AUTORITE DE REGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE
COPIE CERTIFIEE CONFORME A L'ORIGINAL
LE: 28 AVR 2023

Décision N° 000034 /ARCOP/CNRCP/CRD du jeudi 20 avril 2023, statuant sur la forme du recours du Directeur Général de l'Entreprise Sahel Construction (ESC) SARLU, BP : 871 Niamey-Niger, TEL :(+227)20 72 21 25 , assisté de Me Souleymane ABBA, Avocat à la Cour de Bordeaux, demeurant 72, Avenue Pasteur 33600 Pessac France, élisant domicile au cabinet de Me Moungaye, Avocat au barreau du Niger, demeurant à Niamey, Tél : WhatsApp +33605560220/(+227) 90 98 88 88 contre l'Organisation Non Gouvernementale (ONG) Catholic Relief Services (CRS), relatif à l'Appel d'Offres NE73, pour la réalisation de trente (30) ouvrages d'approvisionnement en Eau Potable (25 Mini-AEP Multi villages, 5 Mini-AEP simples) dans les départements de Magaria et Dungass, région de Zinder sur financement de l'USAID (Projet GIRMA).

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 1er 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 requête du directeur général de l'Entreprise Sahel Construction du 13 avril 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 sus indiquée à laquelle siégeaient **Mesdames : SOULEYMANE GAMBO MAMADOU,** Présidente par intérim, **BACHIR SAFIA SOROMEY, Messieurs : RABIOU ADAMOU, IDDE HASSANE et CHAYABOU HABOU IBRAHIM**, tous Conseillers à l'Autorité de Régulation de la Commande Publique, membres dudit Comité, assistés 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 décision dont la teneur suit :

entre

L'Entreprise Sahel Construction SARLU, soumissionnaire, **Demanderesse**, d'une part ;

Et

L'ONG Catholic Relief Services, **Défenderesse,** d'autre part ;

FAITS, PROCEDURE ET PRETENTIONS DES PARTIES

Par lettre reçue le mardi 04 avril 2023, la Représentante résidente de l'ONG Catholic Relief Services (CRS) a notifié à l'Entreprise Sahel Construction SARLU, le rejet de son offre au motif qu'après évaluation des offres par le panel, le volume de celle-ci dépasse les 8 Mo prévus par le Dossier d'Appel d'Offres (DAO).

Par ailleurs, elle l'a informé que le fait que son offre soit écartée ne remet aucunement pas en cause la qualité de ses services.

Par lettre reçue le vendredi 07 avril 2023, le Directeur Général de l'Entreprise Sahel Construction SARLU a introduit un recours préalable devant l'ONG pour demander l'annulation des résultats de l'évaluation et la décision d'attribution du marché en se fondant sur les stipulations des articles 20 et suivants du DAO.

En effet, il soutient à l'appui de son recours que le DAO n'a nulle part, indiqué que la taille du fichier dépassant 8Mo est un critère éliminatoire.

Il explique que conformément aux stipulations des **articles 9 et 10** du point **D** du DAO, si la taille du fichier était éliminatoire, son offre n'aurait jamais dépassé l'étape d'éligibilité et de conformité, *a fortiori* faire l'objet d'une évaluation.

Par courriel en date du samedi 08 avril 2023, CRS a répondu à ce recours en précisant à la requérante qu'elle a toujours travaillé avec les informations contenues dans le DAO et qu'elle avait omis de lui signaler que son offre n'a pas été retenue du fait que son délai de validité de **quatre-vingt-dix (90) jours** est inférieur à celui de **cent vingt (120) jours** exigés dans le DAO.

Aussi, l'ONG fait observer d'ailleurs à la requérante que ses paraphes et cachet confirment ce délai de **cent vingt (120) jours**.

En plus, pour assurer la requérante que l'omission de la mention du délai de validité dans la lettre de notification de rejet est intervenue indépendamment de sa volonté, l'ONG l'a invité à se référer au scan de sa liste de soumission et du formulaire de liste de contrôle.

N'étant pas satisfait de cette réponse, le Directeur général de l'Entreprise Sahel Construction a saisi le CRD par requête du jeudi 13 avril 2023, pour demander, l'annulation de l'appel d'offres.

Il précise dans sa requête pour justifier la qualification de marché public de la commande querellée, que le financement est constitué par un don de l'USAID (United State Agency for International Développement), Agence américaine pour le développement international, dédié à la réalisation des ouvrages susvisés au profit des populations des régions concernées et que l'ONG CRS n'agit ici qu'en tant qu'organe d'exécution.

Il fonde son raisonnement, il invoque les dispositions des **articles 1 et 2** du code des marchés publics et des délégations de service public selon lesquelles « ***Le présent décret fixe les règles applicables à la passation, à l'approbation, à l'exécution, au règlement et au contrôle des marchés publics et des délégations de service public ainsi qu'au traitement des différends… », « Les marchés publics Les marchés publics sont des contrats écrits, conclus à titre onéreux pour la réalisation de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services par l'État, les Collectivités territoriales, les Établissements publics ;les Sociétés d'Etat et les Sociétés à participation financière publique majoritaire, les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat ou de personnes morales de droit public, lorsqu'elles bénéficient de leur concours financier ou de leur garantie, les associations formées par une ou plusieurs des personnes morales de droit public ci-dessus citées ;les Autorités administratives indépendantes. Ces personnes morales sont désignées par le terme « Autorité contractante ».***

Selon lui, la lecture combinée de ces deux articles justifie que les conditions d'application dudit code que sont un financement public en l'espèce celui de l'USAID et un marché exécuté pour le compte d'un organisme public, par une personne morale de droit privé qui est en l'espèce le CRS avec le concours financier dudit organisme public.

S'agissant du nouvel argument sur la durée de validité de son offre soulevée par l'ONG dans sa réponse au recours préalable, ESC SARLU lui reproche d'avoir abandonné le premier grief invoqué pour écarter son offre et de forger un nouvel argument basé sur la durée de validité.

Elle s'est posée la question de savoir comment CRS peut justifier une clause éliminatoire qui n'a pas été portée à la connaissance des candidats qui ont participé à cet appel d'offres.

Elle fait savoir à l'ONG que par ses imprécisions et « omissions » inadmissibles, elle met en lumière un manque de sincérité dans la conduite de la procédure de cet appel d'offres qui doit être annulé afin de rétablir tous les candidats dans une parfaite égalité.

En outre, la requérante estime qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge les honoraires d'avocats qu'elle a été contrainte d'exposer pour faire défendre ses intérêts et, par conséquent, elle sollicite la condamnation de l'ONG CRS à lui verser la somme de **cinq cent millions (500 000) de francs CFA** au titre des frais irrépétibles.

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS

Pour statuer sur la forme d'un recours, le CRD doit s'assurer 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 »***

Sur l'incompétence du CRD à connaître d'un recours dirigé contre une procédure de passation d'un marché lancé par une ONG

En l'espèce, la requérante a elle-même fait savoir que Catholic Relief Services est une ONG.

Aussi, l'**article 2** du code des marchés publics et des délégations de service public, auquel la requérante fait référence dispose d'ailleurs à ce sujet que : « ***les marchés publics comme des contrats écrits, conclus à titre onéreux pour la réalisation de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services par l'État, les Collectivités territoriales, les Établissements publics, les Sociétés d'Etat et les Sociétés à participation financière publique majoritaire, les personnes morales de droit privé agissant pour le compte de l'Etat ou de personnes morales de droit public, lorsqu'elles bénéficient de leur concours financier ou de leur garantie, les associations formées par une ou plusieurs des personnes morales de droit public ci-dessus citées et les Autorités administratives indépendantes ».*** Ces personnes morales sont désignées par le terme **« Autorité contractante »** et sont soumises aux dispositions du code des marchés publics.

Il en ressort que l'ONG CRS n'étant pas une Autorité Contractante au sens du code des marchés publics, par conséquent, ses acquisitions n'y sont pas soumises.

En considération de tout ce qui précède, le CRD se déclare incompétent, pour connaître du recours de l'Entreprise Sahel Construction SARLU contre l'ONG Catholic Relief Services.

PAR CES MOTIFS :

- ✓ Se déclare, incompétent pour statuer sur le recours de l'Entreprise Sahel Construction SARLU contre l'ONG Catholic Relief Services ;

- ✓ 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 à l'Entreprise Sahel Construction SARLU, ainsi qu'à l'ONG Catholic Relief Services, la présente décision qui sera publiée au Journal des Marchés Publics et sur le site de l'ARCOP.

Fait à Niamey, le 20 avril 2023

La Présidente du CRD/Pi

Madame SOULEYMANE GAMBO MAMADOU