



REPUBLIQUE DE CÔTE D'IVOIRE

Union - Discipline - Travail

**Copie certifiée
conforme à l'original**

**DECISION N°020/2015/ANRMP/CRS DU 23 JUILLET 2015 SUR LA DENONCIATION
FAITE PAR LA SOCIETE D'AVOCATS BILE-AKA/BRIZOUA-BI & ASSOCIES POUR
IRREGULARITES COMMISES DANS L'APPEL D'OFFRES N°P12/2015 RELATIF
RECRUTEMENT D'UN AVOCAT EN VUE D'ASSISTER ET DE CONSEILLER LE COMITE DE
PRIVATISATION**

**LA CELLULE RECOURS ET SANCTIONS STATUANT EN MATIERE D'IRREGULARITES,
D'ACTES DE CORRUPTION ET DE PRATIQUES FRAUDULEUSES ;**

Vu le décret n° 2009-259 du 6 août 2009 portant Code des Marchés Publics, tel que modifié par le décret n°2014-306 du 27 mai 2014 ;

Vu le décret n°2009-260 du 6 août 2009 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP), tel que modifié par le décret n°2013-308 du 08 mai 2013 ;

Vu le décret n°2010-64 du 27 avril 2010 portant nomination des membres de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics ;

Vu le décret n°2014-242 du 08 mai 2014 portant nomination du Président de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics ;

Vu le décret n°2014-243 du 08 mai 2014 portant nomination du Secrétaire Général de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics ;

Vu l'arrêté n°661/MEF/ANRMP du 14 septembre 2010 fixant les modalités de saisine, les procédures d'instruction et de décision de la Cellule Recours et Sanctions de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) ;

Vu la correspondance en date du en date du 15 avril 2015 de la société d'Avocats BILE-AKA/BRIZOUA-BI & Associés ;

Vu les pièces du dossier ;

En présence de Monsieur COULIBALY Non Karna, Président de la Cellule et de Messieurs AKO Yapi Eloi, TRAORE Brahima, TUEHI Ariel Christian Trésor et YEPIE Auguste, membres ;

Assistés de Monsieur BILE Abia Vincent, le Secrétaire Général Adjoint chargé des Recours et Sanctions, rapporteur ;

Après avoir entendu le rapport de Monsieur BILE Abia Vincent exposant les irrégularités dénoncées ;

Après avoir délibéré conformément à la loi ;

Par correspondance, en date du 15 avril 2015, enregistrée le 16 avril 2015 au Secrétariat Général de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics sous le n°091, la société d'Avocats BILE-AKA/BRIZOUA-BI & Associés, a saisi l'ANRMP à l'effet de dénoncer des irrégularités qui auraient été commises dans la procédure d'appel d'offres n°P12/2015, portant sur le recrutement d'un avocat en vue d'assister et de conseiller le Comité de Privatisation, organisé par la Cellule Technique du Comité de Privatisation du Cabinet du Premier Ministre ;

LES FAITS ET LA PROCEDURE

La Cellule Technique du Comité de privatisation du Cabinet du Premier Ministre a organisé l'appel d'offres n°P12/2015 ayant pour objet, le recrutement d'un cabinet d'Avocats disposant d'une expertise et d'une expérience pertinente en matière de privatisation, en vue d'assister et de conseiller le Comité de privatisation, dans l'accomplissement de ses activités ;

Estimant que l'avis d'appel d'offres comportait des irrégularités qui entachaient sa validité, la société d'Avocats BILE-AKA/BRIZOUA-BI & Associés a par correspondance en date du 24 février 2015, saisi la Cellule Technique du Comité de Privatisation à l'effet de les dénoncer ;

Elle exposait dans sa requête que non seulement la mention dans l'avis d'appel d'offres de « Cabinet juridique » en lieu et place de « Cabinet d'Avocats » était inexacte et ambiguë, mais également, la date limite fixée pour le retrait des dossiers d'appel d'offres affectait la validité du délai de publicité de l'avis d'appel d'offres ;

Par la suite, par correspondance en date du 02 mars 2015, la société d'Avocats BILE-AKA/BRIZOUA-BI & Associés avait saisi l'ANRMP à l'effet de contester les termes de cet avis d'appel d'offres ;

En retour, l'ANRMP avait ordonné la suspension des opérations de passation de l'appel d'offres suscité ;

Suite à cette suspension, l'autorité contractante, après avoir pris en compte les griefs relevés par la plaignante, avait saisi la Direction des Marchés Publics, afin que des corrections soient apportées au contenu de l'avis d'appel d'offres n°P12/2015 ;

Au regard de ces corrections, l'ANRMP avait, par décision n°006/2015/ANRMP/PDT en date du 05 mars 2015, fait lever la suspension de l'appel d'offres concerné ;

Cependant, par correspondance en date du 15 avril 2015, la société d'Avocats BILE-AKA/BRIZOUA-BI et Associés a, à nouveau, saisi l'ANRMP, à l'effet de dénoncer de nouvelles irrégularités qui auraient été commises dans l'appel d'offres n°P12/2015 ;

En effet, la plaignante reproche à l'autorité contractante d'avoir d'une part, porté atteinte au principe de l'égalité de traitement des candidats en exigeant des candidats, la preuve d'avoir exécuté des prestations portant sur un minimum de dix (10) opérations de privatisation en Côte d'Ivoire ou à l'étranger dont l'une doit être d'un montant minimum de cinq (5) milliards de F CFA et, d'autre part, violé les dispositions du Code des marchés publics en interdisant les candidatures conjointes ou groupées ;

Invitée à faire ses observations, la Cellule Technique du Comité de Privatisation du cabinet du Premier Ministre a indiqué, dans sa correspondance n°AK/nj/136/CT 115/2015 du 20 mai 2015, que les critères d'éligibilité définis dans le Dossier d'Appel d'Offres (DAO) s'appuient sur plus de 25 années d'expériences dans la conduite des opérations qui ont abouti à la privatisation d'une centaine de sociétés ;

Elle ajoute que l'exigence d'un cabinet d'Avocats ayant effectué au moins dix (10) opérations de privatisation en Côte d'Ivoire et/ou à l'étranger répond au souci de se faire assister par un cabinet qui bénéficie d'une expérience avérée dans plusieurs secteurs d'activités ;

En outre, l'autorité contractante considère que le processus de privatisation ayant démarré en Côte d'Ivoire depuis 1990, la réalisation de 10 (dix) opérations est le minimum d'expérience qu'elle peut exiger des soumissionnaires, pour espérer une prestation de qualité ;

Par ailleurs, s'agissant du critère relatif au montant des opérations, le comité de privatisation indique que selon ses prévisions, d'ailleurs très prudentes selon lui, certaines opérations porteront sur des montants de plus de cent (100) milliards de FCFA, de sorte qu'une expérience de prestation portant sur un montant de cinq (5) milliards de F CFA est le minimum qu'il peut exiger du cabinet d'avocats qui sera retenu ;

Enfin, l'autorité contractante soutient qu'en interdisant les candidatures conjointes ou groupées, elle n'a pas violé les dispositions de l'article 52 du Code des marchés publics, car selon elle, cet article ne fait pas de la constitution de groupements, une obligation mais une possibilité offerte aux autorités contractantes ;

A cet égard, le comité de privatisation estime qu'autoriser le groupement des cabinets, reviendrait d'une part, à affaiblir la concurrence et à diminuer ses chances d'obtenir de meilleurs prix, et d'autre part, à augmenter le risque que le consortium soit le conseil d'une société inscrite sur la liste de privatisation ou de l'un des investisseurs potentiels, entraînant ainsi un conflit d'intérêt avec comme conséquence, le blocage du processus ;

L'OBJET DE LA DENONCIATION

Il ressort des faits ci-dessus exposés que la dénonciation porte sur d'une part, la violation du principe de l'égalité de traitement des candidats devant la commande publique, et d'autre part, l'interdiction faite aux groupements de participer à l'appel d'offres ;

SUR LA RECEVABILITE DE LA SAISINE

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 10 alinéa 1^{er} de l'arrêté n°661/MEF/ANRMP du 14 Septembre 2010, « **La Cellule Recours et Sanctions est saisie par toute personne physique ou morale de droit privé ou de droit public, partie ou non à un marché public ou à une convention de délégation de service public, qui a connaissance de fait ou qui a intérêt à voir prononcer des sanctions pour atteinte à la réglementation** » ;

Considérant que l'alinéa 1^{er} de l'article 11 du même arrêté ajoute que « **La Cellule Recours et Sanctions est saisie par tout moyen laissant trace écrite ou par appel téléphonique effectué sur une ligne verte prévue à cet effet** » ;

Considérant qu'en l'espèce, en saisissant l'ANRMP par correspondance en date du 15 avril 2015 pour dénoncer les irrégularités qui auraient été commises dans la procédure d'appel d'offres n°P12/2015, la société d'Avocats BILE-AKA/BRIZOUA-BI & Associés s'est conformée aux dispositions combinées des articles 10 et 11 de l'arrêté susvisé ;

Qu'il y a lieu de déclarer sa dénonciation recevable en la forme ;

SUR LE BIEN FONDE DE LA DENONCIATION

Considérant qu'à l'appui de sa requête, la société d'Avocats BILE-AKA/BRIZOUA-BI & Associés dénonce les faits suivants :

- l'atteinte au principe de l'égalité de traitement des candidats ;
- la violation des dispositions de l'article 52 du code des marchés publics ;

1) Sur l'atteinte au principe de l'égalité de traitement des candidats

Considérant que la société BILE-AKA/BRIZOUA-BI & Associés dénonce le caractère discriminatoire des critères d'éligibilité contenus dans les Données Particulières d'Appel d'Offres, qui exigent du soumissionnaire qu'il fasse la preuve qu'il a exécuté des prestations portant sur un minimum de dix(10) opérations de privatisation en Côte d'Ivoire ou à l'étranger, dont une est d'un montant minimum de cinq (5) milliards de F CFA ;

Que selon la plaignante, les cessions d'entreprises publiques et privées s'opérant selon les mêmes modalités, un avocat ayant l'expertise en matière de cession d'entreprises, peut utilement conseiller dans le cadre d'une privatisation ;

Qu'elle conclut qu'admettre de tels critères revient implicitement, mais nécessairement à accorder une faveur à un groupe de cabinets d'Avocats ;

Considérant cependant, qu'aux termes de l'article premier alinéa 1er du décret n°94-532 du 21 septembre 1994 portant modalité d'application de la loi n°94-338 du 09 juin 1994 relative à la privatisation des participations et actifs de l'Etat dans certaines entreprises et Etablissements Publics Nationaux, la privatisation est définie comme étant « **le transfert des actions, participations ou actifs détenus directement ou indirectement par l'Etat dans les personnes morales et Etablissement Publics Nationaux, au secteur privé** » ;

Qu'ainsi, la privatisation a pour objet de transférer le contrôle d'une entreprise publique au secteur privé ;

Quant à la cession d'entreprise, celle-ci se définit comme étant l'acte par lequel une personne physique ou morale appelée cédant, transfère la propriété ou le contrôle de son entreprise à une autre personne physique ou morale appelée acquéreur ou repreneur ;

Que s'il est vrai que la privatisation et la cession d'entreprise obéissent au même mécanisme juridique, à savoir le transfert de la propriété de l'entreprise à des tiers, il reste que la privatisation fait appel à des impératifs de politique économique de l'Etat ;

Qu'en effet, la conciliation entre les principes du service public et le nouvel environnement juridique lié à la privatisation de ce service public peut soulever des problèmes particuliers, compte tenu notamment de la nature des missions en cause et du mode de fonctionnement de ces entreprises ;

Que pour preuve, l'alinéa 2 de l'article premier du décret sus cité, « **détermine pour chaque opération de transfert, et en tant que de besoin, le pourcentage des titres réservés aux salariés de l'entreprise, la proportion des titres susceptibles d'être cédés aux personnes physiques ou morales étrangères, les mesures nécessaires pour éviter des situations de monopoles et de contrôle de secteurs d'activités vitaux et essentiels à l'économie nationale, l'institution d'une action spéciale, les prix d'offres et de cession, les modalités de paiement** » ;

Qu'ainsi, l'exigence dans le DAO « *d'un cabinet d'Avocats spécialisé dans le droit des affaires et le droit économique et disposant d'une expérience et d'une expertise pertinentes, en matière de privatisation, d'acquisition et de restructuration d'entreprises* » peut répondre au souci de l'autorité contractante de bénéficier de l'assistance d'un cabinet qui maîtrise ces questions, de sorte que celle-ci ne saurait être interprétée comme étant un critère discriminatoire ;

Que de même, aucune disposition réglementaire ne permet de conclure, comme l'affirme la plaignante, que le point 11 des Données Particulières d'Appel d'Offres (DPAO) qui exige du candidat la preuve « de prestations portant sur au moins dix (10) opérations de privatisation en Côte d'Ivoire et ou à l'étranger dont au moins une d'un montant de cinq (5) milliards de FCFA » est discriminatoire ;

Qu'en effet, certes la privatisation n'est pas une activité routinière comme la cession d'entreprises, mais il résulte de la correspondance du Comité de privatisation en date du 20 mai 2015 que cette activité est pratiquée depuis plus de 25 ans et compte une centaine d'entreprises privatisées ;

Qu'ainsi, en l'absence de textes réglementaires encadrant l'expérience des candidats, l'autorité contractante a jugé souverainement que le Cabinet d'Avocats qui doit l'assister dans ses missions doit faire preuve d'une expérience solide en la matière, sans commettre d'irrégularités ;

Qu'il y a lieu de débouter la société BILE-AKA/BRIZOUA-BI & Associés de sa demande de ce chef ;

2) Sur l'interdiction faite aux groupements de participer à l'appel d'offres

Considérant que la société d'Avocats BILE-AKA/ BRIZOUA-BI & Associés fait grief à l'autorité contractante d'avoir violé les dispositions du Code des marchés publics, en refusant les soumissions des candidatures conjointes ou groupées ;

Que de son côté, le comité de privatisation soutient qu'il n'a commis aucune violation et que la constitution des candidats en groupement est une possibilité et non une obligation instituée par le Code des marchés publics ;

Qu'il est cependant constant qu'aux termes des dispositions de l'article 52.1 du Code des marchés publics « **Les entreprises peuvent présenter leur candidature ou leur offre sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint, sous réserve du respect des règles relatives à la liberté de prix et à la concurrence.**

Le groupement est solidaire lorsque chaque entreprise, membre du groupement est engagée pour la totalité du marché, que celui-ci soit ou non divisé en lots ou en tranches.

Le groupement est conjoint lorsque le marché étant divisé en plusieurs lots ou tranches, chaque entreprise, membre du groupement s'engage à exécuter le ou les lots, la ou les tranches qui sont susceptibles de lui être attribué (s). » ;

Qu'ainsi, le Code des marchés publics qui est le cadre réglementaire de la commande publique, offre aux soumissionnaires, la possibilité de se constituer en groupement conjoint ou solidaire pour participer à un appel d'offres ;

Or, en l'espèce, le point 9.3 des Données Particulières de l'Appel d'Offres (DPAO) prévoit que: « *les candidatures sont présentées de manière individuelle. Les candidatures conjointes ou groupées ne sont pas admises.* » ;

Que s'il est vrai que les DPAO définissent les conditions spécifiques à la commande publique ciblée, en tenant notamment compte de la particularité de l'activité à exécuter, il reste qu'elles ne peuvent que préciser, détailler voire expliquer la règle générale telle que fixée par le Code des marchés publics sans pouvoir y déroger, ni ajouter de nouvelles règles ;

Que dès lors, la clause faisant interdiction aux candidats de se constituer en groupement conjointe ou solidaire pour participer à l'appel d'offres est contraire aux dispositions du Code des marchés publics ;

Qu'en outre, contrairement aux affirmations de l'autorité contractante qui justifie cette interdiction par le risque d'un conflit d'intérêts, l'examen des DPAO permet de se rendre compte qu'il a été clairement précisé que les candidats ne doivent pas être avocat-conseil, ni d'actionnaires privés d'une des sociétés à privatiser ni d'une de ces sociétés elles-mêmes, de sorte qu'il ne saurait exister de risque de conflit d'intérêts ;

Que par conséquent, le moyen invoqué par la société d'Avocats BILE-AKA/BRIZOUA-BI & Associés paraît fondé et il y a lieu d'annuler la procédure, de ce chef ;

DECIDE :

- 1) Déclare la dénonciation de la société la société BILE-AKA/BRIZOUA-BI & Associés, faite par correspondance en date du 15 avril 2015, recevable en la forme ;
- 2) Constate que les exigences du DAO relativement à l'expérience du candidat ne viole pas principe de l'égalité de traitement des candidats devant la commande publique ;
- 3) Constate par contre que le point 9.3 des Données Particulières de l'Appel d'Offres (DPAO) faisant interdiction aux candidats de soumissionner en groupement viole l'article 52.1 du Code des marchés publics ;
- 4) En conséquence, dit la société BILE-AKA/BRIZOUA-BI & Associés partiellement bien fondée en sa contestation et ordonne l'annulation de la procédure de passation ainsi que la correction du Dossier d'Appel d'Offres ;
- 5) Dit que le Secrétaire Général de l'ANRMP est chargé de notifier à la société BILE-AKA/BRIZOUA-BI & Associés, au le Comité de Privatisation, avec ampliation à la Présidence de la République et au Ministère auprès du Premier Ministre chargé du Budget, 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.

LE PRESIDENT

COULIBALY NON KARNA