

du 24 juillet 2012 sur l'examen du recours du directeur des **ETS DAUDA** contre le Ministère de l'Education Nationale de l'Alphabétisation et de la Promotion des Langues Nationales suivant Appel d'Offres n°004/2012/MEN/A/PLN/DRFM portant acquisition de fournitures scolaires.

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

Statuant en matière de différends relatifs à l'attribution de marchés publics en son audience du vingt quatre juillet deux mil douze à laquelle siégeaient Monsieur Diori Amadou, président du Comité de Règlement des Différends, Messieurs, Sadou ABDOU, NOURI Mahaman, Abdoulaye Harouna Limane, Mesdames Marcel Fadima, Maigana Fatima, tous conseillers à l'Agence de Régulation des Marchés Publics, membres ;

Assisté de Monsieur Adamou KANE, Directeur de la Réglementation et des Affaires Juridiques à l'Agence de Régulation des Marchés Publics, assurant le secrétariat de séance.

Vu la loi n°2011-37 du 28 octobre 2011 portant principes généraux, contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service publics au Niger;

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 services publics 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 services publics dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine ;

Vu le décret n°2011-686/PRN/PM du 29 décembre 2011 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, organisations et modalités de fonctionnement de l'Agence de Régulation des Marchés Publics ;

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 Règlement Intérieur du Comité de Règlement des Différends ;

Vu la Décision n°07/SE/ARMP du 22 mars 2012 portant désignation des membres du Comité de Règlement des Différends ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu la décision dont la teneur suit :

ENTRE

Les Etablissements DAOUDA, DEMANDEUR, d'une part ;

ET

Le Ministère de l'Education Nationale, de l'Alphabétisation et de la Promotion des Langues Nationales, 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

Attendu que le Directeur des Etablissements DAOUDA, par lettre n°125/2012-DR 2012/67 en date du 13 juillet 2012 enregistrée le même jour sous le numéro 711(21) au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, a introduit un recours contentieux auprès du Comité de Règlement des Différends pour contester certains articles du DAO qui contiendrait une clause faisant office de double emploi avec une autre et qui serait contraire à l'esprit et à la lettre du code des marchés publics.

Attendu qu'aux termes des dispositions des articles 164, 165, 166, et 167 du Code des Marchés Publics, la saisine du Comité de Règlement des Différends est obligatoirement précédée d'un recours préalable adressé à la Personne Responsable du Marché ;

Attendu que tout candidat s'estimant injustement évincé peut soumettre par écrit un recours préalable auprès de la personne responsable du marché. Ce marché peut porter sur le dossier d'appel d'offres, sur la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché ou la délégation, sur les conditions de publications des avis, sur les règles relatives à la participation des candidats et aux capacités et garanties exigées, sur le mode de passation et sur la procédure de sélection, sur la conformité des documents d'appel d'offre à la réglementation en vigueur, sur les spécifications techniques retenues et sur les critères d'évaluation ;

Attendu que le recours préalable doit invoquer une violation caractérisée de la réglementation des marchés publics et des délégations de service public ;

Attendu qu'aux termes des dispositions du décret portant Code des Marchés Publics, le recours préalable, sous peine d'irrecevabilité, doit être exercé dans un délai de cinq (5) jours ouvrables suivant la publication de l'avis d'appel d'offre ou de la notification de la décision d'attribution du marché ou de la délégation de service public, ou de la communication du dossier d'appel d'offre ;

Attendu qu'en l'absence de décision favorable dans les cinq(05) jours ouvrables suivant le dépôt du recours préalable, le requérant dispose de trois (03) jours ouvrables pour présenter un recours devant le Comité de Règlement des Différends en matière d'attribution des marchés publics ;

Attendu qu'il est établi une présomption d'acquisition du Dossier d'Appel d'Offre, DAO, par le Directeur des Etablissements Daouda, autorisant ce dernier à introduire un recours préalable sur ledit DAO auprès du Comité de Règlement des Différends ;

Attendu que le Directeur des Etablissements Daouda, par lettre n°124/2012-DR 2012/67 du 16 juillet 2012 a introduit, conformément à la réglementation, un recours préalable auprès de la Personne Responsable du Marché (MEN/A/P/LN) pour contester certains articles du DAO qui contiendrait une clause contraire à l'esprit et à la lettre du code des marchés publics.

Attendu que par lettre n°01293/MEN/A/PLN/SG/DRFM en date du 12 juillet 2012, la ministre de l'Education Nationale, de l'Alphabétisation et de la Promotion des Langues Nationales a répondu négativement à l'interpellation du Directeur des ETS DAOUDA.

Attendu qu'après analyse et vérification, le Comité de Règlement des Différends constate que le requérant a exercé un recours préalable auprès de la Personne Responsable du Marché et un recours contentieux auprès du Comité de Règlement des Différends dans les délais et forme prescrits ;

Par ces motifs ;

D É C I D E :

- 1 - Déclare recevable quant à la forme le recours contentieux introduit par le Directeur des ETS DAOUDA tendant à contester certaines dispositions contenues dans le dossier d'appel d'offre N°04/2012/FS/MEN/A/PLN/DRFM portant acquisition de fournitures scolaires.
- 2 - Dit qu'en application des dispositions de l'article 167 du Code des Marchés Publics l'attribution du marché est suspendue en attendant la décision du Comité de Règlement des Différends quant au fond ; cette décision doit intervenir dans un délai qui ne saurait dépasser sept(07) jours ouvrables ;
- 3 - Dit que le Conseiller NOURI Mahaman est désigné pour instruire le dossier ;
- 4 - Dit, conformément à la réglementation, que cette décision est exécutoire ;
- 5 - Dit que le Secrétaire Exécutif de l'Agence de Régulation des Marchés Publics est chargé de notifier au Directeur des Etablissements DAOUDA et à la Ministre de l'Education Nationale, de l'Alphabétisation et de la Promotion des Langues Nationales, la présente décision qui sera publiée au journal des marchés publics.

AU FOND

Attendu qu'en ce qui concerne le motif du recours, le Directeur Général des ETS DAOUDA soutient que l'article 2 des IS (page 29) relatif à l'éligibilité des soumissionnaires prévoit une clause qui stipule que « le soumissionnaire ne doit pas avoir été défaillant dans l'exécution d'un marché antérieur passé avec l'autorité contractante au cours des deux (02) dernières années 2011- 2012 » fait double emploi avec la clause qui dit « ne pas être sous le coup de l'exclusion prononcée par l'ARMP » d'une part, et qu'en conséquence, la décision d'exclusion d'un fournisseur de l'accès à la commande publique ne peut résulter que de la compétence exclusive d'attribution dévolue par le code des marchés publics, à l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, d'autre part ;

Attendu que, selon le Directeur Général des Ets DAOUDA, le terme défaillance est une notion qui peut englober divers aspects (retards dans la livraison, résiliation de marché...etc.) qui sont sanctionnés par le code des marchés publics (pénalités de retard) ou devant être signalés à l'Autorité de Régulation des Marchés Publics qui prend à cet effet des décisions ;

Attendu enfin que le Directeur Général des Ets DAOUDA estime que cette clause est contraire à l'esprit et à la lettre du code des marchés publics ;

Attendu que Madame la Ministre de l'Education, dans sa réponse en date du 12 juillet 2012 au recours préalable à elle adressée par le Directeur Général des ETS DAOUDA a tenu à affirmer que la disposition querellée n'a rien de commun avec une exclusion prononcée par l'ARMP, après instruction d'un dossier de dénonciation ;

Attendu que Madame la Ministre soutient auprès de Mr. le Directeur Général des Ets DAOUDA que contrairement à la décision d'exclusion de l'ARMP qui prive un soumissionnaire de postuler à l'ensemble des marchés publics pour un temps défini, la disposition incriminée du DAO est une mesure conservatoire qu'elle a prise pour se prémunir des soumissionnaires indélicats dans l'attribution des marchés relevant de sa responsabilité, en attendant une décision éventuelle de l'ARMP ;

Attendu que Madame la Ministre de l'Education a précisé en l'endroit du Directeur Général des ETS DAOUDA, qu'en tout état de cause, la Direction Générale du Contrôle des Marchés Publics qui est l'organe de contrôle a priori des marchés publics a déjà donné un avis de conformité, attestant de ce fait que cette disposition n'a rien de contraire à l'esprit et à la lettre du code des marchés publics ;

Attendu qu'en matière d'avis de conformité délivré par la Direction Générale du Contrôle des Marchés Publics, l'avis acquiert seulement une présomption de légalité qui reste, en cas de recours, à être confirmée ou infirmée par une décision du Comité de Règlement des Différends ;

Attendu qu'après auditions successivement du Chef de la Division Marchés Publics du Ministère de l'Education et du représentant du Directeur Général des ETS DAOUDA, il ressort que le premier cité a reconnu que l'ARMP est le seul organe habilité à prononcer les exclusions de la commande publique ; quant au second cité, il a précisé que les motivations de son recours ne sont autres que de ne pas permettre une exclusion injuste des soumissionnaires à la commande publique par l'insertion des dispositions de ce genre ;

Attendu qu'après examen, analyse et vérification, le Comité de Règlement des Différends constate que la disposition « ne pas avoir été défaillant dans l'exécution d'un marché antérieur passé avec l'autorité contractante au cours des deux dernières années 2011 et 2012 » fait entorse au code des marchés publics et au code d'éthique dans leurs dispositions suivantes :

Article 16, point 3 du code des marchés publics qui stipule que « toute entreprise ou groupement d'entreprises qui, à la suite d'une tentative d'entente avec d'autres candidats, de soumission d'informations inexactes ou d'un manquement grave à ses obligations contractuelles, et après avoir été invité au préalable à présenter ses observations par écrit, est temporairement exclue de la passation des marchés publics par décision motivée de l'Agence de Régulation des Marchés Publics ».

Article 180 alinéa 5 du code des marchés publics relatif aux sanctions applicables aux candidats aux soumissionnaires et aux titulaires de marchés publics qui stipule « ... a été reconnu coupable d'un manquement à ses obligations contractuelles lors de l'exécution de contrats antérieurs à la suite d'une décision d'une juridiction nationale devenue définitive »

Article 3, chapitre I relatif aux obligations des organes de la commande publique, du code d'éthique « les organes de la commande publique sont astreints à mettre en œuvre les pratiques suivantes : Le libre accès à la commande publique ;

: L'égalité de traitement parmi les candidats ;

: La transparence des procédures d'attribution.

