



**DECISION N° 009/PRG/ARMP/CRDS DU 05 NOVEMBRE 2015 DU COMITE DE
REGLEMENT DES DIFFERENDS ET DES SANCTIONS STATUANT EN FORMATION
LITIGE SUR VIOLATION DE LA REGLEMENTATION RELATIVE A LA PASSATION DU
MARCHÉ D'ACQUISITION DES FOURNITURES DIVERSES EN DEUX (2) LOTS POUR
LE COMPTE DU MINISTERE DE L'INTERIEUR**

LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN FORMATION LITIGE

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 59 et 60 ;

Vu le Décret D/2014/167/PRG/SGG Portant Organisation et Fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), notamment en ses articles 21, 22, 23 et 24-9 ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur KOUYATE Abdoulaye, Chef de Division Affaires Juridiques, Rapporteur de la Commission d'Instruction ;

Après avoir entendu Monsieur SACKO Ansoumane, Directeur de la réglementation et des affaires juridiques, Président de la Commission d'Instruction ;

En présence de Monsieur Fodé Oumar TOURE président du CRDS par délégation, de Monsieur Ben Youssouf DIALLO, de Monsieur Kabinet CISSE, membres du Comité de Règlement des Différends et des sanctions ; en présence de Madame Lucrece CAMARA observatrice, membre du CRDS, Monsieur Ansoumane SACKO, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, Rapporteur technique du CRDS ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

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

I.- FAITS ET PROCEDURES

Par lettre en date du 07 septembre 2015 enregistrée au Secrétariat de la Direction Générale de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics, l'entreprise Ets KHALIL BARO a saisi l'ARMP des cas de violation de la réglementation relatifs à la procédure de passation du marché d'acquisition des tenues et les habillements des agents pour le compte du Ministère de l'Intérieur, et a demandé à l'Autorité de Régulation de le rétablir dans ses droits, en vue de voir son offre évaluée conformément à la réglementation ;

Elle soutient que :


- Son plis qui a été jugé irrecevable est arrivé dans le délai conformément aux informations données par les cadres de la Direction Nationale des Marchés Publics, organe en charge de recevoir, d'ouvrir les plis et d'évaluer les offres des marchés publics en République de Guinée ;
- paradoxalement son plis à l'intérieur duquel se trouvaient ses offres a été ouvert par la Commission, divulguant le secret de son contenu pour le marché dont il s'agit ;
- Par ailleurs, conformément à la réglementation ses offres n'ont pas été évaluées ;

Les premiers éléments de l'instruction menée par l'ARMP ont révélé l'ouverture des plis de l'entreprise Ets KHALIL BARO par la Commission, et l'ARMP, dans le souci de respecter la confidentialité des offres, a pris la mesure conservatoire n°0727/PRG/ARMP le 10 septembre 2015, pour enjoindre la DNMP d'évaluer tous les plis ouverts par sa commission instituée à cet effet, tout en lui demandant de lui fournir des explications relatives à la contradiction des heures prévue pour le début de la séance d'ouverture ;

La DNMP, au lieu d'exécuter la mesure conservatoire et corrective exigée par l'ARMP, a informé à travers sa lettre numéro 2029/MEF/DNMP/DAGAS/2015 en date du 29 septembre 2015, l'ACGPMP, structure en charge du contrôle, son intention de rendre la procédure infructueuse ;

En réponse à cette lettre d'infructuosité, l'ACGPMP a adressé la correspondance n°002500/PRG/ACGPMP/DCPP/DFPI/2015/as datée du 21 octobre 2015, dans laquelle elle demande à la Commission, contrairement à la décision de l'ARMP, de procéder à une nouvelle évaluation des offres, en excluant celles qui seraient arrivées en retard, parmi lesquelles se trouvent les plis ouverts appartenant à l'entreprise KHALIL BARO ;

Elle soutient que :



- Le recours exercé par l'entreprise KHALIL BARO est irrecevable devant l'ARMP avant la fin des évaluations revêtues du secret absolu ;
- Les plis arrivés en retard doivent être déclarés irrecevables malgré qu'ils soient ouverts par la Commission ;
- Les correspondances entre administrations ne sauraient changer la date de dépôt des offres conformément à l'avis d'appel d'offres ;
- Le recours administratif préalable n'a pas été exercé par l'entreprise KHALIL BARO ;

Par lettre en date du 26 octobre 2015, reçue à l'ARMP le 27 octobre 2015, l'entreprise KHALIL BARO a, de nouveau, saisi l'ARMP d'un recours tendant à l'annulation du rapport d'évaluation des offres excluant les siennes et demande à l'ARMP d'enjoindre la DNMP de les prendre en compte, dès lors qu'elles ont été ouvertes ;

Au regard du caractère stratégique et de l'urgence qui caractérisent ce dossier liée à la sécurité intérieure de la GUINEE, l'ARMP, par mesure conservatoire n°0611/PRG/ARMP/DG/DRAJ/2015 du 28 octobre 2015, a :

- Suspendu la procédure en cours ;
- Enjoint à l'ACGPMP de sursoir à tout avis jusqu'à la prise de sa décision définitive dans ce dossier ;
- Rappelé à toutes les parties prenantes que sa décision ne peut être modifiée ou annulée que par une instance judiciaire ;

Par lettre en date du 30 octobre 2015, l'entreprise NANA GUINEE INTERNATIONAL, également soumissionnaire, a introduit un recours contre la décision d'évaluation et d'attribution provisoire de la commission d'évaluation du même marché, et demande à l'ARMP de faire respecter la réglementation ;

Elle aussi soutient que :

- L'ouverture des plis s'est déroulée en violation de la réglementation ;
- Son offre rejetée est la mieux-disante ;

Enfin, par courrier en date du 30 octobre 2015, enregistré au secrétariat de l'ARMP le 3 novembre 2015, la Société ALEX BUSINESS CENTER a saisi l'Autorité de Régulation d'un recours tendant à l'annulation du rapport d'évaluation et la proposition de l'attribution provisoire du même marché, et demande à l'ARMP de le rétablir dans ses droits ;

Handwritten mark

Handwritten signature

Handwritten signature

Handwritten signature

Elle soutient que :

- Son offre était la plus conforme aux conditions particulières du dossier d'appel d'offres, contrairement à celles proposées par son concurrent attributaire provisoire ;
- La réglementation a été violée tout le long de la procédure ;

II.- SUR LA COMPETENCE DE L'AUTORITE DE REGULATION DES MARCHES PUBLICS (ARMP)

Considérant, d'une part, 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 (ARMP), 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 la Commission Litiges, soit le Comité en formation disciplinaire, selon le cas ;

Considérant, d'autre part, qu'au titre des dispositions de l'article 26-9 du même Décret, le Directeur Général de l'ARMP prend dans les cas d'urgence toute mesure conservatoire nécessaire à la bonne marche de l'institution, à charge pour lui d'en rendre compte au Conseil de Régulation ;

Qu'en outre, le manuel de procédure du CRDS ne fait pas mention de la copie du recours préalable ni de la copie de la décision préalable comme une condition de recevabilité auprès du CRDS, que dès lors le recours préalable n'est pas obligatoire et de surcroît qu'aucun texte n'exige le recours administratif préalable ;

Que par ailleurs, l'article 19 de la loi L/2012/020/CNT donne la possibilité à l'ARMP de se saisir d'office à la demande de son président ou du tiers de ses membres de toute irrégularité, fautes et infractions constatées sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de ses missions, ou de toute information communiquée par la structure en charge du contrôle des marchés, des autorités contractantes, des candidats, soumissionnaires ou des tiers ;

Qu'en application de ces dispositions combinées, le Comité de Règlement des Différends et des Sanctions (CRDS) est compétent pour statuer en Formation litige sur les recours exercés par les entreprises demanderesse, ainsi que le Directeur Général pour prendre des mesures conservatoires urgentes ;

III.- SUR LA RECEVABILITE DES RECOURS

A.- SUR LA JONCTION DES RECOURS

Considérant que les recours introduits par les trois entreprises différentes visent la procédure pour un même marché, il y a lieu de regrouper toutes les demandes, en vue de rendre une décision unique, conformément au principe de connexité des requêtes par un rapport si étroit qu'il y a intérêt, pour le Comité de Règlement des Différends et des Sanctions (CRDS) à les instruire et les apprécier en même temps ;

B.- SUR LA RECEVABILITE

Considérant d'une part que, conformément aux dispositions des articles 123 et 126 du Décret D/2012/128/PRG/SGG du 3 décembre 2012 portant Code des Marchés Publics et Délégations de service public, les candidats et soumissionnaires s'estimant évincés des procédures de passation des marchés publics et délégations de service public peuvent introduire devant la DNMP ou l'Autorité Contractante un recours effectif préalable à l'encontre des décisions rendues à l'occasion de la procédure de passation leur causant préjudice, les décisions prises à la suite d'un recours administratif ou hiérarchique peuvent faire l'objet de recours devant le comité de règlement des différends et des sanctions dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la notification de la décision faisant grief ;

Considérant d'autre part que, conformément aux dispositions de l'article 21, alinéa premier 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) est chargé, entre autre, de 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, il en ressort que la différence entre une dénonciation et un recours réside dans la qualité de la personne auteur de l'acte qui peut être étrangère à la procédure, candidate potentielle ou soumissionnaire du marché dont la procédure est entachée d'irrégularité , dès lors il y a lieu de dire que les recours préalables sont facultatifs et non obligatoires ;

Qu'en application de ces dispositions combinées des décrets différents ayant la même valeur juridique, dans l'état actuel des textes régissant la procédure de saisine, le candidat ou soumissionnaire qui s'estime lésé dans une procédure de passation a le choix entre la saisine de l'autorité contractante ou la direction nationale des marchés publics (DNMP) d'une demande gracieuse ou hiérarchique et saisir en cas d'insatisfaction ou saisir directement l'Autorité de Régulation des Marchés Publics (ARMP), selon sa conception de voir prospérer ses prétentions, que dans tous les cas, les recours devant les autorités contractantes et ceux devant la DNMP sont des recours proprement administratifs contrairement aux recours introduits devant l'ARMP qui sont quasi-juridictionnels ;

Qu'ainsi, c'est à tort que l'ACGPMP a soutenu que le recours préalable constitue une cause d'irrecevabilité, conformément au Manuel de Procédure technique de l'ARMP, ainsi que le Manuel de Procédure du Comité de Règlement des Différends et des Sanctions (CRDS), il y a lieu de déclarer les recours des entreprises demanderesse recevables, dès lors que les deux dernières requêtes ont été introduites à l'ARMP après adjudication provisoire des lots, ce qui suppose une publication antérieure du procès-verbal que dès lors aucun argument au secret de l'évaluation ne peut prospérer ;

IV.- AU FOND

A.- SUR L'ÉVALUATION DES PLIS OUVERTS PAR LA COMMISSION

Considérant d'une part que, conformément aux disposition combinées des articles 59 et 60 du code des marchés publics, les plis contenant les offres doivent être reçus à la DNMP contre récépissé jusqu'à la date limite de réception indiquée dans l'avis d'appel d'offres, seuls peuvent être ouverts les plis reçus dans ces conditions, les offres parvenues postérieurement aux dates et heures limites de dépôt sont irrecevables, la séance d'ouverture doit avoir lieu au plus tard à la date et à l'heure fixées dans le dossier d'appel d'offres comme date limite de réception des offres ;

Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction l'existence de courriers contradictoires adressés à l'ARMP l'invitant à désigner un observateur indépendant pour le même marché dont il s'agit, l'un pour l'ouverture prévue à onze (11) heures et l'autre à quinze (15) heures, qu'en dépit du caractère administratif de ces correspondances adressées aussi à la Personne Responsable des Marchés du Ministère de l'Intérieur (PRMP), elles sont de nature à introduire une confusion dans l'heure précise de la séance d'ouverture initialement prévue à douze (12) heures dans l'avis appel d'offres comme date limite du dépôt et le début la séance d'ouverture des plis à laquelle les entreprises soumissionnaires assistent, d'autant plus que certaines d'entre elles se seraient présentées pour déposer leurs plis dans l'intervalle horaire se situant entre onze heures et quinze heures mais ont trouvé le secrétariat fermé, que ce manque d'organisation et cette fermeture du secrétariat avant l'heure est une faute du service public, un dysfonctionnement imputable au premier chef à la Direction Nationale des Marchés Publics ;

Considérant que conformément aux dispositions de l'article 9 du code des marchés publics, la DNMP a la responsabilité exclusive de la réception et ouverture des plis, de l'évaluation des offres, de l'attribution provisoire du marché et de la soumission du marché à l'approbation du Ministre en charge des Finances, que le président de la commission de passation en faisant recours au vote des soumissionnaires pour se prononcer sur la recevabilité ou non des offres d'un autre soumissionnaire tout en suivant l'ACGPMP dans le contournement de la procédure constituent à la fois un manquement grave au devoir de ses charges et une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats à la commande publique ;

Considérant, en outre, que la commission d'ouverture et d'évaluation a reçu et ouvert tous les plis arrivés pour le marché en cause, qu'il résulte de l'instruction la preuve de l'évaluation de toutes les offres ouvertes suivant la mesure conservatoire n°0727/PRG/ARMP du 10 septembre 2015 de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics dont le rapport dressé à cet effet fait foi, avant le rejet de celles d'entre elles reçues en retard suivant un Avis de l'Administration et Contrôle des Grands Projets et Marchés Publics, contrairement au principe général de droit de la commande publique selon lequel une offre ouverte doit être évaluée et ne peut plus se voir déclarée irrecevable que pour des raisons qui tiennent à son contenu, la DNMP a méconnu le principe de confidentialité des offres ;

Qu'en application de ce principe auquel l'ARMP s'est conformée dans ses mesures conservatoires relatives à ce dossier, le CRDS reste fidèle au principe selon lequel un plis ouvert doit être évalué, en outre il y a lieu de dire à la commission de passation du marché en cause que nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ;

Qu'en plus, le doute relatif à l'existence des offres venues en retard dans la salle d'ouverture et allégué par le président de la commission ne profite qu'aux accusés que sont les entreprises, à ce titre l'argument du président de la commission est inopérant ;

Qu'ainsi, c'est à bon droit, par recours en date du 26 octobre 2015, que l'entreprise KHALIL BARO a soutenu l'illégalité de la décision rendue par la Commission, par laquelle celle-ci déclare ses offres irrecevables après les avoir ouvert ;

B.- SUR L'INCOMPETENCE DE L'ACGPMP A MODIFIER UNE DECISION DE L'ARMP

Considérant que, conformément aux dispositions de l'article 22 du Décret D/2014/167/PRG/SGG du 22 juillet 2014, les décisions de l'ARMP sont exécutoires et ont force contraignante sur les parties, elles sont définitives, sauf en cas de recours devant une juridiction administrative ou judiciaire, ce recours n'ayant pas d'effet suspensif,

Qu'en application de ces dispositions, quelle que soient les raisons qui pourraient le motiver, l'Administration et Contrôle des Grands Projets et Marchés Publics, par son avis n°002500/PRG/ACGPMP/DCPP/DFPI/2015/as du 21 octobre 2015, par lequel elle a recommandé la poursuite et la finalisation de l'évaluation en dehors des plis ouverts reçus hors délai, a méconnu les dispositions de l'article 5 de la loi L/2012/020/CNT du 11 octobre 2012 relatives au cadre institutionnel de la Commande Publique en République de Guinée ;

Qu'en agissant de la sorte, l'ACGPMP contribue à ternir et à affaiblir l'esprit de la réforme qui consiste à séparer la fonction de passation, de contrôle et de régulation ;

Qu'en vertu de ces dispositions, la recommandation de l'ACGPMP en question est nulle et sans effet, il en est de même pour tous les autres avis subséquents rendus en violation des mesures conservatoires prises par l'ARMP dans ce dossier,



7

notamment celui de non objection donné sur le rapport d'évaluation et d'attribution provisoire n'ayant pas évalué tous les plis ouverts pendant la séance d'ouverture ;

Que par ailleurs l'ACGPMP fait un emploi inapproprié et abusif du terme « recommandation » dans ses avis, alors qu'elle n'a pas pouvoir de faire des recommandations de quelque nature qu'elle soit à l'égard des institutions administratives ou des soumissionnaires, que ce pouvoir relève de la seule compétence de l'ARMP ;

C.- SUR LE REFUS DE LA DNMP A EXECUTER LA DECISION DE L'ARMP

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 21 du décret D/2014/167/PRG/SGG du 22 juillet 2014, les décisions de l'ARMP s'imposent sur les parties et ne peuvent être modifiées que par une décision judiciaire, qu'il n'est pas contestable, que par mesure conservatoire n°0727/PRG/ARMP du 10 septembre 2015, l'Autorité a enjoint la Direction Nationale des Marchés Publics d'évaluer tous les plis ouverts pour l'attribution provisoire du marché en cause ;

Considérant que la Direction Nationale , en agissant suivant un avis consultatif de l'ACGPMP contraire à la mesure conservatoire de l'Autorité de Régulation qui lui avait été notifiée au préalable, a méconnu les dispositions de l'article 5 de 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 ;

Qu'ainsi, le rapport d'évaluation et d'attribution provisoire établis pour ce marché n'incluant pas les offres de tous les plis ouverts lors de la séance d'ouverture est contraire aux injonctions de l'ARMP ;

D.- SUR L'ECONOMIE DES MOYENS

Considérant que, lorsque plusieurs moyens invoqués par une ou plusieurs parties à une instance peuvent aboutir aux mêmes conclusions, le CRDS peut se limiter à motiver sa décision par l'un des moyens, tout en évitant de statuer *ultra petita* ;

Considérant que tous les moyens invoqués dans cette affaire visent à demander au CRDS d'indiquer les mesures correctives, sans demande d'indemnité aucune, qu'il n'y a pas lieu de motiver sur l'ensembles des prétentions de toutes les différentes parties prenantes visant la même chose, dès lors qu'un des moyens aboutit au même résultat ;

Qu'en application de ce principe de droit, il n'y a pas lieu d'examiner tous les moyens de violation de la réglementation dans la procédure de passation de ce marché étant donné que des mesures correctives indiquées auront les mêmes effets sur toutes les parties prenantes ;

En conséquence,

DECIDE

- 1.- Dit que les recours sont recevables ;
- 2.- Annule le rapport d'évaluation établis sans la prise en compte de tous les plis ouvert au moment de la séance d'ouverture.
- 4.- Enjoint sans délai à la Direction Nationale des Marchés Publics, ainsi qu'à toutes les parties prenantes de procéder à l'examen de toutes les offres dont les plis ont été reçus et ouverts lors de la séance d'ouverture.
- 5- Dit que la directrice Nationale des Marchés Publics est chargée de mettre en place une nouvelle commission chargée d'évaluer toutes les offres et l'ARMP confirme le principe selon lequel tous les plis ouverts pour ce marché doivent être évalués.
- 6- Rappelle à l'ACGPMP qu'elle n'émet que des avis, à ce titre, elle n'a aucun pouvoir de décision ni de recommandation.
- 7- Demande à Monsieur le Ministre en charge de l'Economie et des Finances d'infliger un blâme à la Directrice Nationale des Marchés Publics pour le non-respect des décisions de l'ARMP et le dysfonctionnement du service public à la Direction Nationale des Marchés Publics (DNMP).
- 8- Demande à Monsieur le Ministre en charge de l'Economie et des Finances de suspendre pour six (6) mois de toute procédure de passation de la commande publique en Guinée les membres de la commission de passation relevant de la Direction Nationale des Marchés Publics qui sont à l'origine de la procédure viciée.
- 9.- Rappelle à toutes les parties prenantes que les Décisions de l'Autorité de Régulation ne peuvent être modifiées ou annulées que par une décision de justice.
- 10.- Enjoint la DNMP le respect strict des dispositions de l'article 3, alinéa 1 du Décret D/2014/165/PRG/SGG du 22 juillet 2014 portant Missions, Attributions, Organisation et Fonctionnement de la Direction Nationale des Marchés Publics.
- 11.- 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.

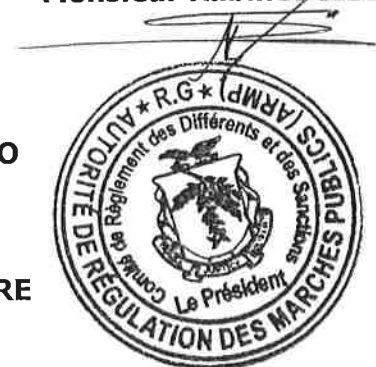
Conakry, le 05 novembre 2015

Membres du CRDS

Monsieur Ben Youssef DIALLO



Monsieur Kabinet CISSE



P/ Le Président du CRDS P.O



Monsieur Fodé Oumar TOURE