

**DECISION N°2019-L0118/ARCOP/ORD**

sur recours de la Société CHAABANE & Cie contre les résultats provisoires de l'appel d'offres international pour la réalisation des travaux d'aménagement, de bitumage et d'assainissement de la succession de rue (30.215, 29.253 et 28.201).

**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 lettre en date du 04 février 2019 de la Société CHAABANE & Cie contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Monsieur Salifou OUOBA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Silamana SOMANDA, 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, Monsieur Théophile OUEDRAOGO et Maître Bertin KIENOU, respectivement Directeur des études et avocat de la société CHAABANE & Cie ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Alassane FAYAMA, Hermann LOMPO, Djibril TOGUYENI, Sosthène DJIGEMDE et Ghislain OUEDRAOGO, représentants la Commune de Ouagadougou ;

- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Saïdou TIENDREBEOGO, Moumouni GNESSIEN et Mahamadi TIENDREBEOGO, respectivement PDG, conseil et DG du groupement CGE/SEFIANI ;

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 pour la réalisation des travaux d'aménagement, de bitumage et d'assainissement de la succession de rue (30.215, 29.253 et 28.201) ;

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 l'article 125 du décret 2017-049 ci-dessus cité dispose que : « (...) Les résultats d'attribution provisoire des marchés sont publiés dans la revue des marchés publics et/ou sur le site internet de la structure chargée du contrôle de la commande publique » ;

considérant que les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le journal "Sidwaya" n°8870 du jeudi 04 avril 2019 ;

que, dans le principe, la publication des résultats dans les quotidiens d'informations ordinaires n'est pas admise au regard des dispositions de l'article 125 ci-dessus cité ;

que, cependant, force est de constater que le quotidien des marchés publics ne paraît plus depuis plusieurs semaines et, qu'aussi, le site de la DGCMEF n'est pas non plus mis à jour ; que, dans ces conditions, il est manifestement impossible d'obtenir la publication des résultats provisoires par le canal de la revue des marchés publics ; que face à cette formalité impossible, il convient d'admettre, suivant le principe d'efficacité et à titre exceptionnel, la publication des résultats provisoires dans les quotidiens d'informations générales afin de ne pas bloquer le processus de passation des marchés publics ; qu'il convient de relever également que l'objectif de la publication des résultats est d'informer les soumissionnaires et de leur permettre ainsi d'exercer éventuellement leur droit de recours ; qu'en l'espèce, cet objectif est atteint, tous les soumissionnaires ayant été régulièrement informés par la présente publication ;

considérant que les résultats provisoires ont été publiés le 04 avril 2019 et que le délai de recours auprès de l'ORD ou de l'autorité contractante courait jusqu'au 08 avril 2019 ; que la société CHAABANE & Cie a saisi l'ORD par lettre en date du 08 avril 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 1er février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

considérant que la CCAM souhaite que le recours soit déclaré irrecevable au motif que le recours préalable du requérant comporte une confusion de personne habilitée à le signer et que le requérant ne l'a pas mentionné dans le recours exercé devant l'ORD ;

que, sur ce point, l'ORD rejette cette demande car, d'une part, sans qu'il ne soit fait cas du recours préalable, la requête est recevable du point de vue des délais comme ci-dessus indiqué ; que, d'autre part, le recours ne saurait être qualifié de plainte anticipée, la réponse de l'autorité contractante étant intervenue hors délai réglementaire ;

que, dès lors, il convient de le déclarer recevable ;

## **AU FOND :**

### **sur les faits,**

la Commune de Ouagadougou a lancé l'appel d'offres international pour la réalisation des travaux d'aménagement, de bitumage et d'assainissement de la succession de rue (30.215, 29.253 et 28.201) ;

la Commission communale d'attribution des marchés (CCAM) a déclaré l'offre de la société CHAABANE & Cie conforme, mais a attribué le marché au groupement CGE/SEFIANI dont l'offre est évaluée la moins disante d'une part et déclarée substantiellement conforme pour insuffisance mineure d'expérience de l'environnementaliste, du conducteur des travaux et de l'ingénieur géotechnicien d'autre part ;

le requérant conteste cette décision de la CCAM et soutient que la société CGE du groupement CGE/SEFIANI a été déclarée non conforme lors de l'appel d'offres n°2018-06/CO/M/AMGT/PDDO2 pour agrément technique expiré depuis le 08 décembre 2016 ; qu'il est donc étonné que le même motif ne soit pas retenu contre cette dernière dans le présent appel d'offres, ce d'autant plus que la commission de renouvellement des agréments techniques du Ministère des Infrastructures ne s'est pas réunie entre le 13 juillet 2018 et décembre 2018 ; qu'ainsi, il doute de l'authenticité d'un éventuel agrément que son concurrent aurait fourni ; que, par ailleurs, il argue que sur cinq (05) personnels cadres exigés dans le dossier, trois personnels cadre du groupement CGE/SIFIANI ne sont pas conformes et que, pour lui, cela ne saurait être considéré comme une insuffisance mineure ;

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 5 de la loi n°2016-039 ci-dessus cité dispose que : « la présente loi s'applique aux marchés publics et délégations de service public passés par les autorités contractantes et les autorités délégantes quelle que soit leur source de financement dans la mesure où elle ne sont pas contraire aux accords de financement » ;

considérant que le dossier requiert au titre du personnel un responsable environnemental, deux conducteurs des travaux et un ingénieur géotechnicien justifiant chacun de dix (10) ans d'expérience générale et de cinq (05) projets similaires ; que les diplômes du personnel exigé doivent être légalisés par une autorité compétente et les curricula vitae actualisés accompagnés d'une attestation de disponibilité y compris les attestations de travail justifiant les références sur le CV ;

considérant qu'il ressort de l'article 30.1 des instructions aux soumissionnaires (IS) que, si une offre est conforme pour l'essentiel aux dispositions du dossier d'appel d'offres, le Maître de l'ouvrage peut tolérer toute non-conformité mineure, c'est-à-dire toute non-conformité qui ne constitue pas une divergence, réserve ou omission importante ;

considérant que le requérant soutient que l'offre conforme pour l'essentiel doit respecter le contenu du point 29.2 des IS qui dispose que : « Une offre conforme pour l'essentiel est une offre conforme à toutes les stipulations, spécifications et conditions du Dossier d'appel d'offres, sans divergence, réserve ou omission substantielles. Les divergences ou omissions substantielles sont celles :

- a) Qui si elles étaient acceptées,
  - i) limiteraient de manière substantielle la portée, la qualité ou les performances des travaux spécifiés dans le Marché ; ou
  - ii) limiteraient, d'une manière substantielle et non conforme au Dossier d'appel d'offres, les droits du Maître d'Ouvrage ou les obligations du soumissionnaire au titre du Marché ; ou
- b) dont l'acceptation serait préjudiciable aux autres soumissionnaires ayant présenté des offres conformes pour l'essentiel » ;

qu'ainsi l'argumentaire basé sur l'article 30 des IS n'est pas fondé car il ne s'applique que lorsque toutes les offres sont substantiellement conformes ; qu'en l'espèce, son offre est conforme à tout point de vue, ce qui n'est pas le cas de l'offre de l'attributaire provisoire ; que cette analyse de la CCAM, en ce qui concerne le personnel, lui porte préjudice conformément au point b. de l'article 29 ci-dessus cité ;

considérant que la CCAM soutient qu'elle a fondé son analyse sur l'article 37.1 des IS qui dispose que ; « le maître d'ouvrage s'assurera que le soumissionnaire ayant soumis l'offre évalué la moins-disante et conforme pour l'essentiel aux dispositions du dossier d'appel d'offres , continue de satisfaire au critère de qualification (...) » ; que les insuffisances mineures sur l'expérience du personnel peuvent être rattrapées d'ici la signature du contrat ; qu'il ressort de la section III relative à la mise à jour des informations, que le soumissionnaire demeura qualifié au regard des critères utilisés au moment de la pré qualification ; que l' attributaire provisoire dispose dans son offre d'un agrément technique ; que suite à sa saisine par le requérant à travers unSun recours préalable, elle a initié la procédure de vérification de l'authenticité dudit agrément ; que, du reste, l'insuffisance d'expérience du personnel a été portée à la connaissance du bailleur qui a jugé qu'il s'agit d'une insuffisance mineure ; qu'il a même donné son avis de non objection ;

considérant que le groupement retenu note que l'avis de non objection du bailleur lie l'emprunteur au risque de perdre le financement ; que l'agrément n'a pas été exigé dans le dossier d'appel d'offres ; qu'à ce stade de la procédure, le requérant est forclos à invoquer ce grief ; que la jurisprudence de l'ORD est constante sur cette question relative aux appel d'offres en deux étapes ; qu'en tout état de cause, il dispose d'un agrément valide ;

considérant que le requérant rétorque qu'en aucun cas l'avis de non objection lie l'ORD qui demeure libre dans l'examen des dossiers ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la présente procédure financée par la Banque islamique de développement dans le cadre du projet n°2UV-0149, Accord ISTISNA'A entre le Burkina Faso et la BID relatif au projet de développement des quartiers périphériques de Ouagadougou ;

que le dossier utilisé dans cette procédure n'est pas le dossier standard national d'acquisition mais le dossier préparé par la BID avec la participation des agents de la Commune de Ouagadougou sur la base de leur directive ; que, dans ces conditions, et conformément à l'article 5 de la loi ci-dessus citée, l'application des méthodes d'évaluation nationale à cette procédure doit être relativisée au profit des directives du bailleur de fonds ;

que certes, il ressort du rapport d'évaluation que le responsable environnemental, le conducteur des travaux et l'ingénieur géotechnicien ont respectivement huit (08) et sept (07) ans d'expérience générale au lieu de dix (10) ans comme requis ;

que cependant, la position de la banque par le biais de l'avis de non objection (ANO) REF : RHA/BURKINA/BFAO149/VOL1/0503/2019 est tout autre ; qu'en effet, il ressort de cet ANO que : « *Après examen détaillé du rapport d'évaluation des offres, nous avons constaté que le groupement CGE/SEFIANI (évalué le moins disant pour un montant de 12 083 152 453 FCFA) a été éliminé en post qualification uniquement pour non-conformité des CV de trois de son personnel ( environnementaliste, un conducteur des travaux et un chef de laboratoire).*

*De l'avis de la banque, cette non-conformité de trois de son personnel constitue une déviation mineure et l'offre du groupement CGE/SEFIANI est substantiellement conforme.*

*En conséquence, l'avis de la Banque est d'adjuger le contrat au groupement CGE/SEFIANI.*

*Nous vous invitons à finaliser le projet de contrat y afférent et de le soumettre pour avis de la banque avant sa signature » ;*

qu'il apparait donc que la BID a donné son avis de non objection à toutes les phases de la procédure ; qu'elle a son entendement de la notion de conformité pour l'essentiel qui ne saurait être remise en cause par l'ORD sur la base de l'article 5 ci-dessus cité et du droit applicable de la BID ; que, pour elle, l'insuffisance d'expérience est mineure, par conséquent ne peut être érigée en un motif de non-conformité ; que son offre est moins disante et reste conforme pour l'essentiel ;

que s'agissant de l'agrément technique de l'attributaire provisoire, l'ORD note que conformément à la section III relative à la mise à jour des informations, l'attributaire provisoire a produit un agrément technique T4+H (arrêté n°2018-0033/MI/SG/DGESS du 26 décembre 2018) ; que, cependant, l'autorité contractante doit poursuivre la vérification de son authenticité et tenir informé l'ORD ;

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 sous réserve des résultats de la vérification en cours ;

par ces motifs ;

#### **DECIDE :**

**-qu'il est compétent ;**

**-que le recours de la société CHAABANE & Cie 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 la plainte de la société CHAABANE & Cie n'est pas fondée ; que l'offre du groupement CGE/SEFIANI a été régulièrement déclarée « substantiellement conforme » au regard des dispositions du DAO et de l'avis de non objection RHA/BURKINA/BFAO149/VOL1/0503/2019 du 05 mars 2019 produit par la Banque Islamique de Développement (BID) ; qu'il a également produit un agrément technique T4+H (arrêté n°2018-0033/MI/SG/DGESS du 26 décembre 2018) ; que, cependant, l'autorité contractante doit poursuivre la vérification de son authenticité et tenir informé l'ORD ;**

**-qu'il sied de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres international pour la réalisation des travaux d'aménagement, de bitumage et d'assainissement de la succession de rue (30.215, 29.253 et 28.201), sous réserve de la vérification en cours de l'agrément de l'entreprise CGE ;**

**-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 11 avril 2019

Le Président de séance

**Charles SAWADOGO**  
*Chevalier de l'Ordre du Mérite*