

**DECISION N°2019-L0147/ARCOP/ORD**

sur demande de retrait de la SCPA LEGALIS, agissant au nom et pour le compte du groupement GED/MRI, de la décision n°2019-L0123/ARCOP/ORD du 26 avril 2019, rendue suite au 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.MOAD/PRM pour les travaux d'éclairage public des voies d'accès de l'aéroport de 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/MENEFID du 01 février 2017 portant attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;
- Vu** le décret n°2017-0049/PRES/PM/MENEFID 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/MENEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;
- Sur** demande de retrait par lettre en date du 09 mai 2019 du groupement GED/MRI contre la décision n°2019-L0123/ARCOP/ORD du 26 avril 2019 ;

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

en présence de :

- Monsieur Aly SANOU, 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, Maître Batibié BENAO, Messieurs Clément TOE et Stéphane Cyrille NEYA, respectivement Avocat, Mandataire et Juriste du groupement GED/MRI ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Fayçal Ouédraogo et Beguibié IDO, respectivement Technicien et agent de la MOAD ;
- Maître Moumouni GNESSIEN et Monsieur Moussa OUEDRAOGO, respectivement Avocat et Cogérant du groupement ALLIANCE CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD (précédemment requérant) ;

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/MENEFID 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/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 ci-dessus visé, l'ORD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ; que, par ailleurs, l'article 39 alinéa 1<sup>er</sup> du décret n°2017-0050 ci-dessus visé dispose que les décisions de l'ORD, en tant qu'actes administratifs, sont susceptibles de retrait dans un délai de quinze (15) jours ouvrables à compter de leur prononcé ;

considérant que le groupement GED/MRI a saisi l'ORD à l'effet de voir retirer sa décision rendue en sa séance du 26 avril 2019 suite au 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 ci-dessus cité ;

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 39, alinéa 1 du décret n°2017-0050 ci-dessus visé, « Les décisions de l'Organe de règlement des différends sont exécutoires dès leur prononcé sauf en cas de retrait dans les quinze (15) jours ouvrables suivant la date de prononcé de celles-ci » ;

considérant que la décision attaquée est intervenue le 26 avril 2019 ; que le délai pour introduire une demande de retrait auprès de l'ORD courait jusqu'au 20 mai 2019 ; que le groupement GED/MRI a saisi l'ORD par lettre en date du 09 mai 2019 ; qu'il apparaît que la condition de délai susmentionnée a été respectée par le requérant ;

qu'en conséquence, la demande de retrait est recevable et mérite d'être appréciée au fond ;

**AU FOND :**

**sur les faits,**

la Maitrise d'ouvrage de l'Aéroport de Donsin (MOAD) a lancé 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 ;

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 ; cette décision avait été infirmée par l'ORD à travers la décision n°2019-L0019/ARCOP/ORD du 22 janvier 2019 ; par la suite, la CAM a réattribué le marché au groupement GED/MRI dont l'offre avait été déclarée conforme et moins disante ; cette décision a encore fait l'objet d'un recours devant l'ORD par le groupement ALLIANCE CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD qui reprochait à la CAM une mauvaise application de la décision n°2019-L0019/ARCOP/ORD du 22 janvier 2019 ; à la suite de ce recours, l'ORD dans sa décision n°2019-L0123/ARCOP/ORD du 26 avril 2019 avait infirmé les résultats rectificatifs de l'appel d'offres ci-dessus cité et renvoyé la CAM à une meilleure mise en œuvre de la décision querellée ;

le requérant demande le retrait de cette dernière décision en date du 26 avril 2019 et argue qu'elle est en totale contradiction avec la première ; qu'en effet, la première décision de l'ORD ne remet pas en cause le principe de l'interprétation extensive opérée par la CAM ; que si elle décide de le faire, elle doit l'appliquer à tous les soumissionnaires dans le souci du respect du principe d'égalité de traitement ; qu'ensuite, l'interprétation extensive doit permettre de prendre en compte les compétences réelles des soumissionnaires attestées par des expériences similaires, la capacité financière et certaines certifications ISO ; qu'en plus, c'est en tenant compte de l'interprétation extensive donnée par l'ORD que la CAM a déclaré les offres de SINOHYDRO CORPORATION, du groupement ALLIANCE CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD et du groupement GED/MIR techniquement conformes ; que cependant, en affirmant dans la seconde décision que l'interprétation extensive ne doit pas conduire à écarter l'agrément R4, l'ORD dit clairement que tous les soumissionnaires doivent formellement disposer de cet agrément, et trahit en conséquence sa première décision ;

le requérant estime que la décision n°2019-L0123/ARCOP/ORD du 26 avril 2019 manque de base légale quant à l'appréciation de l'exigence de l'agrément ; ainsi, l'affirmation de l'ORD selon laquelle « 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 » est sans base légale ; que cette position de l'ORD est fondée sur une interprétation erronée de l'article 31.1 des Instructions aux candidats car l'agrément technique ne saurait être assimilé à une simple pièce administrative qui peut être complétée à tout moment jusqu'à la

délibération de la CAM ; ainsi, si l'interprétation extensive n'exclut pas l'exigence de l'agrément, il aurait fallu que la CAM déclare irrecevables toutes les offres étant donné qu'aucun soumissionnaire n'avait réussi à produire l'agrément R4 à l'ouverture des plis, dès lors la décision mérite d'être retirée sur ce point ;

en outre, conformément à l'article 2 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 qui définit le principe d'égalité de traitement comme « l'absence de discrimination dans la procédure de passation des marchés et des délégations de service public », le fait de permettre à un soumissionnaire de produire l'agrément en question à tout moment jusqu'à la délibération de la CAM remet en cause le principe d'égalité de traitement, car si la CAM admet une telle possibilité, elle a l'obligation d'informer les autres soumissionnaires, à défaut, il y a rupture d'égalité entre les soumissionnaires en violation de l'article 2 de la loi 039-2016 sus citée ; en conséquence, l'ORD en affirmant que « toute entreprise ayant 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 », méconnaît un principe que lui-même qualifie de sacro-saint et sa décision mérite également d'être retirée sur ce second point ;

enfin, même si l'on suit la logique de l'ORD selon laquelle, il est possible de compléter l'agrément R4 jusqu'à la délibération, il convient de constater que le groupement ALLIANCE CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD qui a contesté la conformité de son offre pour défaut d'agrément R4 n'avait pas non plus fourni cet agrément à la date de délibération de la CAM, le 26 décembre 2018 ; qu'il a plutôt envoyé à la CAM une attestation provisoire et non un agrément R4 ; qu'il n'a reçu l'agrément R4 qu'en janvier 2019, il n'a donc pas pu le produire à la date du 26 décembre 2018 ;

en conséquence, il sollicite de l'ORD le retrait de cette décision ;

#### **sur la discussion,**

considérant que l'ORD avait relevé dans sa décision n°2019-L0123/ARCOP/ORD du 26 avril 2019 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 » ;*

considérant que le requérant en plus de ses arguments ci-dessus développés note que l'article 5 de la loi n°014-2014/AN portant réglementation générale du secteur de l'énergie définit l'agrément comme l'accord préalable pour l'exercice des activités connexes au secteur de l'énergie ; que l'article 3 de l'arrêté n°14/248/MME/SG/DGE portant fixation des conditions d'obtention de l'agrément technique de la profession d'entrepreneur de réseaux ou de centrales électriques dispose que : « l'exercice de la profession d'entrepreneur de travaux de réseaux et de centrale électrique est conditionnée par l'obtention préalable d'un agrément technique » ; que l'article 4 du même décret dispose que : « seules les personnes physiques ou morales ayant l'agrément technique peuvent soumissionner aux marchés publics de travaux de réseaux et de centrales » ; que l'article 8 dudit décret de renchérit que : « seules les personnes physiques ou morales disposant d'un agrément technique délivré par le Ministre en charge de l'énergie peuvent exécuter des travaux électriques ou électromécaniques lancés par l'Etat ou ses démembrements » ; que partant de toutes ces dispositions ci-dessus citées et au regard du fait que l'attestation provisoire fourni par le groupement ALLIANCE CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD a été signé par le Directeur général des énergies renouvelables, la décision de l'ORD n'a aucune base légale ; qu'il n'existe nulle part dans la réglementation un titre provisoire intermédiaire en matière d'énergie ; qu'en définitif, il soutient qu'il ne fera pas les démarches pour l'obtention de l'agrément R4 car il n'est pas lié à ce appel d'offres ;

considérant que la CAM a soutenu l'ensemble des arguments développés par le requérant ; qu'elle ajoute que l'agrément du groupement ALLIANCE CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD date du 07 janvier 2019 et la délibération a eu lieu le 26 décembre 2018 ; qu'au regard des dates, il est impossible que l'agrément ait été fourni avant sa délibération ; que la décision de l'ORD mérite d'être retirée ;

considérant que le groupement ALLIANCE CO SARL/STATION ENERGY BURKINA SARL/SHENZHEN FARAD ELECTRIC CO.LTD fait observer qu'il avait l'agrément au moment où la CAM délibérait ; que l'objectif recherché par une telle exigence, c'est de ne pas commencer les travaux sans avoir obtenu l'agrément ; que dans tous les cas, ces questions ont déjà été débattues et que même le juge administratif a confirmé la décision 2019-L0019ARCOP/ORD du 22 janvier 2019 par ordonnance n°006-2 du 27 février 2019 ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que tous les points évoqués par le requérant avaient fait l'objet de débats et d'analyses à l'occasion de la prise de la décision dont le retrait est ici demandé ;

qu'aucun élément nouveau n'a été produit par le requérant pour le convaincre de retirer sa décision ; que, dans ces conditions, la demande de retrait ne peut prospérer ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la demande de retrait du groupement GED/MRI n'est pas fondée ;

par ces motifs ;

#### **DECIDE :**

**-qu'il est compétent ;**

**-que la demande de retrait de la SCPA LEGALIS, agissant au nom et pour le compte du groupement GED/MRI, est recevable ;**

**-que l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;**

**-que la demande de retrait de la SCPA LEGALIS, agissant au nom et pour le compte du groupement GED/MRI, n'est pas fondée ; que le requérant n'a pas fourni d'éléments tendant à démontrer des motifs d'illégalité de la décision contestée ou à soulever des éléments nouveaux de l'affaire ;**

**-de confirmer la décision n°2019-L0123/ARCOP/ORD du 26 avril 2019, rendue suite au 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.MOAD/PRM pour les travaux d'éclairage public des voies d'accès de l'aéroport de 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 partout où besoin sera.**

Ouagadougou, le 14 mai 2019

Le Président de séance

**Ibrahim SOKOTO**