

**AUTORITE DE REGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

BURKINA FASO

UNITE – PROGRES – JUSTICE

**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2020-L0028/ARCOP/ORD

sur recours de l'entreprise WBHO CONSTRUCTION (pty) LTD, ayant pour conseil la SCPA HOREB et du Groupement TAV CONSTRUCTION/SOROUBAT contre les résultats provisoires de l'Appel d'Offres International n°2019-001/PM/SG/MOAD pour les travaux de construction du nouvel aéroport international de Ouagadougou-Donsin : lot2 A-chaussées Aéronautiques : Balisage catégorie II, Assainissement et Clôture OACI.

**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, ensemble ses modificatifs ;*
- 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 27 janvier 2020 de l'entreprise WBHO CONSTRUCTION (pty) LTD, ayant pour Conseil la SCPA HOREB et du Groupement TAV CONSTRUCUTION/SOROUBAT contre les résultats provisoires de l'appel d'offres international ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Madame Fatoumata TALL, membre de l'ORD ;
- Monsieur Dieudonné SOUDRE, membre de l'ORD ;
- Messieurs Tahirou SANOU, B. Adama OUEDRAOGO et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :
 - Monsieur Kader ZONGO et Maitres L. Alexandre DABONE, Y. Eric COMPAORE et S. Ibrahim GUITANGA, respectivement agent et avocats de l'entreprise WBHO CONSTRUCTION (pty) Ltd ;
 - Messieurs Afif AOUANI, Abdoulaye SOUMDAKOUMA, Abdessalem LOUATI et Maitre Moumouni GNESSIEN, respectivement responsable technique, responsable juridique, Directeur général et avocat du groupement TAV CONSTRUCTION/SOROUBAT ;

- au titre de l'autorité contractante, Madame Bibata SANA, Messieurs Roland DAKISSAGA, Yaya DRABO, W. Pascal KIMA, Louis NIKIEMA, Adama SAVADOGO et Hadama YBIA et Maitre Oumarou OUEDRAOGO, respectivement stagiaire, juriste, DAF, PRM, assistant PRM, Directeur technique, Directeur général et avocat de la Maitrise d'Ouvrage de l'Aéroport de Donsin (MOAD) ;

- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Robin TOSTOT-FERAM, K. Noel ZOUNDI, Maitre Hamidou SAVADOGO, respectivement Directeur agence, ingénieur étude et avocat du groupement SOGEA SATOM/KHARAFI ;

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 international n°2019-001/PM/SG/MOAD pour les travaux de construction du nouvel aéroport international de Ouagadougou-Donsin: lot2 A-chaussées Aéronautiques : Balisage catégorie II, Assainissement et Clôture OACI ;

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°2755 du jeudi 23 janvier 2020, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 27 janvier 2020 ; que l'entreprise WBHO CONSTRUCTION (pty) LTD, ayant pour conseil la SCPA HOREB et le groupement TAV CONSTRUCTION/SORUBAT ont saisi l'ORD par lettres en date du 27 janvier 2020 ; 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,

la Maitrise d'Ouvrage de l'Aéroport de Donsin (MOAD) a lancé l'appel d'offres international n°2019-001/PM/SG/MOAD pour les travaux de construction du nouvel aéroport international de Ouagadougou-Donsin : lot2 A-chaussées Aéronautiques : Balisage catégorie II, Assainissement et Clôture OACI ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre du groupement TAV CONSTRUCTION/SOROUBAT conforme pour l'essentiel ;

quant à l'offre de l'entreprise WBHO CONSTRUCTION (pty) LTD, elle a été déclarée non conforme au motif que celle-ci comporte des divergences importantes ; qu'il s'agit de la limite de la distance de transport pour les dépôts des produits d'abattage, de décapage et divers à 500 m par le soumissionnaire contrairement aux items 111, 121, 123 et 124 des définitions des prix du DAO ; que l'ensemble des CV n'est pas signé conformément à l'article 3.4 de la section III ;

que la CAM a également fait des réserves majeures portant entre autres sur l'exonération totale du matériel estimé à 500 millions de F CFA non compris dans l'offre, le besoin en pièce de rechange (pendant les travaux) estimé à 330 millions de F CFA non compris dans l'offre, l'exonération des sous-traitants, le refus du soumissionnaire de souscrire à une assurance de responsabilité décennale (CCAP art. 6.3.5) et l'absence de la définition des prix unitaires conformément aux BPU du DAO ;

il ressort aussi que le dossier du personnel minimum fourni est insuffisant ; que l'offre technique n'a pas été fournie pour l'oléo réseau sous les aires de stationnement ; que le directeur des travaux et le conducteur principal des travaux ont fourni respectivement une attestation de travail en lieu et place du diplôme d'ingénieur en génie civil ou travaux publics de niveau Bac+5 ou équivalent exigé, un diplôme de Licence (Bac+3/4) au lieu de Bac+5 exigé ; que l'ingénieur en procédures et assurance qualité n'a pas d'expérience en tant qu'ingénieur assurance qualité ; que les diplômes des experts géotechniciens en oléo réseau, expert ingénieur ouvrage d'art et assainissement (surcharge sur le diplôme légalisé) et chef de laboratoire n'ont pas été traduits en langue française conformément aux dispositions de la clause 10.1 des IS du DAO ; que l'expert ingénieur ouvrage d'art et assainissement n'a pas d'expérience en matière d'études et conception des ouvrages d'art et n'a aucun projet d'assainissement d'importance comparable ; que l'expert en balisage n'a également aucun projet en matière d'installation d'équipements de balisage CAT II ;

qu'au-delà du personnel non conforme, il y a une insuffisance dans le dossier du matériel minimum fourni ; qu'en effet, certaines pièces justificatives du matériel minimum en possession sont au nom de l'entreprise RAZEL SA (sous-traitant) et non au nom du soumissionnaire conformément à l'article 35 de la section III « critères d'évaluation et de qualification » du DAO ; qu'en plus aucune attestation de mise à disposition n'a été fournie par le sous-traitant au soumissionnaire ; que le matériel minimum topographique et de laboratoire exigé n'a pas été fourni ; que, du reste, la ligne de crédit et les états financiers fournis ne sont pas traduits en langue française conformément aux dispositions de la clause 10.1 des IS du DAO ; que le sous-traitant FESI n'a pas fourni d'expériences en matière de balisage CAT II ;

les requérants contestent cette décision de la CAM pour plusieurs raisons ;

s'agissant de l'entreprise WBHO CONSTRUCTION (pty) LTD, elle fait valoir, sous la plume de son conseil la SCPA HOREB, que les griefs retenus contre son offre sont inopérants ; que cet appel d'offres fait suite à une pré qualification qui avait retenu neuf (09) groupements et entreprises qui sont : EIFFAGE-TP/Consolidated

Contractors Company (CCC), China Airport Construction Group Corporation (CACC), A QASABI CONTRACTING CO Ltd/DTP Terrassement/BBI BIOUYGUES Bâtiment International, ACCIONA INFRASTRUCTURES/HASSAN ALLAM, TAV CONSTRUCTION/SOROUBAT, NGE/ORASCOM CONSTRUCTION/CGE Compagnie Générale des Entreprises, CORSAN-CORVIAM CONSTRUCTION SA, SOGEA SATOM/KHARAFI et WBHO Wilson Bayley Holmes of Construction ;

que suite à la pré-qualification, l'autorité contractante lui a adressé une lettre afin que des éclaircissements soient fournis sur certains aspects ; que lesdits éclaircissements purgent l'entière des reproches qui lui sont faits ; que des réponses très satisfaisantes ont été fournies à la CAM ; que, cependant, à la publication des résultats provisoires, ce sont les mêmes observations qui sont textuellement reproduites pour justifier le rejet de son offre ; qu'il est donc évident que les éclaircissements fournis n'ont pas été prises en compte pour l'évaluation de l'offre ;

qu'il ressort de l'article 27.1 du dossier d'appel d'offres que, pour faciliter l'examen, l'évaluation, la comparaison des offres et la vérification des qualifications des soumissionnaires, le maître d'ouvrage a toute latitude pour demander à un soumissionnaire des éclaircissements sur son offre ; que seuls les éclaircissements fournis à la demande du maître d'ouvrage et la réponse qui y est fournie par écrit seront pris en compte ; qu'il appartient, dès lors, au maître d'ouvrage de prendre en compte les éclaircissements fournis à sa demande ; que cette prise en compte des informations fournies s'impose au maître d'ouvrage ;

qu'elle a été pré-qualifiée sur la base de son expérience portant sur des travaux similaires à ceux qui font l'objet du présent appel d'offres ; que la MOAD, pour les besoins d'appréciation, a demandé par lettre n° 2019-480/PM/SG/MOAD/PRM en date du 28 octobre 2019 adressée aux soumissionnaires, des éclaircissements sur leurs offres ; qu'à cette occasion, sa société a fourni, par lettre en date du 11 novembre 2019, tous les éléments d'éclaircissement demandés et en cohérence avec ces derniers et a confirmé qu'« en cas de divergence dans l'offre, les dispositions des cahiers des spécifications techniques (CST), du cahier des clauses administratives générales (CCAG) et du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) prévalent sur les autres données figurant dans son offre » ;

que la non-prise en compte des éclaircissements fournis est une violation de la procédure d'évaluation et d'attribution du marché volontairement orchestré par le maître d'ouvrage ; que c'est précisément une violation des principes posés à l'article 7 de la loi n°039-2016/AN du 06 Décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique qui dispose que « les procédures de passation des marchés publics et délégations de service public, quel que soit le montant, sont soumises aux principes fondamentaux de l'économie et l'efficacité du processus d'acquisition, la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la reconnaissance mutuelle, la transparence du processus de passation, d'exécution et de règlement de la commande publique » ;

que les résultats présentent de graves irrégularités de fond et de forme en ce que les procédures prévues pour l'attribution du marché n'ont pas été conduites jusqu'à leurs termes, notamment les dispositions de l'article 37 des Instructions aux

Soumissionnaires (Qualification du soumissionnaire) et celles de la section V du DAO (Pays éligibles) ;

que les pré-qualifications ont été réalisées, il y a cinq (05) ans et que les conditions qui prévalaient à l'époque demeurent et doivent être considérées ; qu'à ce titre, l'article 37.1 dispose que le maître d'ouvrage s'assurera que le soumissionnaire ayant soumis l'offre évaluée la moins-disante et conforme pour l'essentiel aux dispositions du dossier d'appel d'offres, continue de satisfaire aux critères de qualification ;

que son alinéa 3 dispose que l'attribution du marché au soumissionnaire est subordonnée à la vérification que le soumissionnaire satisfait ou continue de satisfaire aux critères de qualification ; que cette vérification n'a pas été faite dans la mesure où les résultats publiés attestent que les réponses apportées à la demande du maître d'ouvrage n'ont pas été considérées ; que, pourtant, le maître d'ouvrage ne peut s'assurer que le soumissionnaire continue de satisfaire aux critères de qualification cinq (05) ans plus tard sans avoir vérifié cela avec chaque soumissionnaire en lui demandant d'en apporter la preuve ; qu'il était crucial que le maître d'ouvrage évalue et classe les offres pour déterminer laquelle n'a pas respecté les dispositions pertinentes ; que le marché a été attribué en violation de l'appel d'offres ;

que l'article 102 du décret portant procédure de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et délégations de service public dispose en son alinéa 4 que « dans le cadre de cet examen préliminaire, la sous-commission s'assure que le soumissionnaire est à jour de toutes ses obligations légales à l'égard des administrations fiscales, parafiscales et sociales de son pays d'établissement ou de base fixe » ; qu'il est évident que cette vérification n'a pas eu lieu au regard du fait que les réponses fournies n'ont pas été prises en compte ; que l'alinéa 6 du même article dispose que « l'appréciation est faite de la présence ou de la validité de la justification avant toute proposition d'attribution » ; que la sous-commission technique n'a pas procédé à cette vérification alors qu'elle en avait l'obligation ;

quant au groupement TAV CONSTRUCTION/SORUBAT, il conteste l'éligibilité du groupement SOGEA SATOM/KHARAFI, du groupement NGE/ORASCOM CONSTRUCTION/CGE, de l'entreprise WBHO Construction (pty) Ltd ainsi que de l'entreprise CAGC Co LTD ;

qu'aux termes de l'article 4.3 des instructions aux soumissionnaires du DAO, un soumissionnaire ainsi que toutes les entreprises qui le composent doivent avoir la nationalité d'un des pays éligibles tels que définis dans la section V ; que les pays éligibles sont déterminés suivant les critères essentiels de la nationalité de pays membre de la BID et les règles de Boycott de l'Organisation de la Coopération Islamique ; qu'au titre de l'éligibilité en raison de la nationalité, la section V précise que la banque permet aux personnes physiques et aux personnes morales de tous les pays membres de fournir les biens, travaux et services dans les projets qu'elle finance ;

que cette section précise de manière non équivoque les critères de qualification d'une entreprise de fournitures ou de travaux d'un pays membre en ces termes « est qualifiée en tant qu'entreprise de travaux ou de fournitures provenant d'un pays

membre de la BID : l'immatriculation ou la constitution légale a lieu dans un pays membre de la BID, l'aire principale d'activités est située dans un pays membre de la BID, elle appartient à plus de 50% à une ou plusieurs firmes dans un pays (lesquelles firmes devant justifier de leur nationalité) et/ou à des ressortissants de ce pays membre, le personnel chargé d'assurer les services dans le cadre du marché est constitué à plus de 80% de nationaux de pays membres de la BID, qu'il s'agisse d'un personnel employé directement ou employé par un sous-traitant, la majorité des cadres et professionnels est constituée des nationaux du pays membre concerné ou d'autres pays membres » ;

qu'au regard de ces dispositions, la nationalité d'un pays membre de la BID d'un groupement d'entreprises ne saurait profiter au groupement si l'autre membre possède la nationalité d'un Etat tiers ; que les entreprises concernées par l'inéligibilité ne remplissent pas les critères pour mériter la qualification d'entreprise de fournitures ou de travaux d'un pays membre ;

qu'il conteste aussi la conformité de l'offre du groupement NGE/ORASCOM CONSTRUCTION/CGE au motif que ledit groupement est ineffectif ; que sur la base des informations à sa disposition, le membre du groupement KHARAFI, entreprise de droit koweïtien, opérant dans plusieurs secteurs, n'exerce plus d'activités dans le secteur du BTP depuis plusieurs années ; que l'entreprise KHARAFI ne peut pas avoir valablement fourni toutes les informations à jour sur son statut juridique, notamment, un certificat de non faillite ou tout autre document juridique similaire, attestant de la continuité de son exploitation (documents, entité légale, organigramme, liste des membres du conseil d'administration et de l'actionariat), le tout conformément au formulaire ELI-1.2 du DAO ; que l'entité KHARAFI ne peut pas avoir valablement fourni dans son offre des membres du personnel clé et/ou du matériel exigé par le DAO de sorte à faire la preuve de son intérêt à cet appel d'offres et de l'effectivité du groupement conformément à la convention de groupement avec SOGEA SATOM ; que ce dernier est dans la réalité la seule entité, déguisée en groupement qui soumissionne à cet appel d'offres, l'ensemble du personnel clé provenant d'elle seule, toute chose qui viole les principes de transparence et de libre concurrence chers à la commande publique ;

que les références similaires fournies par SOGEA SATOM pour les postes de personnel clé de son personnel local ne sont pas sincères ; que ce personnel n'a pas participé à l'exécution des marchés attribués par SOGEA/SATOM comme étant des références similaires au poste ;

que l'offre financière du groupement SOGEA SATOM/KHARAFI est anormalement basse ou fortement déséquilibrée ; qu'en effet, en 2015, le budget prévisionnel alloué à ce projet se chiffrait autour de quatre-vingt-huit (88) milliards ; que le budget ajusté en 2020, au regard de l'inflation et des composantes actuelles du projet, ne peut que croître ;

que le groupement SOGEA SATOM/KHARAFI n'est pas jugé qualifié pour exécuter le marché de façon satisfaisante ; que suivant les dispositions des articles 37.1 et 39 des instructions aux soumissionnaires du DAO, il ne suffit pas que l'offre soit moins disante et conforme pour l'essentiel pour mériter l'attribution du marché, il faut, en plus et surtout, que le soumissionnaire qui a présenté cette offre soit jugé qualifié

pour exécuter le marché de façon satisfaisante ; que la CAM n'est pas allée au bout de son analyse pour juger, au regard de son offre, si le groupement SOGEA SATOM/KHARAFI est réellement qualifié pour exécuter le marché de façon satisfaisante ;

que le groupement TAV CONSTRUCTION/SORUBAT a également soulevé des griefs contre l'offre du groupement NCE/ORASCOM CONSTRUCTION/CGE qui ne serait pas conforme pour l'essentiel en raison du fait que les matériels et principes de balisage ne respectent pas la réglementation OACI et ne sont pas agréés par l'ASECNA conformément à l'article 3.1.1 du cahier des spécifications techniques SPT 300 Lot Balisage du DAO ; que le balisage constitue pourtant la clé de voute et le point critique de tout aéroport ; qu'au regard de son prix, ledit groupement ne peut être jugé qualifié ;

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

sur la discussion,

sur le recours de l'entreprise WBHO CONSTRUCTION (pty) LTD,

considérant que l'article 27.1 des instructions aux soumissionnaires (IS) dispose que : « pour faciliter l'examen, l'évaluation, la comparaison des offres et la vérification des qualifications des soumissionnaires, l'Autorité contractante a toute latitude pour demander à un candidat des éclaircissements sur son offre. Aucun éclaircissement apporté par un soumissionnaire autrement qu'en réponse à une demande de l'Autorité contractante ne sera pris en compte. La demande d'éclaircissement de l'Autorité contractante, et la réponse apportée, seront formulées par écrit. Aucune modification de prix, ni aucun changement substantiel de l'offre ne seront demandés, offerts ou autorisés, si ce n'est pour confirmer la correction des erreurs arithmétiques découvertes par l'Autorité contractante lors de l'évaluation des offres » ;

considérant qu'il ressort de l'article 30 des IS que si une offre est conforme pour l'essentiel, l'Autorité contractante peut tolérer toute non-conformité ou omission qui ne constitue pas une divergence, réserve ou omission substantielle par rapport aux conditions de l'appel d'offres ;

considérant qu'aux termes de l'article 37 des IS, le maître d'ouvrage s'assurera que le soumissionnaire ayant soumis l'offre évaluée la moins-disante et conforme pour l'essentiel aux dispositions du dossier d'appel d'offres, continue de satisfaire aux critères de qualification ;

considérant que la CAM a soutenu que la demande d'éclaircissements ne saurait conduire à une modification de l'offre ou à un complément de l'offre ; que la demande d'éclaircissements portait sur des points bien précis et ne saurait venir modifier l'offre de base ; que le dossier a été analysé suivant les canevas de la Banque islamique de développement (BID) ; que toutes les étapes ont été validées et ont reçu l'avis de non objection des bailleurs de fonds ; que les rapports

d'évaluation sont claires sur les questions d'actualisation des éléments de la pré-qualification qui ont été fournis par tous les soumissionnaires ;

considérant que le requérant, en plus, des arguments ci-dessus développés a tenu à insister sur le fait que, pour lui, la démarche d'évaluation des offres de la CAM n'est pas conforme en ce sens qu'elle n'a pas tenu compte des éclaircissements fournis suite à la lettre de l'autorité contractante en date du 28 octobre 2019 ; qu'en plus, la CAM aurait dû vérifier que tous les soumissionnaires satisfont ou continuent de remplir aux critères de qualification initiaux ;

considérant que l'attributaire provisoire a noté qu'a priori, il ne devrait pas se prononcer sur la requête du requérant car tous ses griefs portent sur la gestion de la procédure par la CAM ; qu'en tout état de cause, en ce qui le concerne, il a apporté toutes les pièces administratives et techniques attestant de la qualification de son offre ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que le régime juridique de la demande d'éclaircissements prévu par les IS ne permet pas d'apporter des réponses qui viennent modifier substantiellement l'offre initiale ; qu'en l'espèce, toutes les réponses fournies par le requérant qui ont, pour but de modifier ou de compléter substantiellement son offre de base, ne sauraient être prises en compte ; qu'admettre cette situation reviendrait à mettre à rude épreuve un principe fondamental de la commande publique qu'est l'égalité de traitement des soumissionnaires ;

que, mieux, il ressort du contenu de la lettre n°2019-480/PM/SG/MOAD/PRM du 28 octobre 2019, qu'elle invitait juste le requérant à confirmer l'identité du signataire de l'offre, le statut de non faillite, le maintien des prix unitaires de l'offre, le fait de parapher et fournir les CST, CCAG et CCAP, la dernière version du devis quantitatif et estimatif, le bordereau des prix unitaires et à prolonger de deux mois le délai de validité des offres ; que cette lettre qui a été envoyée à tous les soumissionnaires a permis à la CAM d'avoir des informations sur la qualification des entreprises plus de cinq ans après la phase de pré-qualification ; que tous les soumissionnaires ont répondu à cette lettre en réaffirmant le contenu de leur offre sans apporter des modificatifs comme le fait le requérant ; qu'en aucun moment, la possibilité lui a été donnée de s'exprimer sur les motifs de non-conformité ci-dessus relevés ;

qu'en mentionnant dans sa réponse à la demande d'éclaircissements que :« en cas de divergence dans l'offre, les dispositions des cahiers des spécifications techniques (CST), du cahier des clauses administratives générales (CCAG) et du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) prévalent sur les autres données figurant dans son offre », le requérant a fait une mauvaise interprétation des textes en la matière ; qu'en effet, il est tenu par le contenu de son offre qui détermine sa conformité ou pas et non par une autre pièce fournie par l'autorité contractante ;

qu'ainsi, en décidant de la non-conformité de l'offre du requérant sur ces points, la CAM/MOAD a fait une analyse régulière ;

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

sur le recours du groupement TAV CONSTRUCTION/SORUBAT,

en ce qui concerne le groupement groupement SOGEA SATOM/KHARAFI

considérant qu'en réplique, aux moyens évoqués par le recourant, la MOAD a fait observé que la procédure d'appel d'offres a été suivi d'une phase de pré qualification telle qu'il ressort du point IS 4.8 des données particulières.

que le dossier d'appel d'offres a été élaboré à partir du DTAOT Banque Islamique de développement (BID) de mars 2015 et des directives BID de 2009 et révisées en 2012 ;

qu'ainsi, elle sollicité et obtenu l'avis de non objection des partenaires techniques et financiers que sont la BID, le fonds saoudien de développement (FSD), le fonds de l'OPEP (OFID), le Fonds Koweïtien de développement économique arabe (FKDEA) et la Banque arabe pour le développement en Afrique (BADEA) à chaque étape de la procédure ; que tous les bailleurs ayant donné leur avis de non objection, la question de l'éligibilité ne se pose plus, ces derniers étant les mieux placés pour l'apprécier; qu'en dehors d'Israël, tous les pays sont éligibles dans un appel offres international financé par la BID; que la question de l'offre anormalement basse ne saurait prospérer ; qu'il suffit simplement d'être moins disant ; que, dans un appel d'offres international, il ne faut pas simplement se référer au budget prévisionnel mais aussi aux différentes portes d'entrées des matériaux et matériel de chaque soumissionnaire pour apprécier le caractère sincère des offres ; que, sur la réalité du groupement SOGEA SATOM/KHARAFI, elle s'en tient aux documents produits qui prouvent la régularité du groupement;

considérant que l'attributaire provisoire a marqué son étonnement sur la précision des moyens du groupement TAV CONSTRUCTION/SORUBAT dans la mesure où celui-ci ne fait pas partie de la commission d'analyse des offres ; qu'il n'admet pas qu'un soumissionnaire qualifie ses documents de non sincères car cela relève uniquement de la compétence du juge pénal ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a noté que l'éligibilité des entreprises à participer a été réglée depuis la phase de pré-qualification ; qu'en effet, la liste des entreprises ou groupements admis à participer à cet appel d'offres est issue d'une procédure de pré-qualification ; que cette liste étant connue de tous les soumissionnaires dès la première phase, ils avaient la latitude de contester ladite liste dans le délai requis après la publication des résultats de la pré-qualification ; qu'au demeurant, il ressort des prescriptions pertinentes section V du DAO relatives à l'éligibilité des pays, qu'en dehors d'Israël, tous les pays sont éligibles dans un appel offres international financé par la BID ; que dès lors, la plainte du requérant n'est donc pas fondé sur ce point ;

que s'agissant du caractère anormalement bas ou déséquilibré de l'offre du groupement SOGEA SATOM/KHARAFI, l'ORD a note que l'article 35.5 des IS qui que : « (...) après avoir examiné le sous détail des prix, le Maitre de l'Ouvrage peut

demander que le montant de la garantie de bonne exécution soit porté, aux frais de l'attributaire du marché, à un niveau suffisant pour se protéger contre toute perte financière au cas où l'attributaire viendrait à manquer à ses obligations au titre du marché » ; que conformément à cette disposition, l'offre de l'attributaire provisoire ne saurait être rejetée d'office ; qu'il revient à l'autorité contractante de s'assurer de la conformité technique de l'offre de l'attributaire avant de mettre en œuvre cette disposition si elle juge le montant déséquilibré ;

qu'au regard de l'importance de l'écart entre le montant de l'offre financière estimé à 63 685 551 670 et celui de l'enveloppe prévisionnelle estimée à initialement à 88 000 000 000 et ramené à 85 000 000 000 selon les dires du maître d'ouvrage, soit un écart de plus de 20 000 000 000, l'autorité contractante doit s'assurer de la pertinence de l'offre technique du groupement SOGEA SATOM/KHARAFI, que cette vérification approfondie est nécessaire d'autant plus que les soumissions ont été faites cinq après l'évaluation du coût du projet.

que sur la question de la qualification du groupement SOGEA SATOM/KHARAFI qui pose deux questions essentielles que sont, d'une part, l'ineffectivité du groupement et, d'autre part, la sincérité des références similaires du personnel au poste clé, l'ORD a noté que l'entreprise KHARAFI a fourni une attestation d'inscription au registre du commerce et une déclaration sur l'honneur de non faillite de son premier responsable ; qu'il explique cette situation par le fait que les autorités koweïtiennes ne délivrent pas de certificat de non faillite ; qu'aussi, l'ORD a noté que toutes les références et le personnel ont été fournis par SOGEA SATOM ;

qu'au regard de l'envergure du projet, des questions légitimes se posent notamment celles de savoir : quel intérêt les deux entreprises ont à former un groupement ? Pourquoi un membre du groupement n'apporte rien en termes de compétence pour l'exécution du projet ? Que ces questions légitimes permettent de douter de la qualification de KHARAFI à participer à cette procédure ; qu'il convient, conformément au principe de la reconnaissance mutuelle, de renvoyer la CAM/MOAD à approfondir la vérification de l'exactitude des informations communiquées par l'entreprise KHARAFI ;

en ce qui concerne le groupement NGE/ORASCOM CONSTRUCTION/CGE

considérant que la MOAD soutient également l'éligibilité du groupement ***NGE/ORASCOM CONSTRUCTION/CGE*** au motif qu'elle obtenu l'avis de non objection des partenaires techniques et financiers sur les résultats de la requalification, d'une part, et d'autre part qu'en dehors d'Israël, tous les pays sont éligibles dans un appel d'offres international financé par la BID.

considérant que l'ORD, après vérification, a noté que la liste des entreprises ou groupements admis à participer à l'appel d'offres est issue d'une procédure de pré-qualification ; que cette liste étant connue de tous les soumissionnaires dès la première phase, ils avaient la latitude de contester ladite liste dans le délai requis après la publication des résultats de la pré-qualification ; qu'au demeurant, il ressort des prescriptions pertinentes section V du DAO relatives à l'éligibilité des pays, qu'en dehors d'Israël, tous les pays sont éligibles dans un appel d'offres international

financé par la BID ; que dès lors, la plainte du requérant n'est donc pas fondé sur ce point ;

considérant qu'en ce qui concerne le respect de la réglementation OACI et de l'ASECNA pour le balisage prévu au point 3.1.1 relatif à la réglementation générale, la MAOD soutient que pour elle, il suffisait simplement à chaque soumissionnaire de parapher et signer le cahier des spécifications techniques SPT300 et le reste des vérifications se feront à l'exécution.

Considérant que l'ORD, après vérification a noté que tous les matériels et principes de balisage devront impérativement respecter la réglementation OACI et devront impérativement être agréés par l'ASECNA; qu'en affirmant que les soumissionnaires devront simplement parafer et fournir les CST, l'autorité contractante n'est pas allée au bout de l'analyse de l'offre du groupement NGE/ORASCOM CONSTRUCTION/CGE; qu'au regard de l'importance du balisage la CAM se devait de s'assurer, à l'analyse, que tous les soumissionnaires sont qualifiés en la matière; qu'elle ne devrait pas simplement se limiter au paraphe des CST SPT300 ;

que d'une manière générale, l'ORD note des insuffisances dans l'appréciation des offres des soumissionnaires par la CAM ; qu'or, au regard des enjeux techniques et financiers du projet, celle-ci se devait de vérifier de manière approfondie la pertinence des offres techniques de l'ensemble des soumissionnaires pour s'assurer qu'ils ont non seulement compris l'objet de la procédure, mais aussi présentent des gages de qualification suffisantes pour réaliser les travaux ;

qu'il y a donc lieu d'infirmes les résultats provisoires de renvoyer la CAM de la MOAD à procéder aux vérifications nécessaires et approfondies des offres et d'en tirer toutes les conséquences;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours de l'entreprise WBHO CONSTRUCTION (pty) LTD, ayant pour conseil la SCPA HOREB et du Groupement TAV CONSTRUCTION/SORUBAT 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 de l'entreprise WBHO CONSTRUCTION (pty) LTD n'est pas fondée sur tous les points ; que la CAM de la MOAD a requis la confirmation des offres techniques et financières des soumissionnaires pré qualifiés ;

-que la plainte du Groupement TAV CONSTRUCTION/SOROUBAT n'est pas fondée sur l'inéligibilité de ses concurrents ;

-qu'en ce qui concerne le respect de la réglementation OACI et de l'ASECNA pour le balisage, il y a lieu de renvoyer la CAM de la MOAD à procéder aux vérifications nécessaires ;

-que s'agissant de l'effectivité du groupement de SOGEA SATOM avec l'entreprise KHARAFI et de la qualification de cette dernière, il convient d'enjoindre à la CAM de vérifier sa non-faillite et son existence juridique, et d'en tirer les conséquences sur la conformité de l'offre du groupement après avoir informé l'ARCOP ;

-d'infirmier, sous réserve des vérifications requises, les résultats provisoires de l'Appel d'Offres International n°2019-001/PM/SG/MOAD pour les travaux de construction du nouvel aéroport international de Ouagadougou-Donsin : lot2 A-chaussées Aéronautiques : Balisage catégorie II, Assainissement et Clôture OACI ;

-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 29 janvier 2020

Le Président de séance

Firmin BAGORO