

**AUTORITE DE REGULATION  
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

**BURKINA FASO**

-----  
**ORGANE DE REGLEMENT  
DES DIFFERENDS**

**UNITE – PROGRES – JUSTICE**

**DECISION N°2020-L0654/ARCOP/ORD**

sur recours du Groupement INTERFACE SA/DETYMA Sarl et Entreprise Phoenix contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2020-001-Tvx/FKD/ MOD/DG/LONAB pour les travaux de construction d'infrastructures de l'Agence Régionale de Koupéla du Centre-Est (lot 01).

**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 dates des 05 et 07 octobre 2020 du Groupement INTERFACE SA/DETYMA Sarl et de l'Entreprise Phoenix contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Monsieur Adama NABALOUM, membre de l'ORD
- Monsieur Dieudonné SOUDRE, membre de l'ORD ;
- Messieurs Modeste YAMEOGO, B. Adama OUEDRAOGO et Y. Ferdinand KINDA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants,
- Messieurs Achille OUEDRAOGO et Moumouni GNESSIEN ; respectivement administrateur général et conseil du Groupement INTERFACE SA/DETYMA Sarl ;

- Messieurs Cyrille S. NEYA, O. Serges YAMEOGO, M. A. Elie ZAN respectivement juriste, directeur général et technicien de l'Entreprise Phoenix ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs A.T. Sékou TALL, Achille BELEMGNEGRE et Augustin OUERDAOGO ingénieurs en génie civil de FASO KANU DEVELOPPEMENT et représentant de la PRM de la LONAB ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Harouna SEDOGO, gérant de UTS SARL;

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 ouvert accéléré n°2020-001-Tvx/FKD/ MOD/DG/LONAB pour les travaux de construction d'infrastructures de l'Agence Régionale de Koupéla du Centre-Est (lot 01);

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°2935 du jeudi 01 octobre 2020, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 05 octobre 2020 ; que le Groupement INTERFACE SA/DETYMA Sarl a saisi l'ORD par lettre en date du 05 octobre 2020 ; que l'Entreprise Phoenix a préalablement saisi l'autorité contractante par lettre en date du 05 octobre 2020 ; que mais n'ayant pas eu satisfaction, elle a saisi l'ORD par lettre en date du 07 octobre 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,**

KANU DEVELOPPEMENT a lancé l'appel d'offres ouvert accéléré n°2020-001-Tvx/FKD/ MOD/DG/LONAB pour les travaux de construction d'infrastructures de l'Agence Régionale de Koupéla du Centre-Est (lot 01) ;

la commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre du Groupement INTERFACE SA/DETYMA Sarl non conforme au motif que la lettre de soumission est non conforme au modèle fourni dans le DAO (confère IC 12.1) ; quant à l'Entreprise Phoenix, son offre est non conforme au motif qu'elle a fourni un (01) seul marché similaire valide au lieu de deux (02) demandés ; que son offre varie de 0,46% ;

les requérants contestent ces décisions de la CAM ;

le Groupement INTERFACE SA/DETYMA fait valoir qu'il reconnaît avoir commis une erreur matérielle de dactylographie aux paragraphes b) et f) de la lettre de soumission ; que cependant, au sens des IC 29 du DAO, cette erreur ne peut constituer une divergence ou une omission substantielle au point de rendre son offre non conforme ; qu'en effet, aux termes de l'IC 29.2 « une offre conforme pour l'essentiel est une offre conforme à toutes les stipulations, spécifications et conditions du dossier d'appel d'offres, sans divergence, réserve ou omission substantielles. Les divergences ou omissions substantielles sont celles

- a) qui si elles étaient acceptées,
- i) limiteraient de manière substantielle la portée, la qualité ou les performances des travaux spécifiés dans le Marché ; ou ;
  - ii) limiteraient, d'une manière substantielle et non conforme au dossier d'appel d'offres, les droits du maître d'ouvrage ou les obligations du soumissionnaire au titre du marché ; ou

b) dont l'acceptation serait préjudiciable aux autres soumissionnaires ayant présentés des offres conformes pour l'essentiel » ; que pour lui l'erreur dont il s'agit dans son offre n'influence aucunement sur la portée et les performances du marché et ne limite pas les droits du maître d'ouvrage et les obligations du groupement INTERFACE SA/DETYMA SARL, ne préjudicie pas aux autres soumissionnaires ; qu'en plus au sens des IC 30.1 du DAO, « 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 » ; qu'ainsi donc, son offre est substantiellement conforme au regard des dispositions du DAO et du principe d'économie et d'efficacité consacré par l'article 7 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 ;

L'Entreprise Phoenix soutient qu'elle a produit dans son offre technique plus de deux (02) marchés similaires répondant au critère d'expérience spécifique du dossier d'appel d'offres ; qu'il est incompréhensible que sur tous ces marchés cités , l'autorité contractante n'a retenu qu'un (01) seul ; qu'alors que les marchés proposés répondent aux exigences du DAO ; qu'un marché similaire est un marché proche ou voisin ; qu'en sus l'article 38 du décret n°2017-049 précise que dans la définition des capacités techniques et financières requises, il est interdit de la part des autorités contractantes de prendre des dispositions discriminatoires ; que pour avoir exécuté des marchés à des coûts de plus 500 000 000 de francs CFA, elle est capable d'exécuter un marché d'un montant de 528 923 512 de francs CFA ; que par ailleurs , le seuil financier des références similaires tel que déterminé est abusif et viole la réglementation des marchés publics ; qu'en outre , l'entreprise UTS SARL ne dispose pas du chiffre d'affaires requis, encore moins de marchés similaires valables en construction ; que le chiffre d'affaires de ce dernier se présente comme suit :

-2017 : 212 600 155 francs CFA ;

-2018 : 324 643 087 francs CFA.

-2019 : 614 168 756 francs CFA ;

que de ce fait la moyenne du chiffre d'affaires des trois (03) dernières années de son concurrent ci-dessus cité donne la somme de 204 722 919 francs CFA ; que ce montant n'est pas conforme à celui exigé par le DAO qui est d'un milliard cinquante-sept millions huit cent mille (1 057 800 000) francs CFA ; que UTS devait être déclaré non conforme sur cette base ; qu'en outre , le DAO a demandé deux (02) marchés similaires au cours des trois (03) dernières années, que son concurrent UTS SARL ne saurait satisfaire à cette exigence au regard de son chiffre d'affaires des trois (03) dernières années ; que sur cette base également, il doit être déclaré non conforme ; qu'en définitive, nonobstant tous les griefs soulevés contre l'offre de son concurrent UTS, ce dernier a été déclaré attributaire du marché ci-dessus ; que cela constitue une violation du principe d'égalité de traitement des candidats dans la commande publique ;

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

**sur la discussion,**

*sur la plainte de INTERFACE SA/DETYMA SARL,*

considérant qu'aux termes des articles 102 et suivants du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017, l'analyse des offres connaît plusieurs étapes dont la CAM doit se conformer dans le cadre de l'examen des offres ;

considérant que la chronologie de l'évaluation des offres est définie par l'arrêté 2018-056/MINIFID/CAB du 9 février 2018 portant adoption des dossiers standard et du modèle de rapport d'évaluation ;

considérant que cette chronologie est reprise dans le guide de l'autorité contractante qui prévoit au titre de l'examen préliminaire, qu'avant de procéder à l'évaluation détaillée des offres, la commission d'évaluation vérifie que chaque offre a été dûment signée et accompagnée des garanties requises ; qu'à ce titre les offres sont écartées entre autre pour absence ou non-conformité de la lettre de soumission (formulaire de soumission) ;

considérant que le requérant a réitéré son argumentaire ;

considérant que la CAM explique qu'en note d'explication du formulaire de la lettre de soumission il est prévu que « le Candidat remplit la lettre ci-dessous conformément aux instructions entre crochets. Le format de la lettre ne doit pas être modifié. Aucune substitution ne sera admise » ; que la CAM ayant constaté le non-respect des termes du contenu du paragraphe b, elle a conclu à la non-conformité de l'offre du requérant ;

considérant que l'attributaire provisoire dit n'avoir pas de commentaires particuliers ;

considérant que l'ORD après avoir entendu les parties et procédé aux vérifications nécessaires note qu'il est constant que le format de la lettre de soumission ne doit pas être modifié et qu'aucune substitution n'est admise ; que cependant, il s'agit des modifications et ou des substitutions substantielles dénaturant le contenu de la lettre de soumission de sorte à remettre en cause les obligations attendues du soumissionnaire ; que dans le cas d'espèce, certes la lettre de soumission présentée par le requérant comporte des changements relevés par la CAM ; que cependant, ils ne remettent pas en cause les obligations attendues du soumissionnaire ; que les cahiers des clauses techniques et les plans sont des pièces contractuelles obligeant tout titulaire d'un marché public ; que le motif retenu contre l'offre du requérant sur ce point est donc inopérant car non substantiel ; que le motif invoqué par la CAM relevant de l'examen préliminaire, il convient d'enjoindre la CAM à poursuivre l'analyse de l'offre du requérant notamment les évaluations technique, financière et la capacité du soumissionnaire afin d'en tirer les conséquences de droit ;

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

*sur le recours de l'entreprise PHOENIX,*

considérant que le dossier a requis au titre des références similaires, deux marchés au cours des 03 dernières années avec une valeur minimale de 528 923 512 Francs CFA ; que la similarité porte sur la taille physique, la complexité et les méthodes d'utilisations et aux autres caractéristiques définies à la section IV étendue des travaux ;

considérant que le requérant a réitéré les arguments ci-dessus évoqués ;

considérant que la CAM note que parmi les références justifiées, une seule a été prise en compte ; que les marchés cités par le requérant dans son recours, renvoient aux mêmes prestations ; qu'il s'agit d'un marché unique ; que le troisième marché est relatif à un complexe scolaire ; qu'il s'agit d'un bâtiment pavillonnaire donc, qui n'est pas de complexité similaire au présent marché ; que sur la base de ces éléments, la CAM a écarté l'offre du requérant ; que concernant, les marchés similaires et le chiffre d'affaires de l'attributaire, la commission n'ayant pas émis de doute a jugé qu'ils sont conformes aux indications du dossier d'appel d'offres ;

considérant que le requérant en réplique note qu'il s'agit de deux marchés différents et non un seul car les numéros, dates, objets, les pages de garde et les PV sont différents ; qu'également, les marchés relatifs à la construction de complexe scolaire sont similaires à l'objet de la présente procédure car comportent au moins le plancher ; que concernant l'attributaire provisoire, les chiffres d'affaires produits dans son offre ne sont pas authentiques ;

considérant que l'attributaire provisoire dit ne pas se reconnaître dans les déclarations du requérant ; que le quantum du chiffre d'affaires et la similarité des marchés produits dans son offre sont vérifiables pour se rassurer avant toute prise de décision ;

considérant que l'ORD après avoir entendu les parties et procédé aux vérifications nécessaires note qu'au regard des pièces produites par le requérant dans son offre relatives à la construction de complexe administratif au profit du comité national olympique et des sports Burkinabé renvoie à deux marchés contrairement aux motivations de la CAM ; que le premier renvoie à la construction du Rez-de-chaussée et d'un niveau R+1 et le second à la construction d'un niveau R+2 et R+3 ; qu'il prend acte que le représentant de la CAM reconnaît cette différence séance tenante et dit avoir fait une mauvaise appréciation sur la question ; que l'attributaire provisoire a joint des marchés de complexe scolaire dans le cadre de la justification des références similaires ; que concernant les motifs soulevés contre l'attributaire provisoire, il y a lieu de renvoyer la CAM à procéder à la vérification des chiffres d'affaires et marchés similaires des deux (02) requérants et de l'attributaire provisoire et de faire ampliation des résultats à l'ARCOP ;

qu'au regard de ce qui précède, il convient 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 du Groupement INTERFACE SA/DETYMA Sarl et de Entreprise Phoenix sont recevables ;**

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

**-que la plainte du Groupement INTERFACE SA/DETYMA SARL est fondée ; que l'incohérence dans sa lettre de soumission n'est pas substantielle et de nature à entraîner le rejet de son offre ;**

**-que la plainte de l'entreprise PHOENIX est fondée car elle a régulièrement justifié les références similaires requises ; que concernant les motifs soulevés contre l'attributaire provisoire, il y a lieu de renvoyer la CAM à procéder à la vérification des chiffres d'affaires et marchés similaires des deux (02) requérants et de l'attributaire provisoire et de faire ampliation des résultats à l'ARCOP ;**

**-d'infirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2020-001-Tvx/FKD/ MOD/DG/LONAB pour les travaux de construction d'infrastructures de l'Agence Régionale de Koupéla du Centre-Est (lot 01);**

**-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 08 octobre 2020

La Présidente de séance

**Léa ZAGRE/RIMTOUMDA**  
*Chevalier de l'Ordre national*