

DECISION N°2019-L0128/ARCOP/ORD

sur recours de ENG SARL relatif à l'approbation du contrat et de la délivrance de l'ordre de service dans le cadre de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2018/006/AOOA/FASO BAARA SA pour la construction d'infrastructures diverses dans les régions des Hauts-Bassins, de la Boucle du Mouhoun, du Centre Est et du Nord au profit du Ministère de la Sécurité.

**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 procédure 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 30 avril 2019 de ENG SARL relative à l'approbation du contrat et de la délivrance de l'ordre de service dans le cadre de l'appel d'offres ouvert accéléré ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Monsieur Sylvestre OUEDRAOGO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Dieudonné SOUDRE, membre de l'ORD ;
- Messieurs Moïse BAKORBA et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Madame W. Carine OUEDRAOGO, Messieurs Adama GNEGNE et Saïdou OUEDRAOGO, respectivement Juristes et Gérant de ENG SARL ;
- au titre de l'autorité contractante, Madame Diane Marie SOMA, Spécialiste en passation des marchés de l'agence FASO BAARA SA ;

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 ouvert 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 le recours concerne l'approbation du contrat et la délivrance de l'ordre de service dans le cadre de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2018/006/AOOA/FASO BAARA SA pour la construction d'infrastructures diverses dans les régions des Hauts-Bassins, de la Boucle du Mouhoun, du Centre Est et du Nord au profit du Ministère de la Sécurité ;

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 27 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique sus visée, les plaintes des candidats, soumissionnaires et attributaires, peuvent dans la phase de passation, porter sur : « (...) le refus de visa ou d'approbation des contrats (...) » ;

que les résultats provisoires qui donnaient l'entreprise ENG attributaire provisoire dudit marché ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2488 du mardi 15 janvier 2019 ;

considérant que l'article 126 du décret 2017-0049 ci-dessus cité dispose que : « (...) les autorités contractantes observent un délai minimum de sept (07) jours ouvrables après la publication mentionnée à l'article précédent avant de procéder à la signature du marché et de le soumettre à l'approbation des autorités compétentes » ;

qu'à ce jour, plus de trois (03) mois se sont écoulés et que tous les délais de recours se sont expirés sans que l'autorité contractante n'ait engagé la procédure formelle de contractualisation ; que cela pourrait s'analyser comme une faute de l'Administration ;

qu'il en découle donc que le requérant est fondé dans la forme à contester l'inaction de l'autorité contractante ;

considérant que ENG SARL a saisi l'ORD par lettre en date du 30 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,

l'agence FASO BAARA SA a lancé l'appel d'offres ouvert accéléré n°2018/006/AOOA/FASO BAARA SA pour la construction d'infrastructures diverses dans les régions des Hauts-Bassins, de la Boucle du Mouhoun, du Centre Est et du Nord au profit du Ministère de la Sécurité ;

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 ; lesdits résultats ont fait l'objet d'une contestation à l'issue de laquelle l'ORD a confirmé les résultats de la commission d'attribution des marchés (CAM) par décision n°2019-L0021/ARCOP/ORD du 22 janvier 2019 ;

le requérant demande l'accomplissement des formalités nécessaires pour la conclusion du marché, ce d'autant plus qu'il a adressé deux correspondances en date du 26 mars et du 11 avril 2019 au Directeur Général de l'Agence FASO BAARA SA qui sont restées sans suite ;

il sollicite donc de l'ORD l'approbation du contrat et la délivrance de l'ordre de service afin de le rétablir dans ses droits ;

sur la discussion,

considérant que l'autorité contractante a noté que son inaction est due au fait que le marché a été attribué en hors enveloppe ; qu'en effet, le cadre de devis qui a été mis dans le dossier d'appel à concurrence a des quantités plus grandes que celles du cadre de devis réel sur certain postes ; que la différence est estimée à plus de 187 millions de francs CFA sur l'ensemble des lots attribués ; qu'au départ, les techniciens avaient analysé cet écart comme des ajustements ; qu'au regard de cette différence dans les quantités qui devraient normalement être exécutées, elle s'était réservée le droit de notifier le marché ; qu'à ce stade, aucune entreprise n'a été

notifiée car le problème concerne tous les cinq lots ; que la situation telle que décrite n'est pas formellement traitée par la réglementation en vigueur ; que finalement, n'ayant pas de solution, elle avait décidé de notifier le marché, mais au regard de la plainte elle a suspendu le processus ;

considérant que le requérant soutient que la position de l'agence FASO BAARA SA ne s'explique pas ; qu'il ne peut y avoir d'attribution hors enveloppe car les besoins sont planifiés bien avant ; qu'il dispose d'informations tendant à dire que d'autres entreprises ont été notifiées ; qu'au départ, il lui avait été dit que les plans ont été redimensionnés ; que les redimensionnements ont créé une baisse de plus de 44 millions de francs CFA sur son marché ; qu'au regard de ses expériences, il ne saurait s'engager sur le nouveau montant qui lui a été communiqué par la CAM pour l'exécution de cette prestation ;

considérant que la CAM rétorque que seulement des projets de contrats ont été envoyés à des entreprises en attendant qu'une solution soit trouvée au problème ; qu'aucune négociation n'est possible à ce stade de la procédure avec les entreprises ; qu'elle hésitait à notifier le marché car les entreprises se retrouveraient dans des situations difficiles au regard des montants de l'enregistrement du marché et de la caution de bonne exécution ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé qu'il est constant que les quantités du cadre de devis du dossier d'appel à concurrence sont plus élevées que les quantités réelles sur le terrain à certains postes tel que la CAM l'a démontré ; que ce problème de cadre de devis crée un déficit de financement des marchés de plusieurs millions ; que cependant, l'inaction de l'autorité contractante ne s'explique pas dans la mesure où elle a l'obligation de répondre aux correspondances qui lui sont adressées ; que la difficulté liée aux différents cadres de devis peut être corrigée dans la mesure où le marché à conclure est à prix unitaire ; qu'en effet, l'article 5 du décret 2017-0049 dispose que : « le marché à prix unitaire est celui où le règlement est effectué en appliquant les prix unitaires du bordereau aux quantités réellement livrées ou exécutées (...) » ; qu'ainsi l'autorité contractante pourra notifier le marché au requérant, cependant elle devra prendre toutes les dispositions en termes de suivi contrôle afin que les quantités réellement exécutées soient payées ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée ;

par ces motifs ;

DECIDE:

-qu'il est compétent ;

-que le recours de ENG SARL est recevable ;

-que l'appel d'offres ouvert accéléré reste soumise 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 ENG SARL est fondée ;

-que le marché à conclure étant à prix unitaire, le problème d'erreur sur le devis évoqué par FASO BAARA SA ne saurait prospérer ;

-d'enjoindre à FASO BAARA SA d'accomplir les formalités d'approbation du marché attribué à ENG SARL dans le cadre de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2018/006/AOOA/FASO BAARA SA pour la construction d'infrastructures diverses dans les régions des Hauts-Bassins, de la Boucle du Mouhoun, du Centre Est et du Nord au profit du Ministère de la Sécurité ;

-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 06 mai 2019

Le Président de séance

Amado OUEDRAOGO

Chevalier de l'ordre du mérite de la santé et de l'action sociale