

Décision N° 000064 /ARMP/CRD du jeudi 25 Août 2022, sur l'examen au fond du recours du groupement SGI ingénierie SA /BEEE/Ap'Exper/OIEau, sis à Genève/Suisse, TEL : (+41) 22 979 49 00/(+227) 96 12 56 04 contre la Société de Patrimoine des Eaux du Niger (SPEN) BP : 10 738 Niamey-Niger, TEL : (+227) 20 73 43 40 relatif à la Demande de Proposition n°002/DEPE/SPEN/2021, portant sur l'Assistance à la Maîtrise d'Ouvrage (ATMO) pour la mise en œuvre du projet de construction de la 3^{ème} usine de traitement et de production d'eau potable, de renforcement et d'extension des réseaux d'alimentation en eau potable de la ville de Niamey.

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°2004-192/PRN/PM du 06 juillet 2004, fixant les modalités de fonctionnement du Comité de Règlement des Différends ;
- 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° 2022-378/PRN/PM du 27 avril 2022, portant nomination des membres du Conseil National de Régulation des Marchés Publics (CNRMP) ;
- Vu le règlement Intérieur du Comité de Règlement des Différends ;

AGENCE DE RÉGULATION
DES MARCHÉS PUBLICS

COPIE CERTIFIÉE
CONFORME À L'ORIGINAL

LE 25 AOÛT 2022

Vu la résolution du CNRMP du 02 juin 2022, portant nomination du Président du Comité de Règlement des Différends;

Vu la requête en date du 06 Juillet 2022 du Mandataire du Groupement SGI Ingénierie SA /BEEE/Ap'Exper/OIEau;

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 sus indiquée à laquelle siégeaient **Messieurs : Moustapha Matta**, Président, **Hassane Iddé**, **Fodi Assoumane**, **Madou Yahaya**, **Mesdames : Bachir Safia Soromey** et **Diori Maimouna Malé**, 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 et aux principes généraux de la régulation, a rendu la décision dont la teneur suit :

entre

Le Groupement SGI ingénierie SA/BEEE/Ap'Exper/OIEau, soumissionnaire, Demandeur, d'une part ;

Et

La Société de Patrimoine des Eaux du Niger, Autorité Contractante, Défenderesse, d'autre part ;

FAITS :

Dans le cadre de la Demande de Propositions (DP) susvisée, le groupement SGI Ingénierie /BEEE/Ap'Exper/OIEau avait été retenu à l'issue du processus d'évaluation.

Cependant, le 23 juin 2022, le Directeur Général de la Société de Patrimoine des Eaux du Niger a notifié à ce groupement sa disqualification en application de l'IC 3.2.1 des Données Particulières de la Demande de Proposition (DPDP) relative à l'Assistance Technique à la Maitrise d'Ouvrage, pour conflit d'intérêt décelé.

Selon les stipulation de l'IC précitée, **« il est exigé du Consultant qu'il fournisse des conseils professionnels objectifs et impartiaux , qu'en toutes circonstances il serve avant tout les intérêts de son client, que lorsqu'il dispense un avis, il s'assure de l'absence de conflit avec d'autres activités et avec les intérêts de la société, et qu'il agisse sans considération d'une potentielle mission future »**.

SGI ingénierie SA, cheffe de file du groupement SGI ingénierie SA/BUNEC Environnement était attributaire du marché des prestations de service de la maîtrise d'œuvre, pour les études techniques d'actualisation de l'Avant-Projet Sommaire (APS), de l'élaboration de l'Avant-Projet Détaillé (APD) et du Dossier d'Appel d'Offres (DAO) du même projet global lorsqu'il avait soumissionné à la DP sur l'ATMO.

Le 27 juin 2022, le mandataire du groupement SGI ingénierie /BEEE/Ap'Exper/OIEau a introduit un recours préalable auprès de la SPEN, pour contester sa disqualification et n'ayant pas eu de réponse, il a porté l'affaire devant le CRD par requête du 06 juillet 2022.

Saisi du dossier, le Comité de Règlement des Différends, a rendu le 12 Juillet 2022, la décision n°000050/ARMP/CRD, dont la teneur suit :

- ✓ Déclare, recevable en la forme, le recours du groupement SGI ingénierie SA/BEEE/Ap' Exper/OIEau contre la Société de Patrimoine des Eaux du Niger ;
- ✓ Dit qu'un Conseiller est désigné pour instruire le dossier ;
- ✓ Dit qu'en application de l'**article 167** du code des marchés publics, la procédure de passation du marché est suspendue, en attendant la décision au fond du Comité de Règlement des Différends ;
- ✓ Dit que les documents originaux relatifs à la procédure du 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 au groupement SGI ingénierie /BEEE/Ap' Exper/OIEau ainsi qu'à la Société de Patrimoine des Eaux du Niger, la présente décision qui sera publiée au journal des marchés publics.

En application de cette décision, le Secrétariat Exécutif de l'ARMP a demandé le 20 juillet 2022, au Directeur Général de la SPEN, la transmission des documents originaux relatifs au marché, aux fins d'instruction du dossier, ce qu'il a fait par courrier daté du 22 juillet 2022.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

Pour contester le conflit d'intérêt invoqué contre lui, le groupement a, d'abord rappelé le contexte dans lequel le marché lui avait été attribué avant de préciser que lors des négociations dudit marché, la SPEN avait déjà notifié à SGI ingénierie SA, sa présélection sur la liste restreinte de la DP de l'ATMO.

Il a précisé que SGI ingénierie SA préparait déjà son offre pour l'ATMO lorsqu'elle avait été retenue pour la maîtrise d'œuvres, ce qui exclut le conflit d'intérêt invoqué.

Selon lui, cette disqualification viole les clauses du contrat qui lie la SPEN à SGI ingénierie, relatif à la maîtrise d'œuvres pour les études de l'APS, l'élaboration de l'APD et du DAO des lots 6 et 7.

Cette clause stipule que : « **la SPEN confirme au Consultant que l'attribution du présent marché ne constitue pas un conflit d'intérêt à une éventuelle attribution du marché d'Assistance Technique à Maitrise d'Ouvrage (ATMO) dont la DP n°002/DEPE/SPEN/2021 a été lancée en juillet 2021, SGI restant ainsi éligible au marché d'ATMO susmentionné.**»

Il fait savoir qu'à la lecture de cette clause contractuelle, la SPEN confirme sans ambiguïté l'éligibilité de SGI ingénierie SA, au marché portant sur l'ATMO en précisant que lors des négociations du marché en question et de l'établissement du PV, l'intégralité des informations susmentionnées étaient connues de toutes les parties et qu'aucun fait nouveau n'est intervenu depuis le 25 Août 2021 pour la remettre en cause.

Il ajoute que contrairement à la compréhension de la SPEN de l'IC 3.2.1 des DPDP, en se référant au PV et contrat susvisés, son groupement est éligible à l'ATMO et le conflit d'intérêt soulevé ne s'applique qu'à la maîtrise d'œuvres déléguée pour la supervision des travaux et non à la maîtrise d'œuvres pour les études.

Il fait observer que si tel était le cas, la Banque Européenne d'Investissement (B.E.I) avait pleinement connaissance dans la même procédure, de l'intervention des cabinets Merlin et SGI sur les maîtrises d'œuvres concernant les études techniques des **lots 1, 2,3, 4 et 5** mais que ces informations ne l'avaient pas amené à disqualifier ces deux consultants de la liste restreinte de l'ATMO.

Au surplus, SGI ingénierie SA était mandataire pour les prestations de la maîtrise d'œuvres des **lots 6 et 7** et non pour les prestations de maîtrise d'œuvres déléguée desdits lots dont la procédure de passation n'a pas encore été lancée à ce jour.

Par conséquent l'IC invoquée ne s'applique qu'au marché de maîtrise d'œuvres déléguée pour lequel SGI Ingénierie SA semble être incriminé.

Le point c de la DP révèle que la SPEN n'a pas disqualifié le cabinet Merlin qui a pourtant exécuté les mêmes prestations relatives aux études techniques d'APS, d'APD et d'élaboration du DAO que le groupement SGI ingénierie dans le cadre du même projet.

En conclusion, le groupement indique que, d'une part, compte tenu de tous les éléments évoqués permettant de confirmer qu'aucun élément nouveau établissant un conflit d'intérêt n'a été révélé depuis la publication de la DP relative à l'ATMO et la négociation du contrat susvisé, d'autre part, que la décision de disqualification ayant été prise après l'évaluation des offres technique et financière, il s'ensuit qu'elle ne peut provenir que du recours d'un concurrent.

Il s'interroge à ce sujet sur la démarche et la validité d'un tel recours avec les règles définies dans le code des marchés publics étant entendu que, la page de publication des décisions du CRD, ne fait pas cas d'un recours d'un soumissionnaire contre la DP pour l'ATMO.

Pour le requérant, si cet aspect avait été traité dans le cadre d'un recours préalable, il demande la transmission des éléments des décisions rendues par les autorités compétentes et même dans l'éventualité d'une saisine du CRD en application des dispositions de l'**art 166** du Code précité, ces éléments semblent constituer une base d'information importante pour la compréhension des décisions définies dans la lettre de notification de la disqualification.

LES MOTIFS DE L'AUTORITE CONTRACTANTE

Le Directeur Général de la SPEN soutient pour sa part que, les circonstances supplémentaires suivantes seront considérées comme constituant un conflit d'intérêt, à savoir : « ***...un même consultant ne pourra être à la fois attributaire de la prestation d'A.T.M. O et à la maîtrise d'œuvre déléguée pour les lots 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 et 9...*** »

Pour lui, il y a manifestement conflit d'intérêt en ce sens que la même société SGI ingénierie SA, cheffe de file du groupement SGI/BUNEC Environnement, attributaire du marché des prestations de service de la maîtrise d'œuvre, pour les études techniques de l'APS, de l'élaboration de l'APD et du DAO a soumissionné, pour les **lots 6 et 7** du même projet.

L'OBJET DU DIFFEREND

Le différend porte sur la disqualification du groupement SGI ingénierie SA /BEEE/Ap' Exper/OIEau de la DP du marché relatif à l'Assistance à la Maîtrise d'Ouvrage, pour conflit d'intérêt en ce sens que SGI ingénierie SA est également membre du groupement SGI/BUNEC Environnement, attributaire du marché de la maîtrise d'œuvres, pour les études techniques d'APS, l'élaboration de l'APD et du DAO du même projet global.

EXAMEN AU FOND DU DIFFEREND

Après avoir entendu le conseiller instructeur en son rapport, auditionné les parties et suite aux débats, le Comité de Règlement des Différends constate, d'une part, que comme l'a relevé la SPEN, SGI ingénierie SA est chef de file du groupement SGI/BUNEC Environnement, attributaire du marché de la maîtrise d'œuvre des études techniques de APS, de l'élaboration de l' APD et du DAO, d'autre part, que cette même société est membre du groupement SGI ingénierie /BEEE/Ap' Exper/OIEau qui a participé à la DP pour l'ATMO.

Contrairement à la compréhension du groupement sur la distinction faite entre maîtrise d'œuvre et maîtrise d'œuvre déléguée, le CRD précise que les deux notions ont la même signification dans la mesure où la maîtrise d'œuvre est en elle-même une délégation du maître d'ouvrage à une personne physique ou morale. Cette délégation peut comporter la direction de l'exécution et la surveillance des travaux.

Il ressort de l'**article 22** du Code des marchés publics et des délégations de service public que « **ne peuvent obtenir de commande ou de sous-traitance, ni par eux même ni par l'intermédiaire d'autrui, de la part des autorités contractantes (...) Les entreprises affiliées aux consultants ayant contribué à préparer tout ou partie des dossiers d'appel d'offres ou de consultation...** ».

Aussi l'IC 3.2.1 des DPDP stipule que « **il est exigé du Consultant qu'il fournisse des conseils professionnels objectifs et impartiaux , qu'en toutes circonstances il serve avant tout les intérêts de son client, que lorsqu'il dispense un avis, il s'assure de l'absence de conflit avec d'autres activités et avec les intérêts de la société, et qu'il agisse sans considération d'une potentielle mission future** ».

Le CRD conclut que SGI ingénierie SA, membre du groupement attributaire du marché de la maîtrise d'œuvres des études techniques de l'APS, de l'élaboration de l'APD et du DAO et aussi membre du groupement requérant ne saurait participer à la DP de l'ATMO sans violer les dispositions et les clauses susvisées.

En considération de tout ce qui précède, il y a lieu, de déclarer non fondé, le recours du groupement SGI ingénierie SA /BEEE/Ap' Exper/OIEau.

PAR CES MOTIFS :

- ✓ Déclare, non fondé, le recours du groupement SGI ingénierie SA /BEEE/Ap' Exper/OIEau contre la Société de Patrimoine des Eaux du Niger;
- ✓ Dit qu'il y a conflit d'intérêt;
- ✓ Ordonne la levée de la suspension de la procédure de passation du marché;

- ✓ Dit que la 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 au groupement SGI ingénierie SA /BEEE/Ap' Exper/OIEau ainsi qu'à la Société de Patrimoine des Eaux du Niger, la présente décision qui sera publiée au journal des marchés publics.

Fait à Niamey, le 25 Août 2022

Le Président du CRD



MOUSTAPHA MATTA