatre-vingt-quatorze millions quatre cent vingt-neuf mille francs CFA Hors Taxes, Douanes et Enregistrement (20 194 429 000 FCCFA HT-HD-HE)** et un délai d'exécution de **24 mois**.

Par lettre N°019/CFHEC/BN/2021, du **lundi 12 avril 2021** et reçue le même jour, le DG de **C.F.H.E.C** a introduit un recours préalable auprès du Ministère de l'Equipement, pour contester le motif de rejet de son offre et l'attribution provisoire du marché.

Le requérant s'étonne du motif invoqué pour rejeter son offre en ce sens que lors de la réunion de l'ouverture des plis, le **12 janvier 2021** au Ministère de l'Equipement, son offre financière était d'un montant de **18.931.614.000 FCFA HT et HD** et celle de l'attributaire provisoire s'élevait à **20. 050. 682. 354 FCFA HT et HD**.

Il a relevé une différence de **cent quarante-trois millions sept cent quarante-six mille six cent quarante-six francs (143 746 646) FCFA** entre son offre et celle corrigée, de l'attributaire provisoire, ce qui selon lui ne justifie pas la qualification d'offre anormalement basse donnée à la sienne.

Aussi, le requérant fait savoir au MEQ, d'une part, qu'il ressort de la réponse que celui-ci avait donné le 1^{er} décembre 2020 aux demandes d'éclaircissements sur le DAO querellé que « **les droits d'enregistrement sont à la charge de l'entreprise adjudicataire du marché** », ce qui est contraire au prix communiqué dans la lettre de notification de rejet et, d'autre part, le fait de qualifier l'offre est d'anormalement basse n'est justifié par aucun document.

Il ajoute que l'analyse des offres n'a pas été faite dans les mêmes conditions et critères, ce qui est discriminatoire et contraire au principe de transparence dans les marchés publics.

En effet, il explique qu'une offre est anormalement basse ou anormalement haute lorsque le montant prévisionnel et les montants des offres sont fixés en utilisant la formule prévue par **l'article 39-1 des données particulières de l'Appel d'Offres (DPAO)**.

Il souligne que les critères de qualification et de rejet de son offre violent **l'article 63 de la Directive N°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005**, portant sur la procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics qui dispose que « *si une offre s'avère anormalement basse, l'autorité contractante ne peut la rejeter que par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'elle juge opportunes et vérifié les justifications fournies* ».

Ces dispositions communautaires ont été transposées dans le code des marchés publics de 2016 qui indique à son **article 95** que « *l'autorité contractante peut rejeter toute offre anormalement basse, par décision motivée sous réserve que le candidat ait été invité à présenter des justifications par écrit et que ces justifications ne soient pas acceptables* ». Il soutient que la PRM n'a pas respecté toutes ces obligations avant de qualifier injustement son offre d'anormalement basse.

Par ailleurs, le requérant conteste également l'attribution provisoire du marché au groupement **MOREY-ESICO** en demandant à l'autorité contractante de lui fournir le montant prévisionnel (estimation confidentielle), le rapport d'évaluation des offres, les notes concernant les corrections des montants des offres des soumissionnaires conformément à **l'article 97** du code des marchés publics qui donne la possibilité à tout soumissionnaire évincé de demander par écrit et d'obtenir une copie du procès-verbal d'attribution dans un délai de sept (7) jours calendaires à compter de la réception de sa demande.

En outre, le DG de **C.F.H.E.C** indique que conformément au DAO, chaque soumissionnaire doit présenter son offre financière en deux (2) options : en revêtement Bicouche et en revêtement Béton Bitumineux (**BB**).

Cependant, il fait savoir que le DAO n'a nulle part donné les spécifications techniques et les critères de qualification des offres pour l'option de revêtement en **BB**, ce qui constitue, un manque de transparence, d'équité et d'objectivité dans l'attribution de ce marché.

Concernant l'expérience demandée, le requérant dit avoir fourni dans son offre à titre d'expérience en marché similaire, la copie du marché de la route **BALLEYARA-LOGA** qu'il avait exécuté en revêtement Bicouche de même nature que le **lot 1** de ce marché (**LOGA-DOUTCHI**) qui a été attribué à l'entreprise MOREY. Il affirme être surpris de constater que la PRM lui reproche dans sa lettre de rejet qu'il n'a pas justifié l'expérience requise pour le **lot 2**.

Selon lui, techniquement, il n'y a pas d'harmonie entre les routes reliées en revêtement bicouche et BB et le trafic mineur, le fondement de la route ne rendent pas indispensables la construction d'une route en revêtement en **BB** en raison de la faiblesse des précipitations annuelles au Niger. Il explique que la route de revêtement en **BB** coûte beaucoup plus cher que celle en revêtement Bicouche.

Il explique que l'attribution du marché au groupement **MOREY-ESICO** est contraire à l'**article 81** du Code des marchés publics qui dispose que les travaux, les fournitures et les prestations de services qui font l'objet d'un marché public ou d'une délégation de service public sont définis par rapport aux normes, aux agréments techniques ou aux spécifications homologuées ou utilisées au Niger ou à des normes internationales qui doivent être expressément mentionnées dans les cahiers de charges, sauf dérogation dans trois cas limitativement énumérés par la loi.

Mieux, l'**article 93** du code précité prévoit que l'attribution du marché se fait sur la base de critères économiques, financiers et techniques, mentionnés dans le dossier d'appel d'offres, afin de déterminer l'offre conforme évaluée la moins disante.

Le requérant ajoute que d'après les informations en sa possession, aucun membre du groupement **MOREY-ESICO**, n'a justifié de l'expérience similaire en revêtement **BB**.

D'ailleurs, il est demandé dans le DAO, à chaque soumissionnaire de justifier l'expérience spécifique et les matériels pour le revêtement en Bicouche, le requérant se pose la question de savoir sur quelle base le marché est attribué en **BB**.

Il considère que l'offre de l'attributaire provisoire ne satisfait pas aux critères d'expériences et de matériels car il est évident qu'il n'a pas justifié sa capacité d'exécuter les travaux.

En effet, il a produit comme expérience spécifique, un marché de revêtement en Bicouche, en violation de l'**article 29 de la Directive précitée** et de l'**article 28** du code des marchés publics qui précise que *« l'appel d'offres est la procédure par laquelle l'autorité contractante choisit l'offre conforme aux spécifications techniques, évaluée la moins disante, sans négociation, sur la base de critères préalablement portés à la connaissance des candidats dans le dossier d'appel d'offres et exprimés en termes monétaires (...) »*.

Aussi, l'entreprise **ESICO**, membre du **groupement MOREY- ESICO** avait fait l'objet d'exclusion temporaire par l'Agence de Régulation des Marchés Publics du Cameroun, par décisions **251/MINTP/SG/DAJ et 0177/D/MINHDU/SG/CPC/DOU/SDVRD/STVADZN** pour une durée de **(2) deux ans à compter du 24 septembre 2019 et du 29 octobre 2019** pour respectivement, une défaillance dans l'exécution des travaux d'entretien périodique lourd de la RN1 et non-respect de ses obligations contractuelles.

En application de l'**article 2.1 de la section III du DAO**, relative aux critères d'évaluation concernant les antécédents de défaut d'exécution de marché, « *pas de défaut d'exécution incombant au soumissionnaire d'un marché au cours de deux (02) dernières années depuis le 1^{er} janvier de l'année 2018* », il estime que l'attribution du marché est irrégulière.

Le requérant indique que la **PRM** ne lui a pas transmis, d'une part, les rapports d'évaluations des offres et le Procès-verbal d'attribution qu'il a demandé dans sa lettre de recours gracieux et, d'autre part, il doute de la sincérité des chiffres d'affaires annuels des cinq (5) dernières années et les expériences en construction présentées par le groupement **MOREY/ESICO** en se demandant si **ESICO** n'a pas fourni à titre d'expériences, les deux contrats résiliés objets des décisions d'exclusion précitées.

Par lettre N°304/SG/ME en date du **jeudi 15 avril 2021, reçue le même jour**, le Secrétaire Général du Ministère de l'Équipement a, en réponse au recours préalable, apporté les précisions ci-après :

✓ **sur la discordance portant sur le montant de l'offre financière de l'attributaire provisoire**

Selon le Ministère de l'équipement, une coquille s'est glissée dans les lettres de notification au niveau du montant de **vingt milliards cent-quatre vingt quatorze millions quatre cent vingt-neuf mille francs Hors Taxe Hors Douanes Hors Enregistrement (20 194.429.000 FCFA HT- HD-HE)**, sinon, il s'agit bien de ce montant mais Hors TVA et Douanes conformément au DAO.

✓ **Sur la qualification de l'offre anormalement basse**

Sur ce point, la PRM justifie cette qualification d'offre anormalement basse en se fondant sur les dispositions de l'**article 39-1 des DPAO du DAO**. Ainsi, le dossier parle de l'offre raisonnable par application de la formule suivante :

M = 0,6 E + 0,8 P, E = montant prévisionnel (estimation confidentiel), P = la Moyenne arithmétique des offres financières des soumissionnaires retenues

Par conséquent, une offre est anormalement basse, si elle est **inférieure à 0,8 M** et est anormalement élevée si elle est **supérieure à 1,20 M**. La PRM, fait savoir que les éléments utilisés pour déterminer une offre raisonnable sont les suivants :

Option enduit bicouche : E = (montant confidentiel): 20 846 979 949 FCFA HT-HD, P (moyennes arithmétiques) : 19 234 813 513 FCFA HT – HD ;

Option BB : E = (montant confidentiel): 26 348 722 549 FCFA HT-HD, P (moyennes arithmétiques) : 23 316 343 886 FCFA HT-HD

La PRM estime, d'une part, que les éléments ci-dessus décrits permettent au requérant de vérifier la situation de son offre sans qu'il soit besoin de lui fournir le rapport d'évaluation comme il l'a souhaité dans son recours préalable, et d'autre part la lettre de notification n'a pas fait cas de l'option bicouche car la commission d'évaluation a porté le choix sur l'option BB pour laquelle le PV d'adjudication provisoire a été préparé et signé.

✓ **Sur le grief relatif à l'option en Béton Bitumineux retenue**

Selon la PRM, l'idée de présenter les deux options dans le DAO était de permettre au maître d'ouvrage de faire le choix en fonction des ressources disponibles et dans ce cas précis, les ressources affectées aux composants travaux dans les conventions de financement couvrent largement le montant de l'option du revêtement en **BB**.

Contrairement aux allégations du requérant, la PRM précise que compte tenu de la rareté des ressources pour l'entretien des routes au Niger, une route en BB assure une plus grande durabilité qu'une chaussée en revêtement bicouche.

S'agissant du manque de transparence invoqué par le requérant, le Ministère de l'Équipement estime que les éléments de réponses apportés au recours préalable constituent une preuve supplémentaire du respect du principe de la transparence par l'autorité contractante.

La PRM reconnaît que le DAO n'a pas fait mention du matériel spécifique à l'option **BB** (finisseur et centrale d'enrobage) ainsi que des références exigées aux entreprises mais l'option donne au maître d'ouvrage une marge de manœuvre pour opérer un choix judicieux.

Concernant le manque d'expérience en marchés similaires reproché au groupement par l'entreprise **C.F.H.E.C**, l'autorité contractante souligne que ces allégations n'engagent que le requérant, dans la mesure où l'appel d'offres a été lancé suivant des critères de qualification bien définis, validés par les bailleurs de fonds qu'elle s'est contentée de respecter.

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, l'Entreprise C.F.H.E.C, a introduit son recours préalable, le **lundi 12 avril 2021**, après avoir reçu notification du rejet de son offre, le **mercredi 07 avril 2021**.

Conformément aux 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 **jeudi 15 avril 2021**, date de la réponse au recours préalable, l'entreprise C.F.H.E.C avait jusqu'au **mardi 20 avril 2021**, pour introduire un recours contentieux devant le CRD, ce qu'elle a fait le **lundi 19 avril 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 de l'entreprise **CHINA FIRST HIGHWAY ENGINEERING Co. LTD.**

PAR CES MOTIFS :

- ✓ déclare, recevable, en la forme, le recours introduit par le Directeur Général de l'entreprise **CHINA FIRST HIGHWAY ENGINEERING CO. LTD;**
- ✓ dit qu'en application de l'**article 167** du code des marchés publics, **la procédure de passation du marché querellé 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 à l'entreprise **CHINA FIRST HIGHWAY ENGINEERING CO. LTD.** ainsi qu'au **Ministère de l'Équipement**, la présente décision qui sera publiée au journal des marchés publics.

Fait à Niamey, le 22 avril 2021

