

**AUTORITE DE REGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

BURKINA FASO

**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

UNITE – PROGRES – JUSTICE

DECISION N°2019-L0333/ARCOP/ORD

sur recours des groupements SEG-NA BTP/VAMOUISS GLOBAL SERVICE, SUD SERVICES SARL/MONDIAL TRANSCO et de ECONBA/TTM SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2019-01/RSUO/CR/PRM pour des travaux de réhabilitation de la piste de Gaoua (emb.Gongonbili).

**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 lettres en date du 07 août 2019 des groupements SEG-NA BTP/VAMOUISS GLOBAL SERVICE, SUD SERVICES SARL/MONDIAL TRANSCO et de ECONBA/TTM SARL 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 Idrissa OUATTARA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Sylvestre OUEDRAOGO, membre de l'ORD ;
- Messieurs Modeste YAMEOGO et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :
 - Messieurs Théophile BATAKO, Solemane YABAO, Idrissa COMPAORE et Alzouma YONLI, respectivement Chargé de Mission, Collaborateur et Agents du groupement SEG-NA BTP/VAMOUISS GLOBAL SERVICE ;

- Messieurs Cyrille NEYA et Ibraïma OUEDRAOGO, respectivement Juriste et Agent du groupement ECONBA/TTM SARL ;
 - Madame Karidiatou KONE et Monsieur Saïdou OUEDRAOGO, respectivement Juristes du groupement SUD SERVICES SARL/MONDIAL TRANSCO ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Kodjan HIEN et Gbonhité KAM, respectivement DAF et PRM du Conseil régional du Sud-Ouest ;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

rend la présente décision fondée sur la régularité des 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 les recours concernent la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres n°2019-01/RSUO/CR/PRM pour des travaux de réhabilitation de la piste de Gaoua (emb.Gongonbili) ;

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

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 susvisée « 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 ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien n°2631-2632 du vendredi 02 au lundi 05 août 2019, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mercredi 07 août 2019 ; que les groupements SEG-NA BTP/VAMOUISS GLOBAL SERVICE, SUD SERVICES SARL/MONDIAL TRANSCO et de ECONBA/TTM SARL ont saisi l'ORD par lettres en date du mercredi 07 août 2019 ; que, par ailleurs, les recours sont conformes 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 les déclarer recevables ;

AU FOND:

sur les faits,

le Conseil régional du Sud-Ouest a lancé l'appel d'offres n°2019-01/RSUO/CR/PRM pour des travaux de réhabilitation de la piste de Gaoua (emb.Gongonbili) ;

la Commission régionale d'attribution des marchés (CRAM) a déclaré l'offre du groupement SEG-NA BTP/VAMOUISS GLOBAL SERVICE non conforme au DAO aux motifs que sa caution de soumission n'est pas conforme à la convention du groupement qui désigne Monsieur Alzouma YONLI, compte N°002002 de Microfinance FADIMA, Gérant de l'Entreprise VAMOUISS GLOBAL SERVICE, comme mandataire du groupement ; que, cependant, Monsieur Alzouma YONLI est représenté par Monsieur Rasmané SEGDA, non membre du groupement et titulaire d'un autre compte N°00100695 de Microfinance FADIMA ;

que concernant le groupement SUD SERVICES SARL/MONDIAL TRANSCO, il lui est reproché l'absence de la liste de matériel notariée telle que spécifiée dans le DAO ; qu'il y a une insuffisance de chiffre d'affaires (non original) avec une moyenne de 396 544 928 FCFA au cours des trois (03) dernières années fournies au lieu de 590 000 000 pour MONDIAL TRANSCO, mandataire du groupement ; que l'Entreprise SUD-SERVICE SARL a présenté des états financiers non légalisés de la République du Mali sans le chiffre d'affaires certifié ;

quant au groupement ECONBA/TTM SARL, il lui est reproché un double engagement du Directeur des travaux, TALL Abdel Aziz qui est engagé simultanément dans le même poste au niveau de l'Entreprise GÉSeB SA.s depuis 07

ans) ; que la liste du matériel notariée n'a pas été fournie ; que l'objet du projet est la réalisation de 08 km dans la région des cascades au lieu 13,8km dans la région du Sud-ouest sur la ligne de crédit ;

les requérants contestent cette décision de la CRAM :

le groupement SEG-NA BTP/VAMOUISS GLOBAL SERVICE explique que, par lettre sélective n°2019-05/RSUO/CR/PRM du 24/06/2019 P1*, Monsieur la Personne Responsable de la Commission d'attribution des marchés du Conseil régional du Sud-ouest le sommait uniquement sous 72 heures de lui fournir les documents originaux afférents à la mise en circulation du matériel proposé à l'exécution du projet mis en concurrence ; que le 26 juin 2019, par bordereau d'envoi n°2019-009/grsena-vamous/m.btP2*, il transmettait les documents tout en souhaitant que la même requête soit soumise aux neuf (09) autres entreprises concurrentes dans sa correspondance ; qu'à la réception des pièces, la Personne Responsable des Marchés publics lui a signifié que, quoi qu'il fasse, il allait revenir à une autre compétition car sa caution de soumission n°00991/GS/MZ2019 n'est pas conforme ; que c'est ainsi, qu'il a demandé une confirmation de caution par lettre n°2019-010/grsena-vamous/m.btP3* en date du 27 juin 2019 au banquier ; que le banquier a répondu positivement par lettre en date du 27 juin 2019 P4* ; que la Personne Responsable des marchés publics refuse de recevoir cette lettre sous prétexte qu'il ne lui a jamais demandé cette confirmation ; qu'il est victime, d'un acharnement inégalé par cette commission dans cette procédure ; qu'ainsi la commission a manqué à son principe de transparence, de liberté d'accès et d'égalité de traitement qui est l'un des trois piliers du droit des marchés publics et au-delà du droit des contrats de la commande publique ;

quant au groupement SUD-SERVICE SARL/MONDIAL TRANSCO, il soutient que la liste de matériels est une exigence excessive du dossier ; que nulle part, dans le dossier d'offres type, il n'est fait exigence de liste de matériels notariée ; qu'il s'agit d'une mention nulle et de nul effet ; que cette exigence ne saurait être retenue dans le cadre de l'évaluation des offres (cf. circulaire n°194/ARMP/CR du 06/2019) ; que cette exigence abusive concerne les soumissionnaires qui décident de joindre à leur offre une liste notariée de matériel uniquement ; qu'à ces derniers, il est fait obligation de produire également toutes les pièces justificatives car la liste notariée seule ne suffit pas à faire la preuve de la disponibilité ou la possession du matériel ; que, par conséquent, son offre ne doit pas être écarté sur ce point, car il a fourni toutes les pièces justificatives exigées ; que concernant le motif de l'insuffisance de chiffre d'affaires (non original) de Mondial TRANSCO SARL et du chiffre d'affaires non certifié de l'Entreprise SUD-SERVICE SARL, qu'il rappelle que les deux sociétés sont en groupement du fait de l'insuffisance du chiffre d'affaires de chaque membre pris individuellement ; que le montant global des chiffres d'affaires des deux membres du groupement est largement suffisant pour satisfaire à cette exigence ; que ce grief résulte de la non prise en compte du chiffre d'affaires de SUD SERVICE SARL, de nationalité malienne ;

qu'en effet, son chiffre d'affaires a été certifié par un comptable agréé conformément à la législation malienne et non délivré par le service des impôts (cf. acte sous seing privé du Directeur général de SUD-SERVICE SARL) ; qu'on en déduit que le principe de la reconnaissance mutuelle en matière de la commande

publique a été violé et en méconnaissance de l'affaire « imprimerie BETA-MENA en 2015 et de la décision n°2015-337/ARCOP/ORAD du 25/08/2015 ; que dans une affaire identique, dans le cadre de l'appel d'offres ouvert n°2017-00133/MI/SG/DMP pour les travaux d'aménagement d'environs quatre cents (400) km de pistes rurales dans dix (10) régions du Burkina, l'ORD/ARCOP avait déclaré la plainte fondée sur ce point suivant la décision n°2017-0493/ARCOP/ORD du 24 juin 2017 ;

que, sur la non légalisation des états financiers de SUD-SERVICE SARL et du chiffre d'affaires (non original) de Mondial TRANSCO SARL, l'exigence de l'original du chiffre d'affaires n'a pas de base légale ; que ni les IC ni les DPAO encore moins les formulaires n'exigent que le soumissionnaire produise l'original du chiffre d'affaires ; que ce qui signifie qu'une copie légalisée est valable et ne saurait être un motif de rejet ; qu'en rappel dans le cadre du recours en contestation de la SCPA THEMIS-B, agissant au nom et pour le compte de la société Global Afrique constructions SA, contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2017-001/SONABHY/CEIA-MOADDG/DT pour la réalisation des travaux de construction /réhabilitations de routes d'ouvrages, d'art et d'aménagement divers au profit de la SONABHY à Bingo (lot 2), l'ORD/ARCOP a tranché suivant sa décision n°2017-0923/ARCOP/ORD du 09 novembre 2017 en indiquant qu'une simple copie du chiffre d'affaires suffisait car le DAO n'en n'exigeait pas autrement ; que quant à la légalisation des états financiers de SUD-SERVICE SARL, que ni le DAO, ni la législation malienne n'exige que les états financiers des entreprises soient légalisés ; que, pour sa part, il a produit des états financiers certifiés conformes par un comptable agréé et légalisés par une autorité compétente, le 17 mai 2019 ; qu'au sujet de Mondial TRANSCO SA de nationalité burkinabé, il plaira à l'ORD de constater après vérification qu'il a fourni un chiffre d'affaires légalisé en mai 2019 ;

le groupement ECONBA/TTM SARL soutient que les griefs retenus contre son offre sont insuffisants, non fondés et ne sauraient, en conséquence, être des motifs sérieux et valables de rejet de celle-ci ; que sur l'incohérence de l'objet de l'appel d'offres sur la ligne de crédit, que la mention 08 km dans la région des cascades au lieu 13,8 km dans la région du sud-ouest est une erreur de « copier-coller » de la Microfinance MUFEBE-B ; qu'elle lui a établi une ligne de crédit dans le cadre de l'appel d'offres ouvert accéléré N°2019-01RCAS/CRSG/PRM du 26/03/2019 portant d'aménagement de 08 km de pistes rurales dans la région des Cascades, mb RN17 karfiguela, barrière de pluie (ci-joint l'attestation de la ligne de crédit) ; que le grief de la CRAM l'amène se demander si elle remet pas en cause la validité de la ligne de crédit ; que la mention de l'appel d'offres « Appel d'offres ouvert N°2019-01/RSUO/CR/PRM du 05/02/2019 » est exacte ; qu'elle contient tous les éléments essentiels pour sa validité et renvoie à l'objet unique, surtout qu'il n'y a pas plusieurs lots dans le présent appel à concurrence ; que l'incohérence entre l'objet de l'appel d'offres et son numéro exact ou nomenclature ne saurait être un motif sérieux de rejet de son offre dans la mesure où le montant de la ligne de crédit, son bénéficiaire et la condition d'être attributaire du marché sont exacts, non équivoques et constituent un engagement ferme d'accompagnement financier du MUFEBE-B ; que la position de l'ORD est constante et abondante sur ce point ; qu'en témoignent, les décisions n°2015-163/ARCOP/ORAD du 02/06/2015 et n°2015-272/ARCOP/ORAD du 23/07/2015 ; qu'il s'agit d'une erreur matérielle, mineure, qui n'entache pas la validité de la ligne de crédit ; qu'il tient à rappeler

que la MUFUBE-B a corrigé cette mention erronée et a même transmis la version corrigée à la CRAM le 19/07/2019 ;

que, sur l'absence de liste notariée du matériel, il estime avoir satisfait à l'exigence du DAO en produisant la liste du matériel, toutes les pièces justificatives et les renseignements sur les formulaires ; que, sur le grief tiré du double engagement du Directeur des travaux, il estime qu'au regard de leurs qualifications et compétences cumulées, la nature de leurs activités, les Directeurs des travaux peuvent être à cheval entre plusieurs chantiers ; que la permanence y est relative sans oublier qu'il y a des conducteurs de travaux et chefs de chantier ; que même si, ce double engagement était avéré, il ne saurait constituer un grief sérieux et suffisant à mesure d'écarter son offre ; qu'en effet, en cas attribution du marché, la personne concernée ne travaillera qu'avec le seul titulaire du marché ;

ils sollicitent donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de les rétablir dans leurs droits ;

sur la discussion

sur le recours du groupement SEG-NA BTP/VAMOUSS GLOBAL SERVICE,

considérant que le dossier a requis une garantie de soumission de 7 900 000 francs CFA ;

considérant que la CRAM a noté que l'incohérence sur l'identité du mandataire a été sanctionnée ; que cette pièce (la garantie de soumission) ne saurait être corrigée après l'ouverture des plis ; que, c'est pourquoi, elle n'a pas tenu compte du correctif apporté par le requérant ;

considérant que le requérant a réaffirmé son argumentaire ci-dessus cité ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a noté que, s'agissant de la garantie de soumission, l'important est de s'assurer de son montant d'une part et, d'autre part, de la possibilité de la réaliser au cas où le soumissionnaire ne respecterait pas ses engagements ; qu'en d'autres termes, il s'agit de s'assurer que les conditions de validité de la garantie autonome fixées par l'article 41 de l'acte uniforme portant organisation des suretés ont été respectées ; qu'en l'espèce, lesdites conditions de validité ont été respectées par la garantie de soumission (garantie autonome) fournie par le groupement SEG-NA BTP/VAMOUSS GLOBAL SERVICE ;

que l'incohérence sur le fait d'avoir mentionné dans la caution de soumission que Monsieur Alzouma YONLI est représenté par Monsieur Rasmané SEGDA n'entache en rien la validité du document ; que ladite garantie a été émise au profit du groupement SEG-NA BTP/VAMOUSS GLOBAL SERVICE qui a été clairement identifié ; que c'est donc à tort qu'elle a rejeté l'offre du requérant sur ce aspect ;

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

sur le recours du groupement SUD- SERVICES SARL/MONDIAL TRANSCO,

considérant qu'il est requis dans le dossier un chiffre d'affaires moyens de 590 000 000 francs CFA au cours des trois dernières années ;

considérant qu'il ressort du dossier que les soumissionnaires doivent joindre obligatoirement les pièces justificatives du matériel pour l'exécution des travaux ; qu'en cas de liste notariée ou certifiée, le soumissionnaire devra joindre obligatoirement les copies des cartes grises, de l'assurance, et les reçus d'achats pour les autres matériels ;

qu'il apparait donc deux modes de justification de la possession du matériel, soit par la liste notariée ou par les reçus d'achats ; que le fait que la CRAM a exigé les deux modes de manière cumulative est contraire au dossier standard ; qu'en l'espèce le requérant a valablement justifié le matériel par les reçus d'achats ; que c'est à tort que la CRAM a relevé l'absence de la liste notariée ;

que concernant le chiffre d'affaires de SUD SERVICES SARL, entreprise de droit malien, le principe de la reconnaissance mutuelle dans la commande publique doit être pris en compte dans l'appréciation de son chiffre d'affaires ; qu'il s'agit d'un principe fondamental qui gouverne la commande publique ; qu'il s'entend de la reconnaissance par les Etats membres de l'UEMOA des pièces administratives, des diplômes, des certificats et autres preuves de qualification formelles applicables lorsqu'il est nécessaire de fournir ces preuves d'une qualification donnée pour participer à une commande publique ; qu'elle implique que les autorités contractantes s'engagent à reconnaître la validité des documents délivrés par les autorités des Etats des soumissionnaires ; que l'ORD a noté qu'il appartenait donc à la CRAM de procéder aux vérifications avant de rejeter l'offre du groupement pour insuffisance de chiffre d'affaires ; qu'il s'agira maintenant pour la CRAM de s'assurer qu'il n'existe effectivement de certificat de chiffre d'affaires dans ce pays voisin ou toute autre pièce équivalente ;

que l'ORD note aussi que le motif tiré de la certification du chiffre d'affaires non originale n'est pas valable ; que le document fourni par le requérant est valide sauf à prouver qu'il n'est pas authentique ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondé et d'infirmier ainsi les résultats provisoires ;

sur le recours du groupement ECONBA/TTM SARL,

considérant qu'il est requis une ligne de crédit de 118 800 000 FCFA ;

considérant que la CRAM a relevé une incohérence au niveau de l'objet de la présente procédure tel qu'il ressort de la ligne de crédit fournie par le requérant ;

que, sur ce point, l'ORD, après vérification, a jugé qu'il s'agit d'une erreur mineure qui ne saurait entraîner le rejet de la ligne de crédit ; que les autres mentions permettant d'identifier la procédure pour laquelle ladite ligne de crédit a été émise sont claires ; que la ligne de crédit est donc valide ;

considérant qu'il ressort du dossier que les soumissionnaires doivent joindre obligatoirement les pièces justificatives du matériel pour l'exécution des travaux ; qu'en cas de liste notariée ou certifiée, le soumissionnaire devra joindre obligatoirement les copies des cartes grises, de l'assurance, et les reçus d'achats pour les autres matériels ;

qu'il apparait donc deux mode de justification de la possession du matériel, soit par la liste notariée ou par les reçus d'achats ; que le fait que la CRAM exigé les deux mode de manière cumulative est contraire au dossier standard ; qu'en l'espèce le requérant a valablement justifié le matériel par les reçus d'achats ; que c'est à tort que la CRAM a relevé l'absence de la liste notariée ;

considérant le dossier a requis un Directeur des travaux (ingénieur en génie civil) ;

considérant qu'il est reproché au requérant le double emploi du Directeur des travaux, TALL Abdel Aziz ; que l'ORD note que le double emploi dont il est question n'est pas avéré ; que le dossier n'a pas requis des attestations de travail ; qu'au regard de son CV Monsieur TALL Abdel Aziz intervient dans les deux entreprises comme prestataire sur des projets bien déterminés à des périodes déterminées ; qu'en tout état de cause, il a fourni une attestation de disponibilité pour être sur ce projet au moment de l'exécution si le groupement est retenu ; qu'à ce stade de la procédure, ce motif n'est pas suffisant pour rejeter une offre ;

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

par ces motifs ;

DECIDE:

-qu'il est compétent ;

-que les recours des groupements SEG-NA BTP/VAMOISS GLOBAL SERVICE, SUD-SERVICES SARL/MONDIAL TRANSCO, ECONBA/TTM SARL sont recevables ;

-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 SEG-NA BTP/VAMOISS GLOBAL SERVICE est fondée parce que les insuffisances relevées ne remettent pas en cause la validité de la caution de soumission ;

-que la plainte du groupement SUD SERVICES SARL/MONDIAL TRANSCO est fondée parce qu'il a fourni les justificatifs du matériel requis ; que le chiffre d'affaires de SUD SERVICES SARL ne peut être rejeté au regard du principe de reconnaissance mutuelle ;

-que la plainte du groupement ECONBA/TTM SARL est fondée parce que le directeur des travaux n'est pas un employé permanent des entreprises incriminées ; qu'il a valablement justifié le matériel ; que les incohérences sur la ligne de crédit ne sont pas de nature à rendre son offre non conforme ;

-d'infirmier les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2019-01/RSUO/CR/PRM pour des travaux de réhabilitation de la piste de Gaoua (emb.Gongonbili) ;

-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 13 août 2019

Le Président de séance

Charles SAWADOGO

Chevalier de l'ordre du mérite