

DECISION N°2019-L0123/ARCOP/ORD

sur recours du groupement ALLIANCE CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD 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 Donsin (MOAD).

**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 24 avril 2019 du groupement ALLIANCE CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD 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 Mathurin KONE, membre de l'ORD ;
- Monsieur Moussa TRAORE, membre de l'ORD ;
- Messieurs B. Adama OUEDRAOGO, Y. Ferdinand KINDA et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Maître Moumouni GNESSIEN, Messieurs Aly PORGO, Moussa OEUDRAOGO, Abdoul OUEMI et Michael GUIRE, respectivement conseil, Directeur général, cogérant et agents du groupement ALLIANCE CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs W. Pascal KIMA, Béguibié IDO, Fayçal OUEDRAOGO et Passabamba OUEDRAOGO, respectivement personne responsable des marchés, agent et ingénieurs de la MOAD ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Clément TOE, Cyrille NEYA et Jules KARAMBIRI, respectivement Directeur général, juriste et ingénieur du groupement GED/MRI ;

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 ouvert international n°2018-001/PM/SG/MOAD/PRM pour les travaux d'éclairage public des voies d'accès de l'aéroport de Donsin ;

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 l'Observateur Paalga du mardi 23 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 dans le quotidien l'Observateur Paalga n°9838 du mardi 23 avril 2019 et que le délai de recours auprès de l'ORD ou de l'autorité contractante courait jusqu'au 25 avril 2019 ; que le groupement ALLIANCE CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD a saisi l'ORD par lettre en date du 24 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 ;

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

AU FOND :

sur les faits,

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

la Commission d'attribution des marchés (CAM) avait déclaré l'offre du groupement ALLIANCE CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD non conforme ; que cette décision avait été infirmée par l'ORD à travers la décision n°2019-L0019/ARCOP/ORD du 22 janvier 2019 ; que, par conséquent, la CAM a réattribué le marché au groupement GED/MRI dont l'offre a été déclarée conforme et moins disante ;

le requérant conteste cette décision de la CAM aux motifs qu'elle lèse manifestement ses intérêts légitimes, en ce sens qu'elle attribue provisoirement le marché au groupement GED/MRI ; que cela résulte d'une mauvaise application de la décision sus citée ; qu'en effet, à la première publication des résultats provisoires, l'offre du groupement GED/MRI avait été déclarée non conforme pour avoir fourni un agrément de catégorie R3 au lieu de R4 ; que si l'absence de l'agrément R4 n'entraîne pas le rejet de l'offre au stade de l'examen préliminaire au sens de l'article 31.1 des instructions aux candidats, toute attribution du marché en est conditionnée par son obtention ; que la décision de l'ORD du 22 janvier 2019 n'ayant pas remis en cause l'exigence de l'agrément technique R4, l'autorité contractante devrait, au regard des articles 32, 34 et 35 des instructions aux candidats s'assurer que l'offre le groupement GED/MRI est conforme au regard des critères d'évaluation dont l'agrément R4 ;

qu'en effet, la mise en œuvre de la décision n°2019-L0019/ARCOP/ORD du 22 janvier 2019 ne saurait transformer l'agrément R3 du groupement GED/MRI en agrément R4 étant donné qu'il n'a pas contesté le grief qui lui avait été reproché ;

qu'en outre, l'offre du groupement GED/MRI est passé de 683 524 101 FCFA TTC à la première publication dans le quotidien des marchés publics du mardi 23 janvier 2019 à 5 683 524 101 FCFA TTC dans les présents résultats ; que cela met en péril le principe de la transparence du processus de passation des marchés publics consacré par l'article 7 de la loi n°039/AN du 02 décembre 2016, portant réglementation générale de la commande publique ;

qu'en ce qui le concerne, il estime que son offre est recevable et conforme en ce que ses attestations d'agréments de catégorie R4 ont été délivrées à l'autorité contractante avant la délibération de la CAM ;

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

sur la discussion,

considérant qu'il ressort de la décision n°2019-L0019/ARCOP/ORD du 22 janvier 2019 que : *« 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 certificats 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 évaluée la moins disante » ;

considérant qu'il s'agit à ce stade de la procédure de s'assurer de la mise en œuvre effective de ladite décision ;

considérant que la CAM a noté que les présents résultats provisoires constituent une suite logique de la décision du 22 janvier 2019 ; que la compréhension qu'elle a eu de ladite décision est qu'il fallait tenir compte principalement des références similaires pour attribuer le marché ; qu'ainsi, elle n'a plus tenu compte de l'agrément technique qui avait été requis ; que sa position se justifie dans la mesure où l'entreprise SINHOHYDRO CORPORATION LTD, précédemment attributaire provisoire ne dispose pas d'un agrément en matière énergétique ; que l'interprétation extensive dont fait cas l'ORD dans sa décision suppose qu'une entreprise nationale peut être déclarée attributaire du marché même si elle ne dispose pas de l'agrément requis, si l'on prend en compte ses expériences similaires ; que la consistance des références similaires du groupement GED/MRI a convaincu la CAM de lui attribuer le marché ;

que, par ailleurs, exiger l'agrément dans cette procédure et déclarer l'offre du requérant conforme constituerait une violation de la réglementation en vigueur ; qu'en effet, l'agrément ne peut être fourni après l'ouverture des plis car le principe du complément des pièces administratives exclut l'agrément technique de son champ d'application ;

considérant que le requérant en plus des arguments ci-dessus développés a noté que l'autorité contractante ne saurait faire fit de l'exigence de l'agrément qui est capitale dans ce dossier ; que ce n'est ni le lieu, ni le moment de refaire le débat sur la possibilité ou non de compléter l'agrément dans l'offre ; que la décision querellée a même fait l'objet de contestation par le précédant attributaire provisoire devant le tribunal administratif qui l'a débouté en confirmant la décision de l'ORD en toute ses dispositions ;

considérant que l'attributaire provisoire soutient que la CAM a bien mis en œuvre la décision du 22 janvier 2019 ; que la compréhension de la CAM de la décision de l'ORD est la meilleure ; qu'au regard de ses expériences dans le domaine et de sa compétence qui n'est plus à démontrer, le marché doit lui être attribué ; que la différence, entre l'agrément R3 dont il est titulaire et l'agrément R4 est mineur et ne saurait l'empêcher de réussir l'exécution du contrat ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que l'interprétation extensive des critères de qualification à l'égard des entreprises nationales dont fait cas la décision sus citée en disposant 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 », ne doit pas conduire à écarter l'exigence de l'agrément R4 dans cette procédure ; qu'en effet l'article 37 du décret 2017-0049 ci-dessus cité dispose que : « (...) **un agrément doit être requis s'il en existe dans le domaine concerné et s'il n'est pas contraire à l'accord de financement** » ; qu'en aucun cas, ce marché ne saurait être attribué sans tenir compte de l'agrément requis ; que cela n'a jamais été l'esprit, ni la lettre de la décision ci-dessus citée ; qu'il ressort clairement de ladite décision 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'il s'agit des conditions dans lesquelles se trouvait le groupement ALLIANCE CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD ; qu'en effet, toute entreprise ayant fait la preuve des démarches pour l'obtention de l'agrément requis et l'a produit par la suite avant la délibération de la CAM doit être prise en compte ; qu'ainsi donc, en déclarant l'offre du groupement GED/MRI conforme bien qu'il ne dispose pas de l'agrément et n'a pas fait la preuve d'une quelconque démarche pour son obtention, la CAM a mal interprété la décision de l'ORD ;*

que, par ailleurs, l'ORD note que la CAM a reconnu que les montants concernant le groupement GED/MRI contiennent des erreurs ; qu'il s'agit de 5 683 524 101 FCFA au lieu de 683 524 101 FCFA ; que lesdits montants sont consignés dans la synthèse des résultats provisoires ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et d'infirmier ainsi les résultats provisoires en renvoyant la CAM à faire une bonne application de sa précédente décision du 22 janvier 2019 ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours du groupement ALLIANCE CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD 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 du groupement ALLIANCE CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD est fondée ; que la décision n°2019-L0019/ARCOP/ORD du 22 janvier 2019 n'a pas été régulièrement mise en œuvre ; que l'interprétation extensive ne doit pas conduire à écarter l'exigence de l'agrément R4 ; qu'en effet, toute entreprise ayant fait la preuve de démarches pour l'obtention de l'agrément requis et l'a produit par la suite avant la délibération de la CAM doit être prise en compte ;

-d'infirmes les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international n°2018-001/PM.MOAD/PRM pour les travaux d'éclairage public des voies d'accès de l'aéroport de Donsin en renvoyant la CAM à faire une bonne application de sa précédente décision du 22 janvier 2019 ;

-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 26 avril 2019

Le Président de séance

Charles SAWADOGO
Chevalier de l'Ordre du Mérite