

DECISION N°2019-L0432/ARCOP/ORD

sur recours de l'ENTREPRISE NAKINGTAORE ayant pour conseil la SCPA THEMIS-B contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2019-03/MS/SG/DG-ENSP/DMP pour la construction d'un bâtiment administratif R+1 extensible en R+2 au profit de l'ENSP de Kaya.

**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 10 septembre de l'ENTREPRISE NAKINGTAORE ayant pour conseil la SCPA THEMIS-B contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Monsieur Didace DOUAMBA, membre de l'ORD ;
- Monsieur François YAMEOGO, membre de l'ORD ;
- Monsieur A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD;

et en présence des représentants des parties:

- au titre du requérant, Messieurs Larba PARGO, Rabi KABRE, Martin ZALLE et Moumouni GNESSIEM, respectivement directeur général, chef de chantier, menuisier coffreur et avocat à la SCPA THEMIS-B, conseil de l'entreprise NAKINGTAORE;

- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Jean Paul GOUNGOUNGA, chef de service Travaux et Equipement de l'ENSP de Kaya ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Madame Carine W. OUEDRAOGO et messieurs K. Christian SOMBIE et Saidou OUEDRAOGO, respectivement juriste, administrateur et juriste de COPIA FAX BURKINA SARL ;

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 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 la contestation des résultats de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2019-03/MS/SG/DG-ENSP/DMP pour la construction d'un bâtiment administratif R+1 extensible en R+2 au profit de l'ENSP de Kaya;

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 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 des marchés publics n°2656 du vendredi 06 septembre 2019, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mardi 10 septembre 2019; que l'ENTREPRISE NAKINGTAORE a saisi l'ORD par lettre en date du 10 septembre 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'ENSP de Kaya a lancé l'appel d'offres ouvert accéléré n°2019-03/MS/SG/DG-ENSP/DMP pour la construction d'un bâtiment administratif R+1 extensible en R+2 à son profit;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de l'ENTREPRISE NAKINGTAORE non conforme aux motifs que pour le poste de chef menuisier coffreur, le diplôme de CAP menuiserie et pour le poste de directeur des travaux, le diplôme de l'ingénieur en génie civil sont illisibles ; que les diplômes du technicien supérieur en électrotechnique et de l'ingénieur en biomédical obtenus au Royaume des Pays Bas sont rédigés en deux langues différentes, sans une version traduite, que le diplôme d'ingénieur topographe est enregistré sous un numéro de technicien supérieur (TS) ; que les informations complémentaires demandées par la CAM aux fins de vérification de l'illisibilité et des incohérences ci-dessus citées n'ont pas été fournies ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que dès la publication de l'avis d'appel d'offres, l'autorité contractante s'est illustrée par des pratiques tendant à restreindre la participation des candidats à cet appel d'offres, certainement dans le but de limiter la concurrence ; qu'en effet, lorsqu'il a exprimé sa volonté d'acheter le DAO, l'autorité contractante lui a laissé entendre que le dossier n'était pas disponible et, à plusieurs reprises, l'administration l'a mené de promesse en promesse quant à la disponibilité du DAO, le tout en violation du principe de la liberté d'accès à la commande publique et du principe de transparence consacrés à l'article 7 de la loi n°039-2016 du 02 décembre 2016 ; que finalement, il a pu acheter le DAO à quelques jours près de la date de dépôt et a soumis son offre ; que c'est sans doute ces pratiques qui expliquent que dans un contexte national marqué par la rareté des marchés et pour un appel d'offres aussi

important, il n'y ait que deux soumissionnaires dans cette procédure ; que dans tous les cas, l'attitude de l'autorité contractante dans la conduite de la suite de cette procédure finira par convaincre l'ORD de l'acharnement dont l'entreprise NAKINGTAORE fait l'objet, aux seules fins de l'évincer du marché sans motifs légitimes ; que par correspondance n°2019-28/MS/SG/ENSP/DG/DMP en date du 06 août 2019, le DMP lui demandait les originaux des diplômes de certains membres de son personnel clé ; que deux jours seulement après cette correspondance, le Président de la CAM, par lettre n°2019-29/MS/SG/ENSP/DG/DMP en date du 08 août 2019 lui demandait les originaux des diplômes et les contacts de certains membres de son personnel clé ; que par correspondance en date du 13 août 2019, il répondait à l'autorité contractante en lui signifiant qu'elle a soumis une offre en conformité avec les dispositions du DAO et que son offre doit être évaluée au regard de son seul contenu (article 29.1 IC) ; que contre toute attente et au mépris total des dispositions du DAO et de la réglementation des marchés publics, l'autorité contractante n'a pas craint de retenir contre son offre des griefs fallacieux tels que : pour le poste de chef menuisier coffreur, le diplôme de CAP menuiserie et pour le poste de directeur des travaux, le diplôme de l'ingénieur en génie civil sont illisibles ; que les diplômes du technicien supérieur en électrotechnique et de l'ingénieur en biomédical obtenus au Royaume des Pays Bas sont rédigés en deux langues différentes, sans une version traduite, que le diplôme d'ingénieur topographe est enregistré sous un numéro de technicien supérieur (TS) ; que les informations complémentaires demandées par la CAM aux fins de vérification de l'illisibilité et des incohérences ci-dessus citées n'ont pas été fournies: qu'à la lumière des observations qui suivent, l'ORD se rendra à l'évidence que tous ces griefs ne reposent sur aucune base légale mais relèvent plutôt de l'arbitraire et de l'acharnement ; que sur le premier grief tiré de l'illisibilité du CAP menuiserie, du chef coffreur et du diplôme d'ingénieur génie civil du directeur des travaux ; il estime que le grief n'est pas suffisant pour déclarer son offre non conforme en ce que les copies légalisées fournies sont assez lisibles ; qu'il se demande comment la CAM a pu lire les noms et prénoms des personnes titulaires de ces diplômes avant d'émettre sa lettre de demande d'informations complémentaires en date du 08 août 2019 ; que dans tous les cas, si la CAM éprouvait le moindre doute quant à l'authenticité de ces diplômes, il lui était loisible de saisir les autorités compétentes aux fins de vérification ; que ce n'est donc pas auprès de l'entreprise NAKINGTAORE, simple soumissionnaire, que la CAM doit procéder aux vérifications de l'authenticité des diplômes par la production des originaux ; que cette vérification se fait à partir des copies légalisées fournies dans l'offre et non par les originaux desdits diplômes à transmettre aux autorités compétentes ; que c'est donc à tort que la CAM reproche un tel grief à son entreprise dont l'offre est pourtant conforme sur ce point ; que sur le deuxième grief tiré de la délivrance au Pays Bas, en deux langues différentes, du diplôme du technicien supérieur en électrotechnique, du diplôme de l'ingénieur biomédical et de l'absence de version traduite de ces diplômes, que ceux-ci sont délivrés par l'Université de DELFT au Royaume des Pays Bas et qu'ils sont en français ; qu'il ne sait donc pas pourquoi la CAM soutient que ces diplômes sont rédigés en deux langues différentes et que les versions traduites ne sont pas produites ; qu'un tel grief lui paraît incompréhensible et ne relève que de l'acharnement ; que dans tous les cas, si la CAM éprouvait le moindre doute quant à l'authenticité de ces diplômes, il lui était

loisible de saisir les autorités compétentes aux fins de vérification ; que sur le troisième grief tiré de l'enregistrement du diplôme de l'ingénieur topographe sous un numéro de technicien supérieur, il a proposé au poste de topographe Monsieur BALIMA Issa, titulaire d'un diplôme d'ingénieur des travaux publics justifié dans son offre par la copie légalisée de ce diplôme ; il ne comprend donc pas pourquoi la CAM soutient que son diplôme est enregistré sous un numéro de technicien supérieur ; que si la CAM éprouvait le moindre doute sur l'authenticité de ce diplôme, il lui était loisible de saisir les autorités compétentes aux fins de vérification ; qu'il plaira donc à l'ORD de dire l'offre de son entreprise conforme sur ce point ; que sur le quatrième grief tiré de la non fourniture des informations complémentaires demandées par la CAM, qu'il a attiré son attention sur le fait que les informations demandées se rapportaient à de nouveaux critères d'évaluation non prévus par le DAO ; qu'il sied de relever qu'il a proposé le personnel conformément aux exigences du DAO qui n'exige des soumissionnaires que la production des copies légalisées des diplômes, CNIB, CV, signés et datés, attestations de travail et de disponibilité ; que s'agissant du personnel clé, le DAO précise à sa page 45 que « Le soumissionnaire doit fournir les détails concernant le personnel proposé et son expérience en utilisant les formulaires PER 1 et PER 2 de la section III, Formulaire de soumission », ce qu'il a fait ; qu'au sens de l'article 32.3 des instructions aux candidats du DAO, « Pour évaluer une offre, l'autorité contractante n'utilisera que les critères et méthodes définis dans la clause 32 des instructions aux candidats à l'exclusion de tous autres critères et méthodes » ; qu'au terme de l'article 103 alinéa 3 du décret n°20176049/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 « Pour évaluer une offre, la sous-commission technique n'utilise que les critères définis dans le dossier d'appel à concurrence » ; qu'au sens de l'article 29 des instructions aux candidats du DAO, « L'autorité contractante établira la conformité de l'offre sur la base de son seul contenu » ; qu'au regard de ces dispositions pertinentes du DAO et de la réglementation des marchés publics, la production des originaux des diplômes et des contacts téléphoniques des membres du personnel clé ne sont pas des critères ou méthodes d'évaluation prévus, ni par le dossier standard d'appel d'offres travaux, ni par le DAO émis en application de ce dossier standard ; que dans tous les cas, la non fourniture des informations complémentaires demandées par la CAM ne peut constituer en elle-même un grief emportant la non-conformité de son offre ; que c'est plutôt la légalité ou le bien fondé des griefs soulevés par la CAM qui peut justifier la non-conformité de l'offre ; or, il a été suffisamment démontré ci-dessus qu'aucun de ces griefs n'est fondé au regard des dispositions du DAO et de la réglementation applicable en la matière ;

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

sur la discussion,

considérant que la CAM a noté que certains diplômes fournis sont illisibles et pour d'autres diplômes, il y a des motifs valables de douter de leur authenticité ; que dans le souci de faire une évaluation objective, elle a requis du requérant les documents originaux ; qu'en refusant de se plier à cette exigence, le requérant n'a pas coopéré ; qu'elle a rejeté son offre conformément à l'article 30 des instructions aux

candidats qui dispose que : *« Si une offre est conforme pour l'essentiel, l'Autorité contractante peut demander au Candidat de présenter, dans un délai raisonnable, les informations ou la documentation nécessaire pour remédier à la non-conformité ou aux omissions non essentielles constatées dans l'offre en rapport avec la documentation demandée. Pareille omission ne peut, en aucun cas, être liée à un élément quelconque du prix de l'offre. Le Candidat qui ne ferait pas droit à cette demande peut voir son offre écartée »* ;

considérant que le requérant a réaffirmé ses moyens de défense ci-dessus développés ;

considérant que l'attributaire provisoire a fait observer que les mêmes griefs qui ont été relevés contre l'offre du requérant l'ont été aussi contre son offre ; que cependant, à la demande de l'autorité contractante, il a fourni les documents nécessaires ; qu'en refusant de fournir les originaux des diplômes, c'est à bon droit que l'offre du requérant n'a pas été retenue ;

considérant que le requérant a rétorqué que la non fourniture des diplômes ne saurait être un motif de rejet de son offre ; que tous les diplômes qu'il a fourni sont lisibles et authentiques ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que dans le cas le refus de transmettre les diplômes originaux ne doit pas conduire systématiquement au rejet de l'offre du requérant au regard des faits et pratiques peu recommandables qui ont entouré la conduite de la procédure ; que l'ORD a jugé que le grief relatif au caractère illisible des diplômes est subjectif ; qu'un motif de non-conformité ne saurait être tiré de ce grief en l'espèce ; que pour preuve certains membres de l'ORD ont pu lire tous les documents incriminés ;

que pour ce qui concerne les autres griefs soulevés contre les diplômes étrangers fournis par le requérant, l'ORD a noté qu'ils ne sont pas suffisants pour rejeter son offre par ce que fondés sur des doutes ; que dans pareille situation, seule une vérification de l'authenticité desdits diplômes peut départager les parties et contribuer à assainir le domaine de la commande publique ;

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 ;

par ces motifs;

DECIDE:

-qu'il est compétent;

-que le recours de l'ENTREPRISE NAKINGTAORE est recevable;

-que l'appel d'offres susvisé 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 l'ENTREPRISE NAKINGTAORE est fondée ; que le caractère illisible des diplômes est subjectif ; que les autres griefs soulevés contre les diplômes étrangers fournis par le requérant ne sont pas suffisants pour rejeter son offre parce que fondés sur des doutes ;

-qu'il sied d'infirmier les résultats de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2019-03/MS/SG/DG-ENSP/DMP pour la construction d'un bâtiment administratif R+1 extensible en R+2 au profit de l'ENSP de Kaya;

-que par ailleurs, l'ORD invite la CAM/ENSP à procéder à la vérification de l'authenticité de tous les diplômes qui suscitent des doutes que ce soit chez le requérant comme chez l'attributaire provisoire et de tenir informé l'ARCOP ;

-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 septembre 2019

Le Président de séance

Ibrahim SOKOTO