



Agence de Régulation des Marchés Publics

AGENCE DE RÉGULATION
DES MARCHÉS PUBLICS

COPIE CERTIFIÉE
CONFORME A L'ORIGINAL

LE 13¹ AOÛT 2021

du 17 Août 2021 sur l'examen au fond du recours du Cabinet d'Architecture et d'Urbanisme Bala et Associe(CAUBA) BP : 398 Niamey-Niger contre le Projet de Soutien à l'Enseignement Bilingue Franco-Arabe, du Ministère de l'Education Nationale (MEN), BP : 10 467 Niamey-Niger, relatif à la Demande de Proposition N°2020/007/MES/PROSEB/FA, portant recrutement d'un consultant chargé des études et de la supervision des travaux de construction des infrastructures scolaires sur financement de la Banque Islamique de Développement (BIsD).

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°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°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 des Marchés Publics ;
- Vu le Règlement Intérieur du Comité de Règlement des Différends ;
- Vu la résolution du CNR du 18 mai 2021, portant nomination du Président du Comité de Règlement des Différends ;
- Vu la Décision N°000021/PCNR/ARMP du 19 mai 2021, portant désignation des membres du Comité de Règlement des Différends ;
- Vu la requête en date du 19 Juillet 2021 du Directeur Général du cabinet CAUBA ;
- Vu les pièces du dossier ;
- Vu le rapport d'instruction ;

Statuant en matière de règlement de différend relatif à l'attribution de marchés publics, en sa session du **mardi dix-sept Août deux mille vingt et un** à laquelle siégeaient **Messieurs FODI ASSOUMANE**, Président, **MAMOUDOU MAIKIBI**, **ZARAMI ABBA KIARI**, **RABIOU ADAMOU**, **Mesdames ALI MARIAMA IBRAHIM MAIFADA** et **DIORI MAIMOUNA MALE**, 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.

Entre

Le Cabinet d'Architecture et d'Urbanisme Bala et Associé, soumissionnaire, Demandeur,
d'une part ;

Et

Le Projet de Soutien à l'Enseignement Bilingue Franco-Arabe, Personne Responsable du Marché, Défendeur, 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.

➤ **EN LA FORME**

Le recours a été déclaré recevable, en la forme, par décision n°033/ARMP/CRD du 26 Juillet 2021 du CRD, il y a lieu à présent de procéder à son examen au fond.

➤ **AU FOND**

Par lettre N°398/MEN/SG/PROSEB/FA, reçue le 07 Juillet 2021, le Président du Comité de pilotage du **Projet de Soutien à l'Enseignement Bilingue Franco-Arabe (PROSEB/FA)**, Personne Responsable du Marché (PRM) a notifié au **Cabinet d'Architecture et d'Urbanisme Bala et Associé**, le rejet de son offre au motif qu'après évaluation des propositions techniques et financières, son offre dépasse le montant prévisionnel du marché de **plus de quarante-sept pour cent (47%)**.

Par ailleurs, il l'informait que c'est l'offre du **groupement CETRI/ATARIA/SETRAC** qui a été retenue avec un montant de **deux cent quatre-vingt-dix-neuf millions de franc (299.000.000) FCFA**.

Aussi, il portait à sa connaissance la possibilité qu'il avait de demander un débriefing concernant l'évaluation ou de déposer un recours contre la décision d'attribution du marché susvisé.

Par lettre N°053/CAUBA/2021 en date du 08 juillet 2021, le Directeur Général du **CAUBA** introduisait un recours préalable pour contester le motif du rejet de son offre en demandant à la PRM de reconsidérer sa proposition d'attribution provisoire.

Il soutient à l'appui de son recours que le **point 5** de la lettre d'invitation à soumissionner et la **clause 2.1 des Données Particulières de la Demande de Proposition (DPDP)** indiquent que « **le consultant sera choisi selon la méthode de Sélection Basée sur la Qualité et le Coût (QCBS)** » ; d'une part et d'autre part que l'offre de son cabinet a été classée première (1^{ère}) à l'issue de l'évaluation des propositions techniques et financières et après pondération.

Il ajoute que le grief relatif à son offre financière qui dépasse le budget prévisionnel de **plus de 47%**, n'apparaît pas parmi les deux points contenus de la lettre de notification ainsi que les corrections des prix ayant permis d'aboutir à la détermination des notes financières.

Il estime que le maître d'ouvrage ne peut pas se fonder sur le dépassement de budget, que lorsque la méthode retenue est celle basée sur la **Sélection au Moindre Coût (SMC)** ou la **Sélection dans le Cadre d'un Budget Fixé (SCBF)**, ces deux méthodes n'ayant pas été prévues dans la DP, elles ne sont pas applicables à son offre en dehors de toutes négociations.

En effet, en se basant sur les **points 1 et 2** de la lettre de notification du rejet, le déclassement de son offre ne peut pas se justifier avant le stade des négociations.

Il souligne que le **point 3.2** des directives susvisées précise que « **bien que le prix soit un facteur important, la qualité demeure un critère décisif dans le processus de sélection** » basé sur la qualité et le coût (QCBS).

Au vu de tout ce qui précède, le Directeur Général du **CAUBA** a demandé à la PRM de reconsidérer sa proposition d'attribution conformément à la méthode de sélection fixée par la DP en privilégiant la négociation.

Il fait savoir que certains éléments de la DP ne peuvent être abordés que lors des négociations et c'est à ce stade seulement, que le Maître d'Ouvrage pourrait passer au prestataire classé 2^{ème}.

Par lettre N°0447/MEN/SG/PROSEB/FA reçue le 15 Juillet 2021, la PRM confirmait que la méthode de Sélection dans le cadre de ce marché est bien la Sélection Basée sur la Qualité et le Coût (SBQC) et non la Sélection au Moindre Coût (SMC) ou la méthode de Sélection dans le cadre d'un Budget Fixé (SCBF).

Aussi, concernant la demande du requérant de tenir une séance de négociation, elle fait valoir que **l'article 3.17 des Directives précitées** ne prévoit les négociations avec le soumissionnaire qu'après adjudication du marché en vue de « **clarifier les obligations fiscales des consultants dans le pays du Bénéficiaire (le cas échéant), les accords sur le traitement et le remboursement des droits de douane sur le matériel, les matériaux et les fournitures, ainsi que ceux concernant les paiements en monnaie locale et en monnaie étrangère de la rémunération et des coûts remboursables. Les contributions du Bénéficiaire sont également définies (locaux à usage de bureaux, logement et personnel de soutien)** ».

Le **PROSEB/FA** ajoutait que le rejet de l'offre du cabinet **CAUBA** se justifie par le fait que s'agissant d'une Sélection d'un consultant Basée sur la Qualité et les Coûts, comme en l'espèce, si une offre dépasse l'enveloppe, elle est rejetée conformément à l'**article 2.39 des directives de la BlSD**. Ainsi, l'offre financière du cabinet **CAUBA** s'élevant à **six cent cinq millions huit cent douze mille francs (605 812 000) FCFA**, dépasse largement le budget prévisionnel de **quatre cent douze millions de francs (412 000 000) FCFA**, avec un écart de **cent quatre-vingt-treize millions huit cent douze mille francs (193 812 000) FCFA**, d'où son rejet ;

La PRM, fait valoir qu'en application de l'**article 3.18** des mêmes directives, « **les prix unitaires de la proposition du consultant retenu, sur la base desquels la proposition du consultant a reçu le score lui permettant d'être sélectionné, ne doivent pas être négociés ni modifiés, sauf circonstances exceptionnelles, qui feront l'objet de la non-objection préalable de la BlSD** ».

Selon la PRM, à la lecture combinée de ces textes, la négociation ne doit pas porter sur la proposition financière élevée du requérant pour la rendre conforme au budget prévisionnel.

En outre, l'autorité contractante fait savoir que, si toutes les propositions financières étaient hors du budget prévisionnel, la procédure de passation de ce marché pourrait être rendu infructueuse, ce qui n'est pas le cas, en soulignant que la BlSD avait donné un avis de non-objection favorable le 1^{er} juillet 2021.

Ayant reçu une réponse non satisfaisante à son recours préalable, le Directeur Général du Cabinet **CAUBA** a introduit, par requête N°056/CAUBA/2021 du lundi 19 juillet 2021, un recours devant le Comité de Règlement des Différends de Céans, pour contester les motifs du rejet de son offre.

En outre, le requérant indiquait dans sa requête que la PRM dans sa réponse au recours préalable s'était référé aux **points a et b de l'article 2.39 des Directives susvisées** qui ont prévu le rejet de toutes les propositions, si aucune d'elles ne satisfait aux objectifs des TDRs ou si elles sont toutes en deçà du nombre minimum des points requis pour être qualifiées, sans aborder le **point c** du même texte.

En effet, selon le requérant, ce **point** prévoit, la possibilité en cas de nécessité d'augmenter le budget lorsque le coût a été sous-estimé ou de réduire l'étendue des TDRs concernant les services à fournir, ce qui ne justifie pas l'élimination d'un soumissionnaire dont l'offre dépasse le budget prévisionnel.

Aussi, contrairement à la lecture faite par le **PROSEB/FA** de l'**article 3.18 de la DP**, **CAUBA** soutient que ce texte parle bien de négociation avant l'attribution provisoire sinon cette disposition est non applicable à la Demande de Proposition.

DISCUSSION

Sur le grief relatif au dépassement du budget prévisionnel

Le Comité de Règlement des Différends, après avoir examiné le rapport d'instruction et suite aux débats, constate que l'offre financière du **cabinet d'Architecture et d'Urbanisme Bala et Associé** d'un montant de **six cent cinq millions huit cent douze mille francs (605 812 000) FCFA** dépasse le budget prévisionnel qui est de **quatre cent douze millions de francs (412 000 000) FCFA**.

Contrairement à l'interprétation donnée par le **PROSEB/FA** aux dispositions de **l'article 2.39 de la DP**, selon lesquelles, si aucune proposition ne satisfait aux objectifs des TDRs, le Bénéficiaire doit clarifier lesdits TDRs et avec la Non-Objection de la BIsD, émettre une nouvelle DP aux mêmes bureaux de consultants ou à une nouvelle liste restreinte; procéder à la sélection de bureaux de consultants ou lorsque toutes les propositions sont en deçà du nombre minimum de points requis pour être qualifié au plan technique, cela peut nécessiter la préparation d'une nouvelle liste restreinte de Bureaux de Consultants ayant de meilleures qualifications ou des qualifications plus pertinentes.

Une nouvelle publicité de l'AMI peut être nécessaire afin d'obtenir un plus grand nombre de manifestations d'intérêt de la part de Consultants qualifiés.

Le **point c** de l'article précité précise que si « **toutes les propositions financières dépassent largement l'estimation budgétaire initiale, cela peut nécessiter d'augmenter le budget parce que le coût était sous-estimé, ou de réduire l'étendue des TDRs pour les Services à fournir** ».

A la lecture de ce texte, Il ressort que la Demande de Proposition n'a pas prévu l'hypothèse dans laquelle une seule proposition financière dépasse l'estimation budgétaire initiale, ce qui révèle son insuffisance.

La PRM a soutenu avoir échangé des courriels avec la BIsD, laquelle après avoir reçu les résultats de la commission d'ouverture, d'évaluation et d'attribution du marché ayant proposé l'attribution au cabinet **CAUBA**, avait remarqué que son offre financière dépassait largement le budget estimatif.

Elle a rejeté ces résultats en demandant au **PROSEB/FA** de trouver les moyens de corriger les insuffisances constatées.

Cependant, le **PROSEB/FA** n'a pas apporté ni dans le dossier, ni aux débats la moindre preuve de ces échanges pourtant utiles pour une bonne appréciation du dossier.

Le Comité de Règlement des Différends constate également que le Comité d'Experts Indépendant, la commission d'évaluation et d'attribution du marché et la PRM, n'ont pas tenu compte du budget estimatif avant de soumettre les résultats des travaux à la BIsD pour avis, ce qui aurait pu éviter de proposer l'attribution du marché à un soumissionnaire dont l'offre dépasse largement le budget.

Sur l'interdiction de négociation avant l'attribution provisoire du marché

A ce sujet, l'**article 3.17 des mêmes Directives** indique que les négociations avec le soumissionnaire se font après adjudication en vue de « ***clarifier les obligations fiscales des consultants dans le pays du Bénéficiaire (le cas échéant), les accords sur le traitement*** ».

et le remboursement des droits de douane sur le matériel, les matériaux et les fournitures, ainsi que ceux concernant les paiements en monnaie locale et en monnaie étrangère de la rémunération et des coûts remboursables.

Les contributions du Bénéficiaire sont également définies (locaux à usage de bureaux, logement et personnel de soutien ».

Sur ce point, le CRD constate que la Demande de Proposition n'a pas prévu de négociation sur les prix unitaires avant l'attribution du marché.

Au vu de tout ce qui précède, il y a lieu, de dire que le **Projet de Soutien à l'Enseignement Bilingue Franco-Arabe** a fait une interprétation erronée des dispositions de l'**article 2.39 des Directives susvisées**, relatives à la procédure de rejet des propositions et concurrence insuffisante et, de déclarer, fondé, le recours du **Cabinet d'Architecture et d'Urbanisme Bala et Associé**.

PAR CES MOTIFS :

- ✓ déclare, fondé, le recours introduit du **Cabinet d'Architecture et d'Urbanisme Bala et Associé** ;
- ✓ dit que le **Projet de Soutien à l'Enseignement Bilingue Franco-Arabe** a mal interprété l'**article 2.39 des Directives de la BlSD** ;
- ✓ infirme, les résultats de la commission, d'ouverture, d'évaluation et d'attribution du marché ;
- ✓ dit que cette décision est exécutoire, conformément à la réglementation ;
- ✓ dit que le Secrétaire Exécutif de l'Agence de Régulation des Marchés Publics est chargé de notifier au **Cabinet d'Architecture et d'Urbanisme Bala et Associé** ainsi qu'au **Projet de Soutien à l'Enseignement Bilingue Franco-Arabe**, la présente décision qui sera publiée au journal des marchés publics.

Fait à Niamey, le 17 Août 2021


MONSIEUR ZARANI ABBA KIARI