

DECISION N°2019-L0640/ARCOP/ORD

sur demande de retrait de C.GE.BA.T de la décision n°2019-L0623/ARCOP/ORD du 22 novembre 2019, rendue suite à son recours contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°002/2019/FSD-SERHAU SA/DT/SEC pour les travaux de construction d'infrastructures scolaires dans diverses régions du Burkina Faso au profit du MENAPLN (lots 01, 03, 04 et 07).

**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, ensemble ses modificatifs ;*
- Vu** *le décret n°2017-0051/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 02 décembre 2019 de l'entreprise C.GE.BA.T contre la décision n°2019-L0623/ARCOP/ORD du 22 novembre 2019 ;*

présidé par Madame Léa ZAGRE/RIMTOUMDA, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Salifou OUOBA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Idrissa OUATTARA, 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, Messieurs Moumouni GNESSIEN, Faichal ILBOUDO et Souleymane ZOENTYENGA, respectivement, conseil, technicien et directeur général de l'entreprise C.GE.BA.T ;

- au titre de l'autorité contractante, Madame Mariam TRAORE et Monsieur Antoine ZIGANI, respectivement, administratrice et agent de Focus Sahel Développement (FSD) ;
- au titre des attributaires provisoires :
 - Monsieur Jean-Paul ZONGO, directeur technique de l'entreprise ETC ;
 - Monsieur A. Aziz KOURAOGO, directeur technique de l'entreprise EWPF ;
 - Messieurs Béli NAGALO et Yahaya DAHANI, respectivement, agent de liaison et Directeur général de l'entreprise DACOS BTP ;
 - BURKINA BATISSE, régulièrement convoqué, ne s'est pas fait représenter ; que la procédure est donc réputée contradictoire à son égard ;

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 soumise 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^{er} 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 l'entreprise C.GE.BA.T a saisi l'ORD à l'effet de voir retirer sa décision n°2019-L0623/ARCOP/ORD rendue en sa séance du 22 novembre 2019, suite à son recours contre les résultats provisoires de l'appel d'offres 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 22 novembre 2019; que le délai pour introduire une demande de retrait auprès de l'ORD courait jusqu'au 16 décembre 2019 ; que l'entreprise C.GE.BA.T a saisi l'ORD par lettre en date du 02 décembre 2019, qu'il apparait que la condition de délai susmentionnée a été respectée par le requérant ;

qu'en conséquence, elle est recevable et mérite d'être appréciée au fond ;

AU FOND :

sur les faits,

Focus Sahel développement (FSD) a lancé l'appel d'offres ouvert n°002/2019/FSD-SERHAU SA/DT/SEC pour les travaux de construction d'infrastructures scolaires dans diverses régions du Burkina Faso au profit du MENAPLN (lots 01, 03, 04 et 07);

la Commission d'attribution des marchés (CAM) avait déclaré l'offre de l'entreprise C.GE.BA.T non conforme au motif que la ligne de crédit non répartie par lot est insuffisant, 90 000 000 FCFA au lieu de 95 000 000 FCFA pour les lots 01, 03, 04 et 07 ;

l'entreprise C.GE.BA.T avait contesté cette décision de la CAM ; l'ORD après avoir examiné les différentes pièces a ,par décision du 22 novembre 2019 conclu que la plainte de l'entreprise C.GE.BA.T n'est pas fondée dans la mesure où le montant de la ligne de crédit n'est pas suffisant pour couvrir les quatre (04) lots auxquels il a soumissionné et que la CAM ne pouvait choisir de considérer le montant pour trois (03) lots en lieu et place du requérant ; et par conséquent, l'ORD a infirmé les résultats provisoires de l'appel d'offres suscité ;

contre cette décision, l'entreprise C.GE.BA.T demande le retrait et fait valoir que le critère 2.3 des données particulières du DAO relatif à la capacité de financement a exigé des soumissionnaires, l'accès à des financements tels que des avoirs liquides, lignes de crédit, autres que l'avance de démarrage éventuelle, à hauteur de lot 01 : 20 000 000 FCFA ; lot 03 : 30 000 000 FCFA ; lot 04 : 25 000 000 FCFA et lot 07 : 20 000 000 FCFA ;

que bien qu'il soit indéniable que la ligne de crédit proposée ne permet pas à l'entreprise C.GE.BA.T d'être attributaire de tous les quatre (04) lots auxquels elle a soumissionné (95 000 000 FCFA de ligne de crédit nécessaire pour les 04 lots), la ligne de crédit fournie dans son offre (90 000 000) FCFA comme capacité de financement du marché permet inéluctablement à l'entreprise d'être titulaire d'au moins trois (03) lots de l'appel d'offres querellé ;

que la décision de l'ORD doit être retirée en ce sens que la ligne de crédit n'est pas une caution mais juste un critère pour apprécier la capacité d'autofinancement du marché si le soumissionnaire venait à être déclaré attributaire du marché, mais aussi et surtout en ce que chaque lot constitue un marché et que l'administration devrait rechercher plutôt la combinaison des lots la plus économique suivant donc le

principe de l'efficacité de la commande publique ; que son offre s'inscrit dans cette logique ;

que contrairement au sens de la décision n°2019-L0623/ARCOP/ORD, en cas de pluralités des lots, il revient à la CAM de choisir le lot à attribuer à chaque soumissionnaire ayant postulé à plus d'un lot en veillant à ce que le cumul des lots attribués soit économiquement avantageux pour l'administration, suivant l'article 85 alinéa 2 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 ;

qu'en conséquence, la CAM devrait au regard du montant de la ligne de crédit couvrant au moins trois (3) lots sur les quatre lots auxquels il a postulé, choisir lesquels des lots pouvaient lui être attribués et qui permettraient à l'autorité contractante, au regard du montant des attributions des autres lots, de réaliser la combinaison la plus économique, ce qui lui permettrait de faire une économie de dix millions (10 000 000) FCFA ;

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

sur la discussion,

considérant que le requérant réitère ses arguments tels que développés ci-dessus dans les faits ;

considérant que la CCAM explique que ce n'est pas à elle de constituer les éléments de la soumission du requérant pour lui ; que la décision dont le retrait est demandé va dans le sens des exigences réglementaires ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé à l'attention du requérant qu'en fournissant une ligne de crédit globale sans répartition par lot, l'insuffisance de ce montant global va poser un problème d'affectation ou de choix des lots ; qu'il n'appartient pas à la CAM de faire cette affectation pour dégager parmi les quatre lots ceux qui pourraient lui être attribués ; qu'en procédant ainsi, il le fait à ses risques et périls dès lors que dans l'avis d'appel à concurrence l'information a clairement été donnée que « *Les soumissionnaires ont la possibilité de soumissionner pour un, plusieurs ou l'ensemble des lots. Dans le cas où ils soumissionnent pour plusieurs ou l'ensemble des lots, ils devront présenter une soumission séparée pour chaque lot* » ; qu'autrement dit, les éléments de chaque lot doivent être clairement identifiables ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la demande de retrait de l'entreprise C.GE.BA.T n'est pas fondée ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

- que la demande de retrait de l'entreprise CGEBAT est recevable ;
- que l'appel d'offres susvisé 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 l'entreprise CGEBAT n'est pas fondée ;
- de confirmer la décision n°2019-L0623/ARCOP/ORD du 22 novembre 2019, rendue suite à son recours contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°002/2019/FSD-SERHAU SA/DT/SEC pour les travaux de construction d'infrastructures scolaires dans diverses régions du Burkina Faso au profit du MENAPLN (lots 01, 03, 04 et 07).
- 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 05 décembre 2019

La Présidente de séance

Léa ZAGRE/RIMTOUMDA
Chevalier de l'ordre national