

DECISION N°2019-L0582/ARCOP/ORD

sur recours de l'entreprise CHERIFA HOLDING contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2019-001/AGETEER/DG pour les travaux d'aménagement de bas-fonds et de construction d'infrastructures d'accompagnement dans les provinces du SANGUIE, ZIRO, DES BALE et du BOULKIEMDE au Burkina Faso (lots 04 et 05).

**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 05 novembre 2019 de l'entreprise CHERIFA HOLDING contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité (lot 02) ;*

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

en présence de :

- Madame Fatoumata TALL, membre de l'ORD ;
- Monsieur Idrissa OUATTARA, membre de l'ORD ;
- Messieurs Moïse BAKORBA et Y. Ferdinand KINDA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Mesdames A. W. Naomy BATAKO, Nafissate COMPAORE, Josselyne YONLI et Monsieur Théophile BATAKO, respectivement comptable, secrétaires, et chargé d'affaires de l'entreprise CHERIFA HOLDING ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs, G. Evariste COMPAORE et Ibrahim YANOGO, représentant de AGETEER ;
- au titre de l'attributaire provisoire, d'une part, Messieurs Daouda ADAMOU, Ankoutsé ADIAKPOR et Aziz SAVADOGO représentants de l'entreprise SGTM; d'autre part, Messieurs Bassirou LENGANI et K. Adama TRAORE représentants de l'entreprise EEPC ;

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 n°2019-001/AGETEER/DG pour les travaux d'aménagement de bas-fonds et de construction d'infrastructures d'accompagnement dans les provinces du SANGUIE, ZIRO, DES BALE et du BOULKIEMDE au Burkina Faso (lots 04 et 05) ;

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°2694-2695-2696 du mercredi 30 octobre au vendredi 1^{er} novembre 2019 et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mardi 05 novembre 2019 ; qu'un recours préalable avait été formulé auprès de l'autorité contractante qui n'a pas répondu ; que CHERIFA HOLDING a saisi l'ORD par lettre en date du mardi 05 novembre 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 1^{er} 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 d'Exécution des Travaux Eau et Equipement Rural (AGETEER) du Burkina Faso a lancé l'appel d'offres ouvert n°2019-001/AGETEER/DG pour les travaux d'aménagement de bas-fonds et de construction d'infrastructures d'accompagnement dans les provinces du SANGUIE, ZIRO, DES BALE et du BOULKIEMDE au Burkina Faso (lots 04 et 05) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de l'entreprise CHERIFA HOLDING non conforme au motif que l'entreprise a été créée le 27 mars 2017 et n'a aucune expérience générale en construction en mars 2019 (après deux ans) et avec un chiffre d'affaires nul ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que la société CHERIFA HOLDING est une entreprise naissante au regard des dispositions du décret n°2019-0358/PRES/PM/MINEFID portant modification du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 ; que l'entreprise étant naissante, ses capacités techniques et financières devraient être appréciées en fonction de celles de son personnel d'encadrement conformément à l'article 37 du décret ci-dessus cité ; que la CAM n'a pas procédé comme de droit ;

que par ailleurs, l'absence de chiffre d'affaires peut être considéré comme la conséquence du manque de marchés pour la société ; que pour disposer de

l'expérience et de chiffre d'affaires, une société devrait d'abord pouvoir bénéficier de marchés ;

qu'il est interdit de prendre des dispositions discriminatoires pour faire obstacle à l'accès des entreprises naissantes aux marchés publics conformément au même décret à son article 39 ;

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

sur la discussion,

considérant que le dossier a requis des soumissionnaires une expérience en marchés de travaux à titre d'entrepreneur au cours des 05 dernières années qui précède la date limite de dépôt des soumissions ; qu'également il est requis un chiffre d'affaires annuel moyen de 400 000 000 pour le lot 05 et 700 000 000 pour le lot 04 ; que pour les entreprises naissantes, le dossier a requis les justificatifs des prestations réalisées pour cette même période pour le personnel ; qu'elles devront fournir leur bilan d'ouverture de leur année d'existence ;

considérant que la CAM a expliqué que le requérant a pris part à la visite de site en groupement de trois entreprises ; que cependant, une seule entreprise a soumissionné ; que la CAM n'a pas fait une analyse rigoureuse de son offre car il a présenté un seul document dans lequel se trouvent l'offre technique et l'offre financière ; qu'également, il n'a pas régulièrement justifié le personnel minimum requis ; que ne s'étant pas conformé aux termes du dossier sur les points relatifs aux marchés similaire et au chiffre d'affaires, son offre a été purement et simplement écartée ;

considérant que l'attributaire provisoire n'a pas fait d'observations particulières ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, note que qu'effectivement, le requérant ne s'est pas conformé aux dispositions sus cités du dossier ; que l'invocation des dispositions générales ci-dessus sont applicables dans la mesure où le personnel requis offre les garanties nécessaires de substitution ; que du reste, cette disposition ne vaut que pour les références techniques ; que donc, c'est à bon droit que la CAM a écarté son offre ;

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

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de l'entreprise CHERIFA HOLDING est recevable ;

-que l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-que la plainte de l'entreprise CHERIFA HOLDING n'est pas fondée, les motifs relevés contre son offre étant établis ;

-de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2019-001/AGETEER/DG pour les travaux d'aménagement de bas-fonds et de construction d'infrastructures d'accompagnement dans les provinces du SANGUIE, ZIRO, DES BALE et du BOULKIEMDE au Burkina Faso (lots 04 et 05) ;

-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 07 novembre 2019

Le Président de séance

Ibrahim SOKOTO