



DECISION N° 009/2017/ARMP/CRDS DU 25 AOUT 2017

DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS ET DES SANCTIONS STATUANT EN FORMATION LITIGES SUR LE RECOURS DU MINISTERE DE DE L'ENSEIGNEMENT PRE-UNIVERSITAIRE ET DE L'ALPHAABETISATION CONTRE LA DIRECTION NATIONALE DES MARCHES PUBLICS RELATIF A L'ATTRIBUTION PROVISoire DES MARCHES SUIVANT LE DAO N°05/MEPUA6A/DAF/2017/DAOO ET LE DAO N°06/MEPU6A/DAF/2017

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS ET DES SANCTIONS
STATUANT EN FORMATION LITIGES,**

- Vu** la loi L/2012/020/CNT du 11 octobre 2012 Fixant les règles Régissant la passation, le contrôle et la régulation des marchés publics et délégations de service public, notamment en ses articles 2, 3, 5 et 11;
- Vu** le Décret D/2012/128/PRG/SGG Portant code des marchés publics et délégations de service public, notamment en ses articles 2, 37 et 38;
- Vu** le Décret D/2014/167/PRG/SGG Portant Organisation et Fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) ;
- Vu** le Décret D/2014/220/PRG/SGG du 27 octobre 2014 portant nomination des Membres du Conseil de Régulation de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics ;
- Vu** le Décret D/2016/156/PRG/SGG du 27 mai 2016, portant nomination du Directeur Général de l'autorité de Régulation des Marchés Publics ;
- Vu** le recours exercé par le Ministère de l'Enseignement Préuniversitaire et de l'Alphabétisation en date du 01 août 2017 ;
- Vu** les pièces du dossier ;

Après avoir entendu **Dr Ansoumane SACKO**, Directeur de la réglementation et des affaires juridiques, Rapporteur Technique du CRDS ;

En présence de :

- **Monsieur Pierre LAMAH, Président du CRDS ;**
- **Monsieur Ben Youssef DIALLO, membre du CRDS ;**
- **Monsieur Alpha Abdoulaye DIALLO, membre du CRDS ;**

Ont comparu :

➤ : **Le Ministère de l'Enseignement Pré-universitaire et de l'Alphabétisation représenté par :**

1. Monsieur Mouctar KEITA, PRMP
2. Monsieur N'Famory CISSE, Assistant PRMP

➤ **La Commission d'évaluation des offres de la Direction Nationale des Marchés Publics représentée par :**

1. Monsieur Mohamed Saloum BANGOURA, Président de la Commission
2. Monsieur Aboubacar SYLLA, Rapporteur de la commission

Après en avoir examiné conformément à la loi,

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité de la saisine, des faits et moyens juridiques exposés par les différentes parties :

Par lettre en date du 01 août 2017, la Direction Générale de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, a été saisie par le Président du Conseil de Régulation d'une plainte par laquelle le Ministère de l'Enseignement Pré-Universitaire et de l'Alphabétisation (MEPU-A) reproche à la Direction nationale des Marchés Publics des insuffisances liées à la procédure de passation relative aux DAO N° 5 et N°6.

LES FAITS

Pour l'acquisition de craies et cahiers destinés à la rentrée scolaire 2017-2018, le Ministère de l'Enseignement Pré-Universitaire et de l'Alphabétisation (MEPU-A) a préparé deux dossiers d'appels d'offres ouverts financés par le Budget National de Développement (BND). Ces deux appels d'offres ouverts ont été publiés dans trois journaux de la place les 15 et 19 juin 2017. Les devis confidentiels signés par le chef de la DAF ont été transmis le 12 juillet 2017 suivis de l'ouverture des plis le 13 juillet 2017 à la DNMP. Pour ces appels d'offres, 17 entreprises étaient en concurrence pour le DAO N°6. Le 31 juillet 2017, le directeur national adjoint du DNMP transmet à la PRMP du MEPU-A l'avis de la DNMP sur le rapport d'évaluation non signé par le représentant du MEPU-A en sa qualité d'autorité contractante. Cet avis fait état d'une attribution provisoire du lot 1 à l'entreprise SONECI, du lot 2 à l'Entreprise 2M Prestation et du lot 3 aux Etablissements M § Frères. C'est cette attribution provisoire que conteste le MEPU-A. D'où son recours à l'ARMP.

LES MOYENS A L'APPUI DU RECOURS DU MEPU-A

Le Ministère de l'Enseignement Pré-Universitaire et de l'Alphabétisation (MEPU-A), a exposé que par lettre n° 0511 et n° 512 du 31 juillet 2017, la DNMP l'a informé de l'attribution provisoire des marchés suite aux appels d'offres dont les ouvertures de plis ont eu lieu le 13 juillet 2017.

Selon lui, l'analyse faite par ses services techniques, il ressort des observations suivantes :

- Les montants attribués dépassent largement les crédits disponibles contrairement au contenu de la lettre n°056/MEPU-A/ CAB/DAF/2017 du 12 juillet 2017 transmettant les devis confidentiels alors que d'autres soumissionnaires ont proposé des offres adéquates ;
- La non signature du Rapport d'évaluation des offres par son représentant conformément à l'article n° 60 du Code des Marchés Publics ;
- L'enveloppe globale attribuée provisoirement aux lots du DAO N° 6 s'élevant à 6. 175.752. 160 GNF et dépassant le seuil réglementaire devrait faire l'objet de non objection de l'Administration et Contrôle des Grands Projets et des Marchés Publics (ACGPMP).

Il estime que les insuffisances ci-dessus évoquées montrent que les conditions ne sont pas réunies pour l'attribution des lots aux différents fournisseurs.

La rentrée scolaire ayant été ramenée au 15 septembre 2017, fait-il valoir, la prise de dispositions urgentes pour finaliser ce processus et éviter tout retard s'avère nécessaire.

Il précise en outre que son représentant a été écarté par la DNMP lors de la plénière qui a suivi l'évaluation au motif qu'il n'était pas concerné par ladite plénière et que son invitation était une erreur. Après cette plénière, ajoute-t-il, la DNMP a demandé à son représentant de signer le rapport d'évaluation, ce que ce dernier a refusé.

Aussi, soutient-il, la DNMP n'a pas tenu compte de la réservation de crédits pour l'attribution provisoire ni accepté un compromis avec lui.

L'ACGPMP, dit-il, a inséré dans le DAO un critère discriminatoire portant sur « l'habilitation de signature à engager le soumissionnaire : une procuration (pouvoir) ou acte notarié ». Ce critère selon lui, a servi à éliminer grand nombre d'entreprises.

C'est pour toutes ces raisons, soutient-il, il sollicite l'annulation de la procédure.

LES MOYENS DE DEFENSE DE LA COMMISSION D'EVALUATION DES OFFRES DE LA DNMP

La commission d'évaluation des offres de la Direction nationale des marchés publics (DNMP) affirme, par l'intermédiaire de son président et de son rapporteur, qu'elle a reçu deux (2) DAO du MEPU-A relatifs à l'acquisition de craies et cahiers après l'avis de non objection (ANO) de l'ACGPMP et qu'à cet effet deux commissions ont été mises en place accompagnées par la personne responsable des marchés publics (PRMP) et le maître d'ouvrage, soit au total cinq (5) personnes pour chaque commission.

Après l'évaluation, ajoute-t-elle, la DNMP a émis un ANO sur le rapport d'évaluation et le dossier a été transmis au maître d'ouvrage (MEPU-A), qui, à son tour, a fait un écrit à la DNMP le 07 août 2017 pour faire part de son désaccord sur ledit rapport.

Elle fait savoir que les raisons du désaccord sont liées principalement à l'insuffisance de crédits et à la non signature du rapport par le représentant du ministère.

Elle soutient cependant, que la commission n'est pas liée par le devis confidentiel et que la présence du représentant n'est pas indispensable.

Elle précise qu'elle travaille sur la base des critères du dossier d'appel d'offres (DAO) sur lequel l'ACGPMP a donné son ANO et qu'en conséquence elle n'a pas compétence de les modifier.

Une incompréhension, selon elle, est survenue entre ses membres et certains cadres du MEPU-A sur les points suivants :

- L'absence de certaines pièces entraînant automatiquement l'annulation de l'offre.
- les évaluations devant se faire sur les montants TTC.

Le MEPU-A, affirme-t-elle, a des services techniques pour faire les DAO, il est donc de son ressort de changer des critères et non elle (commission) qui ne travaille que sur les données du DAO validées par l'ACGPMP.

Au sujet des ANO, elle explique que selon le seuil du marché, l'ACGPMP étudie et donne son ANO et qu'après l'évaluation, lorsque le seuil est inférieur ou égal à 5 milliards c'est la division de contrôle et suivi de la DNMP qui fait le contrôle et transmet directement à l'autorité contractante par le biais de la Directrice Nationale. Lorsque le seuil est supérieur à 5 milliards le rapport est transmis à l'ACGPMP pour l'ANO.

Or dans le présent cas, précise-t-elle, le cumul des lots est supérieur à 5 milliards, mais que chaque lot correspond à un contrat et chaque contrat pris individuellement ne fait pas 5 milliards d'où la compétence de la division de contrôle et suivi de la DNMP.

Elle ajoute que certains membres de la DNMP se sont rendus pour fournir des explications sur la méthode de travail à suivre.

Enfin, elle estime que ses membres ont bien travaillé et qu'ils ne se reprochent de rien et sollicite de l'ARMP un dénuement heureux.

EN LA FORME

SUR LA COMPETENCE DU CRDS

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 21, alinéa 1^{er} du Décret D/2014/167/PRG/SGG du 22 juillet 2014 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, « *le Comité de Règlement des Différends et des Sanctions CRDS peut recevoir les dénonciations des irrégularités*

constatées par les parties intéressées ou celles connues de toute autre personne avant, pendant et après la passation ou l'exécution des marchés publics et délégations de service public ; si ces faits caractérisent des violations de la réglementation relative à la passation des marchés publics et délégations de service public, le Président du Comité saisit, soit en Commission Litiges, soit le Comité en formation disciplinaire, selon le cas » ;

Qu'en application des dispositions susvisées, le CRDS est compétent pour statuer en Formation litiges sur les faits allégués ;

SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS

Considérant que, conformément aux dispositions de l'article 21 du Décret D/2014/167/PRG/SGG du 22 juillet 2014 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des marchés publics, le CRDS peut recevoir les dénonciations des irrégularités constatées par les parties intéressées, ou celles connues de toute autre personne avant, pendant et après la passation ou l'exécution des marchés publics et délégations de service public.

Qu'en l'espèce, le recours du MEPU-A doit être déclaré recevable dès lors qu'il obéit aux conditions de recevabilité ;

AU FOND

SUR LA VIOLATION DE L'ARTICLE 8 DE LA LOI 020/2012 FIXANT LES REGLES REGISSANT LA PASSATION, LE CONTROLE ET LA REGULATION DES MARCHES PUBLICS ET DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Considérant que l'article 8 de la loi 020/2012 dispose : « ... l'autorité contractante est tenue de s'assurer de la mise en place et de la disponibilité du financement avant le lancement de la consultation conformément à son plan prévisionnel annuel de passation de marchés, et ce jusqu'à la notification du marché ».

Mais considérant qu'il ressort de l'analyse du dossier ainsi que du débat que le MEPU-A a lancé l'appel d'offres relatif au marché en jeu alors même qu'il savait pertinemment que le crédit dont il disposait pour l'acquisition des fournitures

scolaires au titre de la rentrée scolaire 2017-2018, était nettement insuffisant au regard des besoins qu'il avait exprimés dans les DAO N°5 et N°6 ;

Qu'en agissant comme il l'a fait, le MEPU-A a contrevenu aux dispositions de l'article susvisé dès lors que l'insuffisance de financement s'assimile à une indisponibilité de financement. L'autorité contractante sachant que le financement destiné à l'acquisition desdites fournitures est insuffisant, devait préalablement chercher à réunir le crédit nécessaire à cet effet avant d'enclencher la procédure d'appel d'offres ;

Qu'il convient en conséquence d'annuler la présente procédure de passation pour violation de l'article précité ;

SUR LA VIOLATION DE L'ARTICLE 71 DU CODE DES MARCHES PUBLICS (CMP)

Considérant que l'article 71 du code des Marchés Publics dispose : « Sauf dans le cadre des procédures par entente directe, et en matière de marchés de prestations intellectuelles, aucune négociation n'a lieu entre l'autorité contractante ou la DNMP et le soumissionnaire ou l'attributaire sur l'offre soumise. L'autorité contractante peut cependant vérifier que l'attributaire provisoire détient toujours les qualifications requises » ;

Mais considérant qu'il est constant qu'après l'évaluation des offres et l'attribution provisoire du marché par la Commission de la DNMP, au titre d'un appel d'offres ouvert, l'autorité contractante, le MEPU-A, a engagé une négociation avec les attributaires provisoires dans le but d'obtenir auprès de celles-ci une réduction de prix de leurs offres ou plus exactement de les amener à accepter de livrer les fournitures concernées sur la base d'un devis confidentiel qu'il avait élaboré et lequel s'est révélé insuffisant ;

Considérant que les négociations ainsi entreprises par le MEPU-A enfreignent les dispositions de l'article précité dès lors qu'elles sont interdites en matière de procédure d'appel d'offres ouvert ;

Que cet autre motif, il y a lieu d'annuler la procédure de passation en cause ;

SUR LA VIOLATION DE L'ARTICLE 5 DE LA LOI 020/2012 FIXANT LES REGLES REGISSANT LA PASSATION, LE CONTROLE ET LA REGULATION DES MARCHES PUBLICS ET DELEGATIONS DE SERVICE PUBLIC

Considérant que l'article 5 de la loi 020/2012 dispose : « le cadre institutionnel mis en place par la présente loi repose sur le principe de la séparation des fonctions de passation, de contrôle et de régulation des marchés publics et délégations de service public.

Les entités chargées de la passation des marchés, du contrôle et de la régulation des marchés publics et délégations de service public comprennent :

- l'autorité contractante bénéficiaire de l'acquisition, en charge de la préparation de la passation ;
- la structure en charge de la passation des marchés publics et délégations de services publics, placée auprès du Ministère en charge des Finances ;
- la structure placée sous l'autorité directe du Président de la République en charge du contrôle des procédures de passation et de l'exécution des marchés publics et délégations de services publics ;
- l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP) créée en application de la présente loi, sous la forme d'une Autorité Administrative Indépendante, et dotée de la personnalité juridique et de l'autorité de gestion administrative et financière. Elle est placée sous le contrôle financier et comptable de la Cour des Comptes...» ;

Considérant qu'à la lecture de l'article susvisé, on se rend à l'évidence que le principe de la séparation des fonctions de passation, de contrôle et de régulation des marchés publics est clairement posé et qu'à cet égard, son observation stricte s'impose à toutes les entités actrices du système de passation des marchés publics ;

Mais considérant que dans la présente procédure de passation de marché, il apparaît que la DNMP s'arrogeant le droit de contrôle , en vertu de l'arrêté A/2016/6251/MEF/SGG du 12 octobre 2016 portant relèvement des seuils de contrôle à priori et à posteriori des procédures de passation des marchés publics et délégations de services publics, signé par le Secrétaire général du Ministère de l'Economie et des Finances, a exercé le contrôle sur le rapport d'évaluation des offres établi par la Commission, à travers sa Division Suivi et Contrôle, au motif que le montant de chaque lot du marché n'excédant pas la somme de Cinq Milliards, le contrôle, selon elle, doit être fait par elle-même et non par l'ACGPMP;

Considérant qu'il est juridiquement inadmissible de vouloir remettre en cause par la voie d'un arrêté et de surcroît signé par un secrétaire général, le principe de séparation de fonctions de passation et contrôle des marchés publics, clairement prescrit par la loi 020 du 11 octobre 2012 susvisée, la règle de la hiérarchie des normes s'impose ;

Qu'à cet égard, il convient de dire que l'arrêté sus indiqué est inopérant et ne saurait donc s'appliquer aux systèmes des marchés publics en Guinée, en l'état actuel de la loi régissant ce secteur ;

Qu'en conséquence de ce qui précède, il y a lieu de déclarer la DNMP totalement incompétente à assurer les fonctions de contrôle de marchés publics lesquelles relèvent de la compétence exclusive de l'ACGPMP, en application de l'article 5 de la loi susvisée ;

SUR L'APPLICATION DE LA CLAUSE DES INSTRUCTIONS AUX CANDIDATS (IC 5.2) RELATIVE A L'HABILITATION DE SIGNATURE A ENGAGER LE SOUMISSIONNAIRE

Considérant qu'il ressort du DAO, notamment au titre des données particulières de l'appel d'offres (DPAO), une clause IC 5.2 relative à l'habilitation de signature à engager le soumissionnaire ;

Qu'en effet aux termes de cette clause, chaque soumissionnaire doit établir une procuration en faveur d'une personne habilitée à l'engager dans le cadre de ce marché ;

Considérant que le MEPU-A reproche à la commission d'évaluation des offres d'avoir pris en compte ce critère qu'il qualifie de discriminatoire et lequel a servi à l'élimination d'un grand nombre de soumissionnaires qui n'ont pas fourni le document concerné ;

Considérant cependant, qu'il est incontestable que le critère d'habilitation à engager le soumissionnaire est contenu dans le DAO qui a régulièrement reçu l'ANO de l'ACGPMP. Que selon le MEPU-A, ce critère n'existait pas dans le DAO qu'il avait préparé initialement et que c'est l'ACGPMP qui a exigé l'insertion de ce critère sous peine de refus de son ANO ;

Que dès lors, il convient de dire que c'est à bon que la Commission d'évaluation de la DNMP, dans le cadre de l'évaluation des offres, a fait application de ce critère qui, du reste, n'a rien de discriminatoire comme le prétend le MEPUA-A ;
Que bien plus, la Commission d'évaluation des offres, en faisant application du critère en cause, s'est rigoureusement conformée au contenu du DAO lequel a reçu l'ANO de l'ACGPMP ;
Que sur ce point, la prétention du MEPU-A n'est pas fondée ;

SUR LE CARACTERE D'INTERET GENERAL DU MARCHE EN CAUSE

Considérant que la procédure de passation du marché en cause porte sur l'acquisition de craies et de cahiers en prélude à la rentrée scolaire 2017-2018 ;

Que vu l'imminence de cette rentrée scolaire dont la date a été fixée par le Gouvernement au 15 septembre 2017, et en raison de l'intérêt général que revêt ladite procédure dont l'aboutissement permettra de doter les écoles primaires, collèges et lycées du pays (secteur public), de matériels didactiques pour leur fonctionnement, il s'avère impérieux d'inviter l'autorité contractante à annuler les DAO N°5 et N°6 objet de la procédure de passation incriminée et ce, en se conformant strictement aux dispositions pertinentes de l'article 69 du Code des Marchés publics qui dispose : «si l'autorité contractante décide que la procédure d'appel d'offres soit annulée, elle en fait la demande motivée à l'ACGPMP. Les désaccords éventuels seront tranchés conformément aux dispositions du présents décret » ;

Que pour éviter tout retard de nature à compromettre la rentrée scolaire imminente, il y a lieu d'inviter le MEPU-A à entreprendre en toute urgence la procédure appropriée en vue de l'acquisition rapide des fournitures scolaires (craies et cahiers).

PAR CES MOTIFS,

DECIDE

Déclare recevable le recours introduit par le Ministère de l'Enseignement Pré Universitaire et de l'Alphabétisation (MEPU-A) ;

Constata la violation des dispositions des articles 5 et 8 de la Loi 020/2012 fixant les règles régissant la passation, le contrôle et la régulation des marchés publics et délégations de service public et 71 du code des marchés publics, dans la mise en œuvre de la procédure de passation du marché relatif à l'acquisition de craies et cahiers destinés à la rentrée scolaire 2017-2018;

Rappelle à cet égard que l'Administration et Contrôle des Grands Projets et Marchés Publics (ACGPMP) est la seule et unique structure habilitée à assurer en République de Guinée, le contrôle des procédures de passation et de l'exécution des marchés publics et de délégations de service public ;

Déclare la Direction Nationale des Marchés Publics (DNMP) incompétente à assurer le contrôle des marchés publics quel que soit le seuil du montant desdits marchés ;

Dit que l'arrêté A/2016/6251/MEF/SGG du 12 octobre 2016 portant relèvement des seuils de contrôle à priori et à posteriori des procédures de passation des marchés publics et délégations de services publics, signé par le Secrétaire général du Ministère de l'Economie et des Finances est inopérant et donc inapplicable en la matière ;

En conséquence, annule la procédure de passation du marché en cause pour violation de la réglementation en vigueur ;

Vu le caractère d'intérêt général lié audit marché, invite le Ministère de l'Enseignement Pré Universitaire et de l'Alphabétisation à annuler conformément aux dispositions de l'article 69 du code des marchés publics, les DAO N°5 et N°6 y relatifs et à entreprendre la procédure appropriée pour l'acquisition rapide de craies et cahiers en vue de la rentrée scolaire 2017-2018;

Dit que le Directeur Général de l'ARMP est chargé de notifier aux parties avec ampliation à la présidence de la République, au Premier Ministre et au Ministre chargé de l'Economie et des Finances la présente décision, qui sera publiée sur le portail des marchés publics et insérée dans le Bulletin officiel des marchés publics à sa prochaine parution.

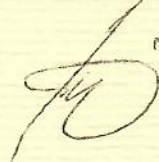
ET ONT SIGNE :

LES MEMBRES DU CRDS

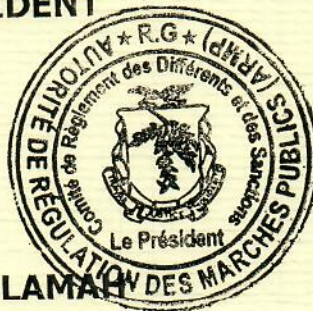

M. Ben Youssouf DIALLO



M. Alpha Abdoulaye DIALLO



LE PRESIDENT



M. Pierre LAMAH