



AGENCE DE RÉGULATION
DES MARCHÉS PUBLICS

COPIE CERTIFIÉE
CONFORME A L'ORIGINAL

LE 12 SEPT 2021

du 14 Septembre 2021 sur l'examen du recours en rétractation du groupement MOREY-ESICO, assisté de la SCPA MANDELA, Avocats Associés, BP : 12 040 Niamey- République du Niger, TEL(+227) 20 75 50 91 contre les décisions n°17/ARMP/CRD du 27/04/2021 et n°20/ARMP/CRD du 13/05/2021, relatives au recours de l'Entreprise CHINA FIRST HIGHWAY ENGINEERING (C.F.H.E.C) contre le Ministère de l'Équipement dans le cadre l'appel d'offres ouvert International N°2020/053/DGGT/DMP-DSP, portant travaux d'aménagement et de bitumage de la route Loga-Doutchi lot2: (PK 30-PK 91 y compris le contournement et la voirie de la ville de Doutchi sur financement de : BADEA, FKDEA, FSD et l'Etat du Niger.

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 03 Septembre 2021 de la SPCA MANDELA ;

Vu les pièces du dossier.

Statuant en matière de règlement de différend relatif à l'attribution de marchés publics, dans l'affaire qui oppose l'**entreprise CHINA FIRST HIGHWAY ENGINEERING** au **Ministère de l'Équipement** en sa session tenue à la date sus indiquée à laquelle siégeaient **Messieurs FODI ASSOUMANE**, Président, **OUMAROU MOUSSA**, **Mesdames MAMANE AMINATA MAIGA HAMIL** et **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 de Service du Contentieux, assurant le secrétariat de séance.

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

Faits, procédure et prétentions des parties

Dans le cadre de la passation du marché susvisé, le CRD sur saisine de l'Entreprise **CHINA FIRST HIGHWAY ENGINEERING**, avait rendu la décision **N°020/ARMP/CRD du 13 mai 2021** dont la teneur suit :

- ✓ déclare, fondé, le recours du Directeur Général de **l'Entreprise CHINA FIRST HIGHWAY ENGINEERING CO. LTD**;
- ✓ dit que le **Ministère de l'Équipement** a violé les dispositions des **articles 9, 81, 93, 95, 97 et l'IS 2.1, 38.1, 39.1 des DPAO du DAO**, respectivement relatives au principe de la transparence dans le processus de passation des marchés publics, l'offre anormalement basse, sur le droit donné à tout soumissionnaire évincé de demander par écrit et d'obtenir une copie du procès-verbal d'attribution dans un délai de **sept (7) jours calendaires** à compter de la réception de sa demande et aux antécédents de défaut d'exécution de marché ;
- ✓ dit que la procédure d'attribution du marché au groupement **MOREY-ESICO** est irrégulière ;
- ✓ dit que la PRM ne peut attribuer le marché en Béton Bitumineux sur la base des spécifications techniques de revêtements en bicouche uniquement prévues dans le DAO ;
- ✓ ordonne à la Personne Responsable du Marché de reprendre l'évaluation des offres en corrigeant les irrégularités relevées et en se conformant aux stipulations du DAO;
- ✓ dit que cette décision est exécutoire, conformément à la réglementation en vigueur.

Cette décision a fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir de l'Etat du Niger devant le Conseil d'Etat le 15 Juin 2021. *X*

Par requête n°2579/DS/21/Y2B datée du 03 Septembre 2021, le mandataire du groupement **MOREY-ESICO** saisissait le CRD aux fins d'obtenir la rétractation des décisions de recevabilité et de fond rendues respectivement les 27 Avril et 13 Mai 2021.

Il rappelle dans sa requête que le 05 avril 2021, le Ministère de l'Équipement lui notifiait l'attribution provisoire du marché de construction de la route Loga –Doutchi sur financement de la Banque Arabe pour le Développement Economique.

Contre toute attente, il apprenait le **26 Août 2021** que l'**Entreprise CHINA FIRST HIGHWAY ENGINEERING** avait attaqué l'attribution du marché devant le CRD à son insu, sans qu'il lui soit donné, la possibilité de se défendre face aux prétentions de l'entreprise requérante qui lui a, jeté de l'opprobre.

Il fait valoir que l'**article 8** de la loi N°2011-37 du 28 octobre 2011, portant principes généraux, contrôle et régulation des marchés publics au Niger, dispose que l'Agence de Régulation des Marchés Publics est une autorité administrative indépendante dont les actes sont soumis régime juridique des actes administratifs.

Aussi, l'**article 8** du Code des marchés publics, indique que le Conseil National de Régulation est une instance établie auprès de l'ARMP, chargée de statuer sur les irrégularités et les recours relatifs aux marchés publics, ce qui donne un caractère juridictionnel aux décisions de l'ARMP donc susceptibles de recours.

A la lecture combinée de ces deux textes, les décisions du Conseil National de Régulation (CNR) revêtent un caractère acte administratif et juridictionnel, ce qui donne la possibilité même aux tiers de les attaquer à condition de respecter la forme et les délais prescrits, surtout que la Constitution et les lois de la République du Niger donnent droit à toute personne lésée par un acte d'une autorité administrative de le contester.

Il fait observer, d'une part, que le groupement **MOREY-ESICO**, attributaire provisoire du marché querellé n'a été ni appelé, ni même informé du recours introduit par l'entreprise **CHNIA FIRST HIGHWAY ENGINEERING** contre le **Ministère de l'Équipement**, et d'autre part, son intérêt est si évident et manifeste, que le Conseil d'Etat a jugé nécessaire de l'aviser de l'existence d'une procédure contre un acte qui porte atteinte à ses intérêts.

Il ajoute que, d'une part, n'ayant pas encore reçu la notification des décisions du CRD relativement à ce marché et sachant bien que le délai de recours contre un acte administratif commence à courir à compter de sa notification, et d'autre part, la publication faite dans le journal de l'ARMP n'étant pas conforme aux dispositions de l'**article 1^{er} du décret 78/156/PMCS/MF du 02 septembre 1978** qui ne fait pas que du journal officiel et du bulletin de la chambre de commerce comme seuls habilités à publier des annonces de même nature, lesdites décisions ne lui sont pas opposables.

La recevabilité de la requête

Le groupement cite à titre de jurisprudence, la décision N°381574 du Conseil d'Etat Français du **13 octobre 2016** dans laquelle il précise que « **le délai de recours contentieux contre une décision de transfert prise sur le fondement des dispositions de l'article 318-3 du code de l'urbanisme ne peut courir, pour les propriétaires intéressés, qu'à compter de la date à laquelle celle-ci leur a été notifiée, peu important que cette décision ait été par ailleurs publiée ou affichée** ».

En se fondant sur le caractère juridictionnel de décisions du CRD, le point de départ du délai de recours est la date de signification de la décision qui est la même que pour les décisions rendues par les juridictions a fortiori celles rendues par les autorités administratives. *A*

Il soutient que quel que soit l'approche retenue, son groupement reste dans les délais pour demander le retrait de ces décisions, dès lors que les tiers sont fondés à réclamer le retrait d'une décision leur faisant grief.

Au surplus, **l'article 169** du Code des marchés publics prévoit que sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de ses missions ou de toute information communiquée par des autorités contractantes, des candidats ou des tiers, le Comité de Règlement des Différends peut s'autosaisir et statuer sur les irrégularités, les fautes et les infractions constatées.

Le respect du principe de contradictoire et de l'équité

Pour le mandataire groupement, le fait que le CRD ait statué sur ce recours sans l'inviter ou même l'informer constitue une violation des dispositions de **l'article 167** du Code des marchés publics qui indiquent que « **la procédure devant le Comité de Règlement des Différends doit respecter les principes du contradictoire et de l'équité** » et recommande par conséquent qu'il puisse s'autosaisir afin de tirer les conséquences qui s'imposent dans la mesure où une autorité administrative peut à tout moment retirer ses actes dès lors qu'il s'agit de réparer un tort.

Il explique que le principe du contradictoire garantit aux personnes intéressées qu'elles ne puissent pas être jugées sans avoir été entendues ou au moins appelées et dans le cas d'espèce, le groupement **MOREY-ESICO** devait être avoir connaissance des griefs reprochés au **Ministère de l'équipement**, les prétentions et les arguments de **l'Entreprise CHINA FIRST HIGHWAY ENGINEERING** surtout que la décision était fondée sur des arguments mettant en cause des antécédents de défaut d'exécution de marchés d'un de ses membres sans qu'il n'ait été donnée la possibilité de se défendre contre ces allégations.


Contrairement aux dispositions de **l'article 167 susvisé** relatives au délai, le CRD doit statuer sur le recours dans un délai qui ne peut excéder **sept (7) jours ouvrables** à compter de la réception des documents relatifs au dossier objet du recours, le mandataire du groupement fait remarquer que ledit comité a vidé ce recours le **13 Mai 2021**, après avoir reçu les documents le **29 avril 2021**.

La contrariété entre les motifs et le dispositif de la décision n°20/ARMP/CRD du 13/05/2021.

Le requérant soutient qu'elle soit administrative ou juridictionnelle, une décision doit être motivée.

Il dit avoir relevé une contradiction entre les motifs et le dispositif de la décision du CRD rendue sur le fond de ce recours en indiquant dans les motifs que « **l'absence des spécifications techniques de l'option de revêtement en BB est contraire au principe de la transparence consacré par l'article 9 du Code en ce sens qu'il sera impossible pour le Comité d'experts indépendant d'analyser et d'évaluer objectivement les offres** » et en ordonnant dans le dispositif, à la Personne Responsable du Marché de reprendre l'évaluation des offres en corrigeant les irrégularités relevées et en se conformant aux stipulations du DAO.

La Violation de certaines dispositions du décret relatif aux modalités de fonctionnement du CRD

Le mandataire du groupement fait observer que contrairement aux dispositions des **article 4 et 5 du décret 2004-192**, portant modalités de fonctionnement du Comité de Règlement des Différends, selon lesquelles ledit Comité est saisi par requête adressée au plus tard **cinq (5)** 

jours ouvrables après épuisement du recours hiérarchique et ladite requête doit contenir les noms et les adresses du demandeur, l'objet de la demande, l'exposé sommaire des motifs, l'énonciation des pièces dont le requérant entend se servir, être accompagnée de la décision attaquée et est affranchie d'un timbre fiscal, l'**Entreprise CHINA FIRST HIGHWAY ENGINEERING** avait introduit son recours le **19 avril 2021** par une lettre, ce qui ne répond pas aux conditions exigées.

Cette lettre ne contenait pas d'ailleurs les mentions et formalités prescrites et avait comme objet, un recours préalable en conciliation.

Selon lui, en ayant formulé sa demande en ces termes : « **c'est pourquoi nous vous demandons de bien vouloir convoquer les parties en vue d'une conciliation préalable avant la phase contentieuse, et ce en application des articles 166 et suivants du code des marchés publics et délégation de service public** », l'entreprise **CHINA FIRST HIGHWAY ENGINEERING** ne saisissait pas le CRD pour trancher sur le litige qui l'oppose au Ministère de l'Équipement.

Par conséquent, le CRD devait s'en tenir à cette demande de conciliation préalable au lieu de la considérer comme un recours contre la décision d'attribution provisoire du **Ministère de l'Équipement** et estime que ce comité a failli en se substituant à **CFHFC** pour formuler à sa place une demande qu'elle n'a jamais faite et avait omis de convoquer les parties comme sollicitées par **CFHFC** et reste lié par la demande formulée par la partie demanderesse sauf à se saisir d'office, ce qu'il n'a pas non plus fait.

Ainsi, pour le requérant, aujourd'hui, le groupement **MOREY-ESICO** est attributaire provisoire de ce marché, faute d'un recours valide contre la décision de rejet du Secrétaire Général du Ministère l'Équipement, en date du **15 Avril 2021** et fait savoir que les parties ont toujours présenté leurs offres sur la base d'un DAO dont on ne peut par des voies dérobées, faire modifier, après évaluation des offres et si l'offre de **CFHFC** avait été retenue, elle n'aurait surement pas accepté une remise en cause du DAO.

Il souligne qu'en l'absence d'un recours dans les délais contre la décision d'attribution provisoire du marché querellé, dans les conditions prévues par les lois, le groupement **MOREY-ESICO** reste attributaire et demande au CRD de :

- déclarer, recevable son recours ;
- rétracter les décisions n°0017/AMP/CRD du 22/04/2021 et N°0020/ARMP/CRD du 13/05/ 2021 rendues par le Comité de Règlement des Différends ;
- constater que **CFHEC** a formulé une demande de conciliation et non un recours contre la décision de rejet de l'autorité contractante ;
- dire que la décision d'attribution provisoire en date du **06 avril 2021** est valide.

Le Comité de Règlement des Différends fait les constats suivants sur la recevabilité du recours en rétractation du **groupement MOREY-ESICO** :

1- Sur l'irrecevabilité de la requête du groupement

Le CRD rappelle que l'article 166 du Code des Marchés Publics dispose « **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** »

contentieux devant le Comité de Règlement des Différends en matière d'attribution des marchés publics ».

Aussi l'**article 165** du même Code prévoit que tout candidat s'estimant injustement évincé peut soumettre par écrit un recours préalable auprès de la personne responsable du marché. Une copie de ce recours est adressée au Comité de Règlement des Différends de l'Agence de Régulation des Marchés Publics et ce recours peut porter sur le dossier d'appel d'offres ou la demande de proposition, la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer le marché ou la délégation; les conditions de publication des avis; les règles relatives à la participation des candidats et aux capacités et garanties exigées; le mode de passation et la procédure de sélection retenue; la conformité des documents d'appel d'offres à la réglementation en vigueur; les spécifications techniques retenues et les critères d'évaluation.

Il doit invoquer une violation caractérisée de la réglementation des marchés publics et des délégations de service public et sous peine d'irrecevabilité, ce recours doit être exercé dans les **cinq (5) jours ouvrables** 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.


En plus, l'**article 168** du Code précité indique que les décisions du Comité de Règlement des Différends peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat, ce qui est du reste le cas des décisions contestées.

Dans le cas d'espèce, bien qu'étant au courant de l'existence du recours pour excès de pouvoir pendant devant le Conseil d'Etat, auquel il était loisible de se joindre et sans accomplir la formalité du recours préalable, le groupement **MOREY-ESICO**, a saisi le CRD, d'une requête en rétractation datée du **03 Septembre 2021** contre des décisions rendues respectivement sur la forme et le fond le **27 avril et le 13 Mai 2021**, ce qui est contraire aux dispositions des articles 165 et suivants du Code des Marchés Publics relatives aux recours devant ledit comité.

Aussi, à compter du **jeudi 26 Août 2021**, date à laquelle il dit avoir pris connaissance du recours de l'Entreprise **CHINA FIRST HIGHWAY ENGINEERING** contre le Ministère de l'Équipement relativement à la procédure de passation du marché querellé, le groupement **MOREY-ESICO** dispose de **cinq (5) jours ouvrables** conformément à l'**article 165** susvisé, pour déposer un recours préalable, soient le **vendredi 27**, le **lundi 30**, le **mardi 31 Août**, le **mercredi 1^{er}** et le **jeudi 02 Septembre 2021**.

En introduisant directement un recours devant le Comité de Règlement des Différends le **vendredi 03 septembre 2021**, le groupement **MOREY-ESICO** a violé les dispositions des **articles 165 et 166** du Code des marchés publics et des délégations des marchés publics relatives aux recours préalable et contentieux.

Le CRD rappelle au groupement que l'auto saisine prévue par l'**article 169** du Code des marchés publics est une faculté qui lui est offerte de se saisir d'office sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de ses missions ou de toute information communiquée par des autorités contractantes, des candidats ou des tiers, et de statuer sur les irrégularités, les fautes et les infractions constatées.

Le CRD avait déjà en son temps régulièrement statué sur les irrégularités constatées dans l'attribution de ce marché au groupement **MOREY - ESICO** dans sa décision rendue le **13 mai 2021** et aucun nouveau grief justifiant de revenir sur ce qui est statué n'a été produit. 

Il y a lieu, dès lors de déclarer, irrecevable, le recours en rétractation du groupement **MOREY-ESICO** conformément aux dispositions des **articles 165 à 169** du Code des marchés relatives au recours en matières d'attribution des marchés et celles des **articles 4 et 5** du décret 2004-192, portant modalité de fonctionnement du Comité de Règlement des Différends.

PAR CES MOTIFS :

- ✓ déclare, irrecevable, la requête en rétractation introduite par le groupement **MOREY-ESICO** pour non-conformité aux dispositions des **articles 165 à 169** du Code des marchés relatives au recours en matières d'attribution des marchés et celles des **articles 4 et 5** du décret 2004-192, portant modalité de fonctionnement du Comité de Règlement des Différends ;
- ✓ 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 **MOREY-ESICO**, ainsi qu'au **Ministère de l'Equipement**, la présente décision qui sera publiée au journal des marchés publics.

Fait à Niamey, le 14 Septembre 2021

