

DECISION N°2019-L0074/ARCOP/ORD

sur recours et dénonciation de la falsification de documents financiers et fausses déclarations de KELON INTERNATIONAL suite à la publication des résultats provisoires de l'appel d'offres international n°2018-044T/MAAH/SG/DMP pour les travaux d'aménagement de 640 hectares de périmètres irrigués à Soum dans la province du Boulkiemdé au Burkina Faso (lot 02).

**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 et dénonciation par lettres respectives en date des 25 et 28 février 2019 de KELON INTERNATIONAL suite à la publication des résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;

présidé par Madame Léa ZAGRE/RIMTOUMDA, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Sylvestre OUEDRAOGO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Soter Caius RAYAISSE, membre de l'ORD ;
- Messieurs B. Adama OUEDRAOGO et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Maitres Batibié BENAÏO, Stéphane OUEDRAOGO et Moumouni GNESSIEN, Messieurs Nazaire YEYE et Saïdou OUEDRAOGO, respectivement avocats, agent et juriste de KELON INTERNATIONAL ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Hodou MIEN, Nawo GANOU et Fatié COULIBALY, respectivement responsable technique de la commission, agent à la DMP et coordonnateur de projet PDA-SOUM/MAAH ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Maitre Armand KPODA, Messieurs Sévérin OUEDRAOGO, Zakaria SAWADOGO et Wendyam Adama COMPAORE, respectivement avocat, Directeur Général, Ingénieur et juriste de TSR-GTI ;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

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

EN LA FORME :

sur la compétence,

considérant que l'appel d'offres sus visé 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 le recours concerne la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres international n°2018-044T/MAAH/SG/DMP pour les travaux d'aménagement de 640 hectares de périmètres irrigués à Soum dans la province du Boulkiemdé au Burkina Faso (lot 02) ;

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

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 sus visée « 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 international ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2515 du jeudi 21 février 2019, et que le délai de recours auprès de l'ORD ou de l'autorité contractante courait jusqu'au 25 février 2019 ; que KELON INTERNATIONAL a saisi l'ORD par lettre en date du 25 février 2019 ; que, par ailleurs, le recours est conforme 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 le déclarer recevable ;

considérant que l'article 2 du décret 2017-050 ci-dessus cité dispose que : « (...) En matière de discipline et de règlement non juridictionnel des différends, l'autorité de régulation de la commande publique est chargée de : prononcer, sur dénonciation ou plainte, les sanctions prévues à l'encontre des candidats, des soumissionnaires, des attributaires, des titulaires et des partenaires privés, auteurs de violation de la réglementation des marchés publics, des délégations de service public et des partenariats public-privé (...) » ;

considérant que la dénonciation de KELON INTERNATIONAL a été introduite conformément aux règles en vigueur ;

considérant qu'au regard de la similitude des moyens des deux (02) requêtes liés à un « faux » chiffre d'affaires que l'attributaire provisoire aurait produit, il convient de les joindre et de les apprécier ensemble pour une bonne administration de la cause ;

AU FOND :

sur les faits,

le Ministère de l'agriculture et des aménagements hydrauliques (MAAH) a lancé l'appel d'offres international n°2018-044T/MAAH/SG/DMP pour les travaux d'aménagement de 640 hectares de périmètres irrigués à Soum dans la province du Boulkiemdé au Burkina Faso (lot 02) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de KELON INTERNATIONAL de même que celle de TSR-GTI conformes au dossier d'appel d'offres (DAO) ; elle a cependant attribué le marché à cette dernière entreprise car son offre est la moins disante ;

le requérant conteste cette décision de la CAM ; il explique que, suite à la publication des résultats provisoires, des investigations ont été menées auprès de la Direction générale des impôts et de la Chambre de commerce, ce qui a permis

d'aboutir à la conclusion que l'attributaire provisoire n'est pas qualifié pour prétendre à des travaux d'une telle envergure ; en effet, il fait remarquer que l'entreprise TSR-GTI créée en 2013 sous le numéro de registre n°BFOUA2013M5797 ne dispose pas du chiffre d'affaires moyens requis ; cet état de fait ressort clairement des résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2017/MUH/SG/DMP du 11/07/2017, où elle a été déclarée non conforme pour chiffre d'affaires insuffisant (le chiffre d'affaires des années 2014, 2015 et 2016 était de 2 322 639 808 Francs CFA) ; il fait observer par le biais de la dénonciation que le chiffre d'affaires de l'entreprise de 2014 à 2017 est de 13 452 661 400 francs CFA ; il explique ce chiffre d'affaires est insuffisant pour obtenir ne serait-ce qu'un seul lot, mais le constat est tout autre car les deux lots lui ont été attribués comme s'il disposait de 60 000 000 000 francs CFA de chiffre d'affaires ;

le requérant déduit de cette situation que l'entreprise a fait du « faux et usage de faux » au niveau des formulaires financiers, ce qui le rend non conforme au niveau de la pré qualification et de la qualification du présent appel d'offres ; en conséquence, il invite l'ORD à procéder aux différentes vérifications au besoin ;

Il affirme, par ailleurs, que l'entreprise TSR-GTI est en contentieux devant le Tribunal de grande instance de Ouagadougou avec un de ses partenaires, en l'occurrence l'entreprise CHAABANE ; dans cette affaire pendante, TSR GTI serait accusé de « faux et usage de faux » ; il note qu'il s'agit d'une rétention d'information car lesdits informations devraient ressortir dans le formulaire ANT-2 portant antécédents de marchés non exécutés, de litiges en instance et d'antécédent de litiges ; il estime donc que l'offre de TSR-GTI doit être déclarée incomplète et rejetée ;

il sollicite donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de le rétablir dans ses droits ;

sur la discussion,

considérant que l'article 26 du décret 2017-0050 ci-dessus cité dispose que : « tout candidat, soumissionnaire ou attributaire s'estimant injustement évincé des procédures de passation de la commande publique peut saisir soit l'autorité contractante, soit l'instance de recours non juridictionnel dans un délai de deux (02) jours ouvrables à compter du lendemain de la publication de l'avis d'appel à concurrence, de la communication de la lettre d'invitation ou du dossier de demande de proposition ou de la publication des résultats provisoires (...) » ;

considérant que l'article 56 du décret 2017-0049 sus cité dispose que : « (...) l'examen de la qualification des candidats s'effectue exclusivement en fonction de leur aptitude à exécuter le marché de façon satisfaisante et selon les critères définis dans l'avis de pré qualification.

La commission d'attribution des marchés examine les dossiers et retient toutes les entreprises remplissant les conditions requises spécifiées au dossier de pré qualification » ;

considérant que la CAM soutient qu'à ce stade de la procédure cette contestation du chiffre d'affaires de l'entreprise TSR-GTI n'est pas recevable ; qu'en effet, la première phase de la procédure a concerné la pré qualification des candidats ;

que sur la base d'un dossier de pré qualification, les candidats ont été évalués sur différents critères dont le chiffre d'affaires moyen ; que les résultats de la phase de pré qualification ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2376 du vendredi 10 août 2018 ; qu'après consolidation desdits résultats, le dossier d'appel d'offres a été lancé ; qu'à cette seconde étape de la procédure, son analyse n'a plus porté sur la question du chiffre d'affaires car le dossier d'appel d'offres international n'est plus revenu sur cette question ; qu'aucune disposition des données particulières dudit dossier n'a requis de chiffre d'affaires ; que mieux aucune pièce justificative de chiffre d'affaires n'a été requise ; que le modèle de rapport d'évaluation d'appel d'offres précédé d'une pré qualification ne permet pas de revenir à la seconde phase sur les critères qui ont fait l'objet d'évaluation à la première étape ;

considérant que sur la question de la rétention de l'information, la CAM invite l'ORD à apprécier les formulaires qui ont été valablement renseignés par l'entreprise TSR-GTI ;

considérant que le requérant par le biais de ses conseils argue qu'il est tout à fait logique que la question de la véracité du chiffre d'affaires soit posée à ce stade de la procédure ; que l'article 56 du décret n°2017-0049 sus cité est clair sur la question en disposant que : « *l'examen de la qualification des candidats s'effectue exclusivement en fonction de leur aptitude à exécuter le marché de façon satisfaisante et selon les critères définis dans l'avis de pré qualification* » ; que la qualification des candidats est toujours de mise et qu'il est loisible à tout soumissionnaire qui dispose d'informations nouvelles de les soulever à n'importe quelle étape de la procédure ; que le législateur a prévu cette seconde phase pour pallier aux insuffisances de vérification de la première étape d'analyse ; que certains critères de la pré qualification sont reconduits à la seconde étape ; que les formulaires FIN qui ont été joints dans le dossier d'appel d'offres international ont un rôle certain ; que les informations fournies dans lesdits formulaires doivent encore être vérifiés, même si le dossier n'a pas formellement requis des pièces justificatives ;

considérant que l'entreprise TSR-GTI (attributaire provisoire) insiste sur le fait que la phase de pré qualification est passée ; que les résultats de cette pré qualification sont consolidés à ce stade de la procédure ; que la lettre d'invitation a été envoyée à tous les soumissionnaires qualifiés et aucune contestation n'a été enregistrée sur un quelconque motif de non-conformité d'un concurrent ; que l'article 39 du décret 2017-049 sus cité dispose que ; « (...) *une déclaration concernant le chiffre d'affaires global certifié et, le cas échéant, le chiffre d'affaires certifié du domaine d'activités faisant l'objet du marché ou de la délégation, pour au maximum, les trois (3) derniers exercices en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité du soumissionnaire, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles, l'appréciation de la capacité se fait sur la base du chiffre d'affaires annuel moyen de la période considérée.*

Les autorités contractantes précisent, dans l'avis d'appel à concurrence ou dans l'invitation à soumissionner, les références mentionnées aux points 1, 2 et/ou 3 du présent article qu'elles ont choisi ainsi que les autres références probantes qui doivent être produites. Si, pour une raison justifiée le soumissionnaire n'est pas en mesure de produire les références demandées par l'autorité contractante, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document considéré comme approprié par l'autorité contractante. » ; qu'il a fourni tous les documents appropriés qui ont été validés par la commission d'analyse ;

que la dénonciation du requérant ne doit pas être examinée car elle manque de motivation et de sérieux ; que, dans l'appel d'offres ouvert accéléré n°2017/MUH/SG/DMP du 11/07/2017, il s'agissait d'un chiffre d'affaires spécifique, ce qui n'a aucun lien avec le chiffre d'affaires requis dans cette procédure ; qu'il ressort de ladite dénonciation que l'entreprise a été créée en 2013, ce qui est déjà une information erronée ; qu'en réalité, KELON INTERNATIONAL essaie de renforcer son recours en litige avec des moyens détournés par l'entremise de la dénonciation ;

que, par ailleurs, le contentieux invoqué ici par le requérant concerne deux (02) entités privées ; que c'est la personne même de Monsieur SANA Rasmané qui a été mise en cause et non l'entreprise TSR-GTI ; que même, si celui-ci avait été condamné, il n'y aurait eu aucune conséquence négative sur la vie de l'entreprise ; que le mis en cause a d'ailleurs été blanchi dans cette affaire ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a noté de prime abord qu'il s'agit d'une procédure d'appel d'offres précédée d'une phase de pré qualification soumise aux directives du bailleur de fonds, la Banque islamique de Développement (BID) ; que les différentes phases de cette procédures ont été validées par la BID à travers avis de non objection ;

considérant que l'ORD a ensuite relevé que le requérant KELON INTERNATIONAL n'est pas fondé à invoquer le moyen relatif au chiffre d'affaires de l'entreprise TSR-GTI à ce stade de la procédure ; que conformément à l'article 26 du décret 2017-0050 ci-dessus cité, cette question a été traitée et consolidée suite à la publication des résultats provisoires de la phase de pré qualification dans le quotidien n°2376 du 10 août 2018 ; que conformément aux délais règlementaires, le requérant avait jusqu'au 14 août 2018 pour contester lesdits résultats de la pré qualification ; qu'en lisant de manière croisée les exigences du dossier d'appel d'offres et celles du dossier de pré qualification, il ressort clairement que la vérification de la conformité des chiffres d'affaires a été faite à la première phase, ce d'autant plus que toutes les pièces justificatives ont été requises à cette phase ; qu'il ressort aussi clairement de la publication du 10 août 2018 que certains soumissionnaires n'ont pas été qualifiés sur la base du grief tiré du chiffre d'affaires ; que, donc, le requérant aurait dû poser le problème de non-conformité du chiffre d'affaires de son concurrent à l'issue des résultats de la pré qualification ; qu'à ce stade, l'ORD ne saurait revenir sur cette question car les dispositions règlementaires ne le permettent pas ;

considérant que, par ailleurs, l'ORD note que la question du faux dans le marché obtenu en groupement avec CHAABANE, ainsi que la rétention de l'information sur le litige en cours ne sont pas avérées ; que le litige qui opposait Monsieur SANA Rasmané et l'entreprise CHAABANE et Cie a été vidé par jugement n°101 du 12 mars 2018 rendu par la Chambre correctionnelle du Tribunal de grande instance de Ouagadougou ; qu'il ressort de l'extrait des minutes du greffe que le mis en cause a été relaxé ; que le formulaire sur les antécédents de marchés non exécutés, de litiges en instance et d'antécédents de litiges a été valablement renseigné par l'attributaire provisoire ; que le marché résilié relatif aux travaux d'aménagement hydro-agricole d'un périmètre irrigué de 368 ha en aval de la rive gauche du barrage de Soum et de la construction d'une station de pompage en aval du barrage de Soum a été mentionné ;

qu'enfin, l'ORD juge que l'appréciation de la dénonciation dont les éléments sont intimement liés aux motifs invoqués dans la plainte ne permet pas de douter de la régularité de l'offre de l'entreprise TSR-GTI ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée et de confirmer ainsi les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de KELON INTERNATIONAL est recevable ;

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

-que KELON INTERNATIONAL n'est pas fondé à invoquer le moyen relatif au chiffre d'affaires de TSR GTI à ce stade de la procédure, cette question ayant déjà été traitée et consolidée suite à la publication des résultats provisoires de la phase de pré qualification dans le quotidien n°2376 du 10 août 2018 ;

-que la plainte de KELON INTERNATIONAL sur les autres moyens n'est pas fondée ; que la question du faux dans le marché obtenu en groupement avec CHAABANE ainsi que la rétention de l'information sur le litige en cours ne sont pas avérées ; que l'information a été fournie par l'attributaire provisoire ;

-que l'appréciation de la dénonciation jointe ne permet pas de douter de la régularité de l'offre de TSR GTI ;

-de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres international n°2018-044T/MAAH/SG/DMP pour les travaux d'aménagement de 640 hectares de périmètres irrigués à Soum dans la province du Boulkiemdé au Burkina Faso (lot 02) ;

-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 partout où besoin sera.

Ouagadougou, le 28 février 2019

La Présidente de séance

Léa ZAGRE/RIMTOUMDA
Chevalier de l'Ordre national