

DECISION N°2019-L0019/ARCOP/ORD

sur recours du Projet Production Internationale BF S.A (PPI SA), du Groupement ALLIANCE & CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO LTD et du groupement SOGEA SATOM/LSE contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international n 2018-001/PM/SG/MOAD/PRM pour les travaux d'éclairage public des voies d'accès de l'aéroport de Ouagadougou Donsin

**L'ORGANE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS
STATUANT EN MATIERE DE LITIGE :**

Vu *la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique ;*

Vu *le décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;*

Vu *le décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public ;*

Vu *le décret n°2017-0051/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*

Sur *recours par lettres respectives en date du 17 et 18 janvier 2019 du Projet Production Internationale BF S.A (PPI SA), du Groupement ALLIANCE & CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO LTD et de SOGEA SATOM contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

présidé par Monsieur Ibrahim SOKOTO, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de:

- Monsieur Didace DOUAMBA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Moussa TRAORE, membre de l'ORD ;
- Messieurs Modeste YAMEOGO et A. Dramane SAKANDE assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties:

- au titre des requérants :
 - Monsieur Patrice CHEVALIER, Directeur général de PPI SA ;
 - Messieurs Hamidou SAVADOGO, Robin TESTOT-FERRY, et Hadi DEME respectivement avocat, chef adjoint et ingénieur Etude de SOGEA-SATOM ;
 - Messieurs Aly PORGO, Moussa OUEDRAOGO et Moumouni GNESSIEN respectivement DG, cogérant de Alliance et conseil Du groupement ALLIANCE & CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO LTD ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Fayçal OUEDRAOGO, Beguibié IDO, Ibrahima BARRO, Passabamba OUEDRAOGO, W Armand COMPAORE et Marcel NIKIEMA, représentants de la MOAD ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Ahmed FOFANA, représentant SINOHYDRO CORPORATION LTD ;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

rend la présente décision fondée sur la régularité des recours, les faits et moyens exposés ci-après ;

EN LA FORME :

sur la compétence,

considérant que l'appel d'offres susvisé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public;

considérant qu'aux termes de l'article 24 du décret n°2017-0050 ci-dessus visé, l'ORD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique;

considérant que les recours concernent la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international n 2018-001/PM/SG/MOAD/PRM pour les travaux d'éclairage public des voies d'accès de l'aéroport de Ouagadougou Donsin ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORD est compétent pour en connaitre;

sur la recevabilité,

considérant qu'aux termes de l'article 26 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique susvisée « Les délais de passation, de contrôle et de règlement de différends relatifs aux commandes publiques sont fixés comme suit :

- (...);

- pour le recours des candidats et soumissionnaires auprès de l'autorité contractante ou devant l'instance de recours non juridictionnel, selon qu'ils exercent un recours préalable devant l'autorité contractante qui est facultatif ou un recours, directement devant l'instance de recours non juridictionnel: deux jours ouvrables à compter du lendemain de la publication de l'avis d'appel à concurrence ou des résultats des travaux de la commission d'attribution des marchés ou de la réception de la lettre d'invitation selon le cas.

En cas d'exercice de recours préalable devant l'autorité contractante, celle-ci répond aux candidats ou soumissionnaires requérants dans les deux jours ouvrables à compter de sa saisine.

Lorsque la réponse de l'autorité contractante est insatisfaisante ou lorsqu'elle ne répond pas dans le délai qui lui est imparti, les candidats ou soumissionnaires disposent de deux jours ouvrables à compter de l'échéance du délai imparti à l'autorité contractante, pour saisir l'instance de recours non juridictionnel ;

(...) » ;

considérant que les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2488 du mardi 15 janvier 2019, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 17 janvier 2019; que le Projet Production Internationale BF S.A (PPI SA) et Groupement ALLIANCE & CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO LTD ont saisi l'ORD par lettres en date du 17 janvier 2019 ; que, par ailleurs, les recours sont conformes aux autres conditions de recevabilité prévues à l'article 28 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

que, dès lors, il convient de les déclarer recevables ;

considérant cependant, que le groupement SOGEA SATOM/L S E a saisi l'ORD par lettre en date du 18 janvier 2019, soit un jour après l'expiration du délai imparti ;

qu'il y a donc lieu de le déclarer irrecevable pour forclusion ;

AU FOND:

sur les faits,

la Maitrise d'Ouvrage de l'Aéroport de Donssin (MOAD) a lancé l'appel d'offres ouvert international n°2018-001/PM/SG/MOAD/PRM pour les travaux d'éclairage public des voies d'accès de l'aéroport de Ouagadougou Donsin ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de PPI SA non conforme au motif qu'il a proposé un délai d'exécution de dix mois et demi au lieu de dix mois maximum conformément à l'addendum ; que son offre n'étant pas recevable, elle n'a pas été jugée acceptable pour examen détaillé ;

la CAM a également déclaré l'offre du groupement ALLIANCE &CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZEHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD non conforme au motif que les soumissionnaires ALLIANCE CO et SEB SARL n'ont pas fourni d'agrément technique R4 à l'ouverture des plis conformément aux exigences du DPÀO ; qu'ils ont plutôt fourni chacun un reçu d'achat pour des frais de dossier pour la demande de l'agrément en matière de réseau électrique catégorie R4 et une copie de la page de garde du dossier de demande d'agrément technique en date du 02/11/2018 ; que son offre n'a pas été jugée acceptable pour examen détaillé ;

les requérants contestent cette décision de la CAM ;

PPI SA soutient qu'il a constaté un écart significatif entre le montant HTVA lu et le montant HTVA corrigé de l'attributaire provisoire et que le motif tiré de l'erreur de la TVA sur le montant du compte prorata énoncé par la CAM ne saurait justifier un tel écart ; que l'entreprise SINOHYDRO Corporation LTD, attributaire provisoire ne dispose pas d'agrément R4 pour lequel plusieurs entreprises nationales ont été écartées ; que, si un autre agrément a été fourni, il émet des réserves quant à la similitude et à l'équivalence d'un tel agrément car il n'y a pas d'instance nationale statuant sur l'équivalence des agréments d'origine étrangère à ce jour;

le groupement ALLIANCE & CO SARL/SEB SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD, affirme que le motif tiré du défaut d'agrément R4 ne saurait prospérer contre son offre car il viole l'article 102 du décret n 2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et délégations de service public, ainsi que l'article 31 des instructions aux candidats du DAO ; que l'agrément technique n'est pas une des pièces ou conditions exigées aux articles 34, 35, et 36 du décret précité et ne constitue donc pas une condition de recevabilité de l'offre au stade de l'examen préliminaire ; qu'en plus, à l'analyse de l'article 31.1 des instructions aux candidats, l'agrément technique ne fait pas partie des documents dont le défaut entraîne le rejet de l'offre ;

Le requérant poursuit en soutenant qu'il n'a certes pas fourni l'agrément R4 mais, qu'il a produit des reçus d'achats du dossier de demande d'agrément qui sont des pièces probantes pour rassurer l'autorité contractante qu'il a entamé la procédure d'obtention dudit agrément ; que du reste, elle a obtenu l'agrément R4 et a même transmis une copie à l'autorité contractante bien avant la délibération de la CAM ; qu'en plus, son offre financière dégage une économie de près de deux cent millions de francs CFA au profit de l'Administration en comparaison de celle de l'attributaire provisoire ; qu'écartier son offre dans ces conditions, constitue une violation du principe d'économie de la commande publique ;

ils sollicitent donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de les rétablir dans leur droit ;

sur la discussion,

considérant qu'il est requis au point IC 11.1 C des données particulières un agrément de la catégorie R4 ou équivalent pour les entreprises étrangères ;

considérant que l'alinéa 7 de l'article 37 du décret 2017-049 ci-dessus cité dispose que : « les candidats qui n'ont pas une base fixe ou un établissement stable au Burkina Faso ne peuvent être invités à justifier de leurs capacités techniques telles que définies par les dossiers d'appel à concurrence ou d'un éventuel agrément dans un domaine donné, qu'en vertu de la législation ou ils sont établis ou installés » ;

considérant que le requérant PPI soutient que les entreprises nationales ont été défavorisées par rapport aux entreprises étrangères dans l'appréciation du critère relatif à l'agrément technique ; que les entreprises locales doivent être encouragées ; qu'en effet, il ne fait pas un plaidoyer en faveur du favoritisme, mais demande simplement la mise en œuvre d'un traitement égalitaire ; que l'entreprise, attributaire provisoire, ne dispose pas d'un agrément équivalent au R4 requis ; que la CAM a été très rigoureuse dans l'analyse de son offre ; que le dépassement du délai dans son offre est dû à une erreur matérielle dans le montage de son dossier ;

considérant que le groupement ALLIANCE & CO SARL/SEB SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD fait observer que l'agrément doit être mis sous le même régime que les pièces administratives ; qu'avant la délibération de la commission, tous les membres du groupement ont obtenu leur agrément ; que cette information a été portée à la connaissance de la CAM ; qu'en acceptant son offre l'Etat fera une forte économie ;

considérant que la CAM a noté que l'analyse des offres a été faite en combinant à la fois l'alinéa 7 de l'article 37 ci-dessus cité et les expériences similaires ; que l'attributaire provisoire a fourni dans son offre un certificat de qualification pour la prise en charge forfaitaire des travaux étrangers de la république populaire de Chine, des certificats du système de management ISO et des références similaires très pertinentes ; que la combinaison de tous ces éléments démontrent que l'entreprise retenue est qualifiée pour le présent marché ; que pour qui concerne le groupement ALLIANCE & CO SARL/SEB SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD, l'agrément est une pièce qui ne saurait être complétée après l'ouverture des plis ; qu'accepter cette pratique consistera à rompre le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires ; qu'elle note qu'il y a eu une erreur dans la publication des résultats provisoires en ce qui concerne les montants de l'attributaire provisoire ; qu'un rectificatif serait en cours ;

considérant que le groupement rétorque que le document fourni par l'attributaire n'est pas authentique ; qu'il dispose lui-même d'un agrément authentique de la république de Chine qui a été traduit dans son offre qui peut aider à éclairer la religion de l'ORD ;

considérant que l'attributaire provisoire soutient que les documents qui figurent dans son offre sont authentiques et conformes aux exigences du dossier ; que sa capacité n'est plus à démontrer dans le domaine car il dispose des compétences et des ressources nécessaire pour l'exécution du présent marché ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé de prime abord que la CAM a reconnu que les montants concernant l'attributaire provisoire contiennent des erreurs ; qu'il s'agit de 5 994 749 058 FCFA au lieu de 4 105 087 393 FCFA ; qu'un rectificatif sera fait pour corriger lesdits montants ;

considérant que la CAM a soutenu d'une part que l'attributaire provisoire a fourni un agrément conformément à l'alinéa 7 de l'article 37 du décret 2017-049 ; que l'ORD a procédé à l'examen dudit agrément et a noté qu'il s'agit en réalité d'un certificat de qualification pour la prise en charge forfaitaire des travaux étrangers ; qu'il ne s'agit pas d'un agrément en matière d'énergie ; qu'en outre, aucun document lié à ce certificat ne permet d'établir une équivalence en relation avec l'agrément R4 requis dans le dossier au point IC 11.1C des données particulières ; que la CAM a fait une mauvaise interprétation de l'article 37 ci-dessus cité ;

considérant que la CAM a soutenu, d'autre part, qu'en l'absence formelle de l'agrément R4, elle a considéré que l'attributaire a la qualification au regard de ses expériences similaires, de sa capacité financière et de certains certificat ISO ; que sur ce point, l'ORD note que la CAM a fait une interprétation extensive pour déclarer l'entreprise SINOHYDRO Corporation LTD conforme ; que pour l'ORD, si la CAM fait un raisonnement utilitaire fondé sur une interprétation extensive des conditions de qualifications requises en faveur d'un soumissionnaire, elle doit appliquer le même raisonnement aux autres en vertu du principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires, un principe sacro-saint qui régit la commande publique ; qu'ainsi, au nom du principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires, l'interprétation favorable ne peut pas se limiter aux entreprises étrangères ; qu'en effet, bien avant la délibération, le requérant disposait de l'agrément R4, des expériences similaires, de la capacité financière et de certains certificats ISO ; que les entreprises nationales qui sont donc dans les mêmes conditions doivent bénéficier de cette interprétation extensive de la CAM sur la question de l'agrément ; qu'au demeurant, l'ORD a noté que la CAM devrait, en vertu du principe d'économie et de célérité de la commande publique prévue par l'article 2 de la loi 039 ci-dessus citée, déclarer conforme l'offre du groupement ALLIANCE & CO SARL/SEB SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD dont l'offre financière pourrait être évaluer la moins disante ;

que sur cette motivation, il y a lieu de dire que les plaintes du groupement ALLIANCE & CO SARL/SEB SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD et de PPI SA sont fondées sur la question du traitement de l'agrément R4 ;

que par ailleurs, l'ORD note à l'endroit de la CAM que l'agrément technique n'est pas un critère d'appréciation à l'étape de l'examen préliminaire des offres et ce conformément à l'article 31 des instructions aux soumissionnaires ; que l'absence de l'agrément n'est pas un motif d'irrecevabilité de l'offre à cette étape ;

qu'au bénéfice de toutes ces observations, il y a lieu de dire que les plaintes des requérants sont fondées ;

par ces motifs ;

DECIDE:

-qu'il est compétent ;

-que le recours du groupement SOGEA SATOM/L S E est irrecevable pour forclusion ;

-que les recours du Projet Production Internationale BF S.A (PPI) et du Groupement ALLIANCE & CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO LTD sont recevables ;

-que l'appel d'offres susvisé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-que les plaintes du Projet Production Internationale BF S.A (PPI) et du Groupement ALLIANCE & CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO LTD sont fondées ;

-qu'il sied d'infirmes les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international n 2018-001/PM/SG/MOAD/PRM pour les travaux d'éclairage public des voies d'accès de l'aéroport de Ouagadougou Donsin ;

-que le Secrétaire permanent de l'Autorité de régulation de la commande publique est chargé de notifier aux parties et à la Direction générale du contrôle des marchés publics et des engagements financiers la présente décision qui sera publiée où besoin sera.

Ouagadougou, le 22 janvier 2019

Le Président de séance

Ibrahim SOKOTO