

000078

Décision N° _____/ARMP/CRD du jeudi 13 octobre 2022, statuant sur le fond du recours de l'entreprise BOHA ELECTRONIC SERVICE BP : 10 513 Niamey-Niger, TEL : (+227) 20 73 27 68 contre le Ministère de la Communication, chargé des Relations avec les Institutions, relatif à l'appel d'offres ouvert national n°002/2022/MC-RI/SG/DMP-DSP, pour l'équipement de quatre (4) radios communautaires.

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°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°2016-641/PRN/PM du 1^{er} décembre 2016, 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 règlement Intérieur du Comité de Règlement des Différends;
- Vu la résolution du CNRMP du 02 juin 2022, portant nomination du Président du Comité de Règlement des Différends;
- Vu le recours de BOHA ELECTRONIC SERVICE reçu le 12 Septembre 2022,
- Vu la décision n°000072/ARMP/CRD du 20 Septembre 2022, statuant sur la forme du recours ;

Entendu le Conseiller instructeur, en son rapport ;

[Signature]

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, **Kandarga Mahaman Tahir**, **Hassane Iddé**, **Chayabou Habou Ibrahim** et **Madame: 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 du Service de Contentieux assurant le secrétariat de séance.

Après en avoir délibéré conformément à la loi et aux principes généraux de la régulation ;

Adopte la présente la décision fondée sur la recevabilité du recours.

entre

L'Entreprise BOHA ELECTRONIC SERVICE, soumissionnaire, **Demanderesse**, d'une part;

et

Le Ministère de la Communication, chargé des Relations avec les Institutions, autorité contractante, **Défendeur**, d'autre part;

LES FAITS

Dans le cadre de la procédure de passation du marché susvisé, le Secrétaire Général du Ministère de la Communication, chargé des Relations avec les Institutions (MC-RI), Personne Responsable du Marché (PRM) a notifié le 26 août 2022 au Directeur Général de l'entreprise **BOHA ELECTRONIC SERVICE**, le rejet de son offre.

Ce rejet est fondé, d'une part, sur le défaut de production d'un pouvoir d'habilitation à engager le soumissionnaire et, d'autre part, sur le fait que plusieurs pièces administratives et techniques fournies sont identiques à celles présentées par l'entreprise **GALERIES BOHA**.

Par ailleurs, il l'a informé, d'une part, que le **lot 1** a été attribué à l'entreprise **OCI TECHNOLOGY**, pour un montant de **cinquante-sept millions trois cent vingt-deux mille trois cents francs (57 322 300) CFA TTC** avec un délai d'exécution de **trois (03) mois**, et, d'autre part, le **lot 2** a été déclaré infructueux.

Par courrier du 1^{er} Septembre 2022, le Directeur Général de l'entreprise **BOHA ELECTRONIC SERVICE**, a introduit un recours préalable, auquel le Ministère de la Communication a répondu le 14 septembre 2022.

En application de la décision sus visée, rendue sur la forme dudit recours, le Secrétariat Exécutif de l'ARMP, a demandé le 28 Septembre 2022, au Secrétaire Général du ministère de la Communication, la transmission des documents originaux relatifs au marché, aux fins d'instruction du dossier, ce qu'il a fait le 04 octobre 2022.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

Le requérant soutient qu'il avait émis de doutes sur la sincérité des travaux de la COPA, depuis qu'il avait reçu deux (2) courriers émanant de la PRM, le même jour, relatifs au marché querellé.

En effet, il explique que les travaux de cette commission devaient se faire sur la base des principes fondamentaux de la commande publique notamment, l'égalité des soumissionnaires, la neutralité, le libre accès, le respect du code d'éthique et de la déontologie par les agents publics intervenant dans les procédures de passation des marchés publics et de la morale.

Il indique que conformément aux stipulations des Données Particulières de l'Appel d'Offres (DPAO) du Dossier d'Appel d'Offres (DAO): *« les renseignements et les données qui suivent pour l'équipement de quatre (4) radios communautaires, précisent ou modifient les articles des instructions aux candidats(IC). En cas de divergence, les dispositions ci-après prévaudraient sur les articles des IC ».*

Il poursuit en indiquant que, l'évaluation et la comparaison des offres n'ont pas été faites en application des stipulations de l'IC 32.3 des DPAO en cinq (5) étapes à savoir :

- la vérification de la conformité des offres aux critères d'éligibilité prévus à l'article 3 des DPAO;
- la confirmation du respect des critères de qualification fixés par l'article 4 des DPAO ;
- la vérification de la conformité au DAO de la lettre de soumission ; le bordereau des prix ; le bordereau des quantités et calendrier de livraison ; la garantie de soumission, le formulaire de renseignement sur le candidat ; l'acte d'engagement à respecter le code d'éthique, le modèle de marché et le reçu d'achat du DAO ;
- la vérification à la satisfaction aux spécifications techniques demandées au DAO dont la non-conformité entraîne le rejet de l'offre ;
- l'évaluation des offres financières.

Par conséquent, le maître d'ouvrage n'utilisera que les critères et méthodes ci-haut définis pour évaluer les offres et le Comité d'Experts Indépendant (CEI) n'a aucun pouvoir d'ajouter un nouveau critère non défini dans le DAO.

Pour le requérant, en ajoutant l'étape d'examen préliminaire non prévue par le DAO, le CEI a violé les IC précitées dans le seul but de disqualifier un soumissionnaire expérimenté, dont l'offre est la plus avantageuse.

Il ajoute que lors de la séance d'ouverture des plis, présidée par le Secrétaire Général dudit Ministère, ce dernier avait demandé à la Directrice des Marchés Publics, d'une part, de rappeler les dispositions pertinentes de l'appel d'offres et, d'autre part de distribuer aux (5) membres de la commission, un tableau récapitulatif afin de relever les différentes pièces demandées dans le DAO.

Il souligne que le CEI n'a nulle part fait cas d'un document habilitant le signataire à engager le soumissionnaire.

Il a également remarqué que contrairement aux exigences de l'IC 17.1, le Service Après-Vente n'a pas été pris en compte, lors de l'évaluation, dans la mesure où il ne figure dans aucun des rapports établis par les comités.

Il soutient que l'évaluation n'a pas respecté les stipulations de l'IC16.1 et 16.2 des DPAO selon lesquelles : **« pour établir la conformité des fournitures et/ou service connexes au DAO, le candidat fournira dans le cadre de son offre, les preuves écrites que les fournitures se conforment aux prescriptions techniques et normes spécifiées à la section IV. Les preuves écrites peuvent revêtir la forme de prospectus, dessins, ou données et comprendront une description détaillée des principales caractéristiques techniques et de performance des fournitures et/ou services connexes démontrant qu'ils correspondent pour l'essentiel aux spécifications techniques et le cas échéant une liste de divergence et réserves par rapport aux dispositions de la section V. »**

Aussi, le **point 4** de la section V du DAO, relatif aux Clauses Techniques prévoit que les normes en matière d'équipement, de matériaux ainsi que de la main d'œuvre spécifiée dans les documents d'appel d'offres, ne doivent pas présenter un caractère limitatif et les normes internationales doivent être utilisées dans toute la mesure du possible.

Il fait observer, d'une part que, lors de l'ouverture des Plis, l'attributaire provisoire n'a pas fourni un prospectus du matériel qu'il a proposé et un dessin, d'autre part, son offre n'a pas donné une description détaillée des principales caractéristiques techniques et performances des fournitures.

Aussi, l'attributaire provisoire n'a ni mentionné la marque du matériel présenté ou une référence, encore moins une norme internationale en matière d'équipement technique (ISO) comme l'exigent les **IC 16.1 et 16.2** précitées.

Au surplus, le marché similaire qu'il a fourni n'est pas conforme à celui exigé, en ce sens que son entreprise n'a jamais exécuté un marché de fourniture et pose de radio communautaire.

C'est en considération de tout ce qui précède, qu'il a estimé que l'attribution provisoire de ce marché est contraire aux règles de passation de marchés publics et a demandé à la PRM de bien vouloir reprendre les analyses conformément au DAO et au principe de neutralité, afin de lui attribuer ce marché pour lequel il a proposé une offre conforme pour l'essentiel.

N'ayant pas eu de réponse à son recours, **Boha Electronic Service**, a introduit un recours devant le CRD le 12 septembre 2022.

LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

Pour sa part, la PRM a d'abord, d'une part, attiré l'attention du requérant sur le risque d'un retard voire la perte des crédits budgétaires alloués à ce marché à cause de son recours infondé, et d'autre part, qu'elle entend prendre toutes les dispositions qui nécessaires en cas de violation du code d'éthique et de déontologie des marchés publics régi par le décret n°2018-496/PRN/PM du 20 juillet 2018, avant d'apporter les précisions suivantes :

Sur la non production du document habilitant le signataire de l'offre à engager le candidat

Le Secrétaire Général confirme que cette pièce figure parmi celle demandées dans le DAO par l'**IC 10.1 (c)** et n'a donc pas été inventée par son département ministériel pour éliminer un candidat comme le prétend le requérant.

Sur l'examen préliminaire des offres

Contrairement aux allégations du requérant, l'étape d'une évaluation préliminaire des offres a bien été prévue par l'**IC 30** à laquelle les clauses des DPAO qu'il a invoquées, viennent préciser qu'en plus de tout ce qui est demandé plus haut, il doit être vérifié, l'existence de tout autre document requis par l'**IC 10.1g**.

Il indique que quel que soit la méthode utilisée, la vérification de toutes les pièces exigées par le DAO doit être faite par le CEI, dans les mêmes conditions pour tous les soumissionnaires.

Sur le respect des clauses des IC 32.1, 2 et 3

La PRM précise que ces dispositions font partie intégrante de l'IC 32 , portant sur l'évaluation des offres et qu'une lecture impartiale du point 1 de cette IC permet de comprendre, que l'autorité contractante évaluera chacune des offres pour établir, si elle était conforme pour l'essentiel, ce qui n'est pas malheureusement, le cas de l'offre du requérant qui ne contient pas un document de confirmation écrite, habilitant le signataire de l'offre à engager le candidat, tel que décrit à l'IC 10.(c).

Sur le manque d'expérience de l'attributaire provisoire allégué par Boha Electronic Service.

Le Secrétaire Général affirme, d'une part, qu'il ne doute pas de l'expérience d'un soumissionnaire et que le requérant fait un mauvais procès à son département ministériel, et d'autre part, qu'il n'a jamais eu l'intention d'éliminer un soumissionnaire mais que les offres sont évaluées sur la base des documents exigés dans le DAO, et s'il ne le fait pas ainsi, le reproche peut provenir des autres soumissionnaires.

Du reste, le requérant doit se souvenir que son entreprise avait eu à exécuter plusieurs marchés au profit du Ministère de la Communication, ce qui s'explique par le fait n'est qu'elle avait rempli les conditions exigées lui permettant d'obtenir l'attribution desdits marchés parmi d'autres concurrents.

Il précise que si le Ministère voulait favoriser un candidat, le lot 2 n'allait pas être déclaré infructueux.

Sur les allégations de violation des IC 16.1 et 2 et 17.1

La PRM indique que l'IC 16 est relative à la production des documents devant attester de la conformité des fournitures et/ou services au DAO, et qu'en lisant bien les clauses de cette IC, l'on peut comprendre qu'elle porte sur le respect des spécifications techniques demandées.

S'agissant des griefs relatifs aux prospectus ou autres dessins qui sont téléchargeables d'ailleurs sur internet, ces éléments peuvent être considérés comme un atout pour tout candidat qui les produit et qui arrive à cette étape d'analyse des offres.

Quant à l'IC 17.1 du DAO, elle permet de savoir que même si une attestation de Service Après-Vente n'a pas été explicitement évoquée dans le rapport d'évaluation, cela ne veut pas dire qu'elle n'a pas été contrôlée et que son existence donne un atout au soumissionnaire qui l'a présentée, tout comme les prospectus et autres dessins qui pourraient être joints afin d'étayer sa proposition bien que n'étant pas une pièce éliminatoire.

Sur le grief relatif au marché similaire fourni par l'attributaire provisoire

La PRM, tout en tenant pour responsable, le Directeur Général de l'entreprise Boha Electronic Service, des propos tenus à l'encontre de l'attributaire provisoire, selon lesquels, celui-ci n'aurait jamais installé une radio communautaire, confirme que le marché similaire qu'il a produit a été jugé conforme par le CEI, en ce sens qu'il porte sur l'installation en 2021 de la radio communautaire de HARIKANASSOU qui est actuellement fonctionnelle.

En conclusion, la PRM s'est interrogé sur la question de savoir, comment le requérant a fait pour connaître les contenus des offres des autres concurrents et estime qu'il est en concurrence déloyale, ce qui constitue une violation du **point (f)** de l'acte d'engagement qu'il a signé qui stipule que : **« A titre de sanction, nous pouvons être exclus temporairement de la commande publique, s'il est établi que, dans le cadre de la passation et de l'exécution du marché, nous avons fourni des informations ou des déclarations fausses ou mensongères, ou usage d'informations confidentielles dans les cadre de la procédure d'appel d'offres. »**

L'OBJET DU DIFFEREND

Le différend porte sur la non-conformité de l'offre technique du requérant au DAO pour, d'une part, défaut de production d'un pouvoir d'habilitation à engager le soumissionnaire et, d'autre part, présentation de pièces administratives et techniques identiques à celles d'un autre soumissionnaire.

EXAMEN DU DIFFEREND

Après avoir entendu le conseiller instructeur en son rapport, auditionné les parties et suite aux débats, le Comité de Règlement des Différends fait les constats suivants :

Sur le défaut de production d'un pouvoir d'habilitation à engager le soumissionnaire

Comme l'a relevé la PRM, Boha Electronic Service, n'a pas satisfait à l'exigence de l'IC 10. (c) du DAO selon laquelle **« l'offre comprendra les documents suivants (...) la confirmation écrite habilitant le signataire de l'offre à engager le candidat (...) »**, ce qui est contraire à l'IC 4.1 des DPAO du DAO, relative aux pièces administratives à joindre par un soumissionnaire pour être éligible, qui précise en Nota Bene que **« toute pièce manquante ou non conforme entrainera le rejet de l'offre »**.

L'offre du requérant n'ayant pas satisfait à cette exigence n'est pas éligible.

Sur la production pièces administratives et techniques identiques à celles d'un autre soumissionnaire.

Aussi, l'analyse de l'offre du requérant fait ressortir qu'il a présenté un certificat de non faillite sous la dénomination de : « **Auto Boha, Boha Electronic** », puis une Attestation de Régularité Fiscale au nom de « **Auto Boha & Boha Import-Export** » et une attestation de non exclusion à la commande publique, également au nom **Auto Boha & Boha Electronic**, ce qui confirme le grief invoqué selon lequel, Boha Electronic Service, a produit des pièces administratives et techniques identiques à celles présentées par Galerie BOHA..

En outre, Monsieur Rachid Mamane, le représentant du requérant à la session du CRD a répondu à l'affirmative à la question de savoir s'il y a un lien entre Galerie Boha SARL et Boha Electronic Service en déclarant que cette dernière détient des parts sociales dans le capital de Boha Galerie SARL.

Sur l'existence d'un examen primaire et la conformité de l'évaluation au Dossier d'Appel d'Offres

Contrairement aux allégations du requérant, l'IC 30 du DAO a prévu un examen préliminaire afin que l'Autorité contractante s'assure que tous les documents et la documentation technique demandés à la clause 10 des IC ont bien été fournis et sont tous complets, ce qui vient confirmer l'existence d'un examen préliminaire dans l'évaluation des offres reçues dans le cadre de l'appel d'offres querellé, conformément aux stipulations de l'IC 32.3 du DAO et l'article 3 des DPAO, relatif à l'appel d'offres précédé d'une pré-qualification qui est le cas du présent marché.

En plus, l'examen du rapport d'évaluation montre qu'elle a été faite conformément aux stipulations de l'IC16.1 et 16.2 des DPAO selon lesquelles : « ***pour établir la conformité des fournitures et/ou service connexes au DAO, le candidat fournira dans le cadre de son offre, les preuves écrites que les fournitures se conforment aux prescriptions techniques et normes spécifiées à la section IV. Les preuves écrites peuvent revêtir la forme de prospectus, dessins, ou données et comprendront une description détaillée des principales caractéristiques techniques et de performance des fournitures et/ou services connexes démontrant qu'ils correspondent pour l'essentiel aux spécifications techniques et le cas échéant une liste de divergence et réserves par rapport aux dispositions de la section V. »***

Aussi, l'examen dudit document révèle que toutes les stipulations de l'IC 32.3 des DPAO ont été respectées ainsi que les principes de la commande publique notamment l'égalité des soumissionnaires, la neutralité de la PRM, le libre accès, les valeurs de référence à savoir l'éthique et l'intégrité morale.

Sur la non prise en compte du Service Après-Vente dans l'évaluation

Il résulte de la lecture de l'IC 17.1(b) des DPAO que bien que requis dans le cadre de ce marché, le service après-vente n'est pas un critère d'élimination d'une offre.

Sur la non fourniture des prospectus, dessins et autres par l'attributaire provisoire invoquée par Boha Electronic Service

Le requérant a soulevé à tort que lors de l'ouverture des Plis, l'attributaire provisoire n'a pas fourni un prospectus du matériel qu'il a proposé et un dessin et qu'il n'a pas donné dans son offre une description détaillée des principales caractéristiques techniques et performances des fournitures, dans la mesure où à la séance d'ouverture des plis sert juste à constater les documents et pièces fournis sans les ouvrir, par conséquent, il est impossible de connaître le contenu d'une offre. Ce grief invoqué par Boha Electronic Service n'est pas également fondé et les IC 16.1 et 2 n'ont pas été violées.

Sur la conformité de l'offre technique de l'attributaire provisoire du lot1

Tout en relevant l'impossibilité pour le requérant de connaître le contenu de l'offre de l'attributaire provisoire, puisque n'étant pas membre ni du CEI, ni de la COPA, comme l'a émis la PRM, le CRD s'est posé la question de savoir comment celui-ci a obtenu ces informations.

Contrairement à ce que pense le requérant relativement au marché similaire, OCI Technology l'a justifié en présentant le contrat n°001/2021/MCRISG/DMP/DSP, pour la construction et l'équipement d'une radio communautaire à HARIKANASSOU. Ce grief n'est pas aussi fondé.

Sur le grief relatif au doute sur les notifications de rejet de ses offres

Il ressort du Procès-verbal d'attribution provisoire du marché, que l'analyse et l'évaluation des offres pour les deux lots avaient été faites séparément, ce qui explique que les notifications aux soumissionnaires par deux courriers distincts même s'ils datent du même jour.

Par ailleurs, conformément à l'IC1.1 des DPAO « *un soumissionnaire ne peut-être adjudicataire de plus d'un lot* », ce qui montre que bien que l'offre de l'OCI TECHNOLOGY ait satisfait aux conditions du DAO pour les deux lots, il n'a été attributaire que du lot 1, ce qui témoigne d'une part, de la sincérité des travaux de la COPA et du CEI, et d'autre part, et qui justifie le caractère infructueux du lot 2.

Sur le lien entre les IC et les DPAO soulevé par le requérant



Les Données particulières de l'Appel d'Offres viennent préciser ou compléter les instructions aux soumissionnaires dans un Dossier d'Appel d'Offres.

En considération de tout ce qui précède, il y a lieu, de déclarer non fondé ce recours.

PAR CES MOTIFS :

- ✓ Dit l'entreprise Boha Electronic Service n'a pas fourni un pouvoir d'habilitation à engager le soumissionnaire et que certaines pièces du dossier portent différentes nominations de l'entreprise;
- ✓ Déclare, non fondé, le recours l'entreprise Boha Electronic Service contre le Ministère de la Communication, chargé des Relations avec les Institutions ;
- ✓ Confirme, les résultats des travaux de la Commission d'Ouverture, d'Evaluation et d'Attribution du marché ;
- ✓ 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 à l'entreprise Boha Electronic Service ainsi qu'au Ministère de la Communication, chargé des Relations avec les Institutions, la présente décision qui sera publiée au journal des marchés publics.

Fait à Niamey, le 13 Octobre 2022

Le Président du CRD RO

The image shows a circular official stamp of the Commission de Régulation des Marchés Publics (CRMP) of Niger. The stamp contains the text 'Le Président' and 'M. Moustapha Matta'. A handwritten signature is written over the stamp.

Monsieur MOUSTAPHA MATTA