

DECISION N°2020-L0808/ARCOP/ORD

sur recours de l'Entreprise PHOENIX contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2020-001/Tvx/FKD/MOD/DG/LONAB des travaux de construction de l'agence régionale du Centre-Est à Koupéla Lot 1.

**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 lettre en date du 10 décembre 2020 de l'Entreprise PHOENIX contre les résultats provisoires de l'appel d'offre ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Monsieur Charles Marie Bernard SORGHO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Soumaïla SORGHO, membre de l'ORD ;
- Messieurs Modeste YAMEOGO et Y. Ferdinand KINDA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Cyrille NEYA et Olivier YAMEOGO, respectivement juriste et Directeur de l'Entreprise PHOENIX;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Achille BELEMGNEGRE, Sekou Amadou Tidiani TALL, tous deux ingénieurs en génie civil de FASO KANU ;

- au titre de l'attributaire provisoire, Madame Karidiatou KONE, et Messieurs Adama GNEGNE, Saïdou OUEDRAOGO, respectivement juriste, gérant et conseil du groupement ENG Sarl & GERBATP 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 ouvert 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 accéléré n°2020-001/Tvx/FKD/MOD/DG/LONAB des travaux de construction de l'agence régionale du Centre-Est à Koupéla Lot 1 ;

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 ouvert accéléré ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2984 du mercredi 09 décembre 2020 et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au vendredi 11 décembre 2020 ; que l'Entreprise PHOENIX a saisi l'ORD par lettre en date du 10 décembre 2020 ; 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,

FASO KANU DEVELOPPEMENT a lancé l'appel d'offres ouvert accéléré n°2020-001/Tvx/FKD/MOD/DG/LONAB des travaux de construction de l'agence régionale du Centre-Est à Koupéla Lot 1 ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de l'Entreprise PHOENIX non conforme aux motifs que les marchés de nature et de complexité similaire qu'elle a fourni ne sont pas conformes car étant des marchés d'une structure privé (association) conformément à la loi n°64-2016/CNT ; que son offre a une variation de 0,46% ;

le requérant conteste ces résultats et fait valoir que ces nouveaux résultats interviennent suite à une première procédure dont les résultats avaient fait l'objet d'un recours devant l'ORD qui avait infirmé les premiers résultats ; qu'au lieu d'exécuter la décision de l'ORD l'autorité contractante a relevé de nouveaux griefs contre son offre ; que la décision de l'ORD qui renvoyait l'autorité contractante à vérifier la matérialité et l'authenticité des marchés des soumissionnaires ne saurait être interprétée comme un quitus pour aller inventer de nouveaux motifs contre leurs références ; que c'est simplement un refus d'application de la décision de l'ORD qui doit être sanctionné comme tel ; que toutefois si cette conduite indélicat n'est pas sanctionnée dans la forme, il n'a aucun doute quant à la qualification de marché public de ses références remises en cause ; qu'en effet, le projet relatif aux constructions objet desdits marchés sont d'une part issus d'un accord de financement entre le deux Etats (Burkina Faso-Japon) et d'autre part entre l'Etat burkinabé (MINEFID, Ministère des sports) et le Comité National Olympique et des Sports Burkinabé (CNOSB) qui n'est pas une simple association, comme le prétend FASO KANU ; qu'il s'agit d'une convention entre le gouvernement japonais et le gouvernement burkinabé en vue de réaliser un certain nombre d'infrastructures ; que de ce fait les contrats conclus dans un tel cadre ne sauraient être assimilés à des contrats privés ; que le financement des travaux est un financement public ; qu'il s'agit de fonds de contrepartie Japon aide alimentaire KR 2014 et du budget national ; qu'au regard de la nature du financement les contrats qui en résultent ne peuvent qu'être des contrats publics ;

que ce qui est encore plus édifiant dans ces contrats, ce sont les procédures de passation des marchés ; qu'il s'agissait d'appel d'offres restreint, des procédures de passation qui ont fait intervenir des structures publiques telles que la Direction des marchés publics du ministère de l'économie, la DGCOOP et, le ministère des sports ; que de tels acteurs n'interviennent pas dans un marché privé ; que les contrats ont été enregistrés et exécutés suivant les procédures des marchés publics ; que par ailleurs FASO KANU en agissant comme il l'a fait viole les dispositions des articles 3 et 4 de la loi n°039-2016 qui définissent le champ d'application organique de la réglementation des marchés publics ; qu'en effet le deuxième tiret de l'article 4 dispose que la réglementation s'applique aux marchés publics et délégations de service public passés par des personnes de droit privé, ou des sociétés d'économie mixte, lorsque ces marchés bénéficient du concours financier et/ou de la garantie de l'Etat ou d'une des personnes morales de droit public mentionnées à l'article 3 ci-dessus ; qu'enfin si FASO KANU ignore le vrai statut du CNOSB il pourrait mieux se renseigner pour éviter des allégations infondées

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

sur la discussion,

considérant qu'il convient dans le cas d'espèce de vérifier la mise en œuvre de la décision n°2020-L0654/ARCOP/ORD du 08 octobre 2020

considérant qu'il ressort de cette décision que : « 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 » ;

considérant que la CAM a estimé qu'à la première publication un seul marché a été considéré car l'autre ne relève pas des trois dernières années ; qu'à la suite d'une seconde plainte, l'ORD a sollicité la vérification de l'authenticité des marchés similaires ; que c'est dans ce sens la CAM a procédé à la vérification et il est ressorti que l'autorité contractante n'a pas la qualité de structure publique ;

considérant que l'attributaire provisoire note que l'un des marchés retenus ne relève pas des trois dernières années requises ; que le fait que le marché querellé soit financé à la suite d'un accord de financement entre l'Etat et le Japon n'est pas suffisant ; que les résultats du marché dont il est question, n'ont pas été publiés dans la revue des marchés publics ;

considérant que l'ORD après avoir écouté les parties et procédé aux vérifications nécessaires note que les précédentes décisions n'ont pas été régulièrement mises en œuvre ; que la première décision notait que l'entreprise PHOENIX est fondée car elle a régulièrement justifié les références similaires requises ;

que la seconde instruisait à la CAM de vérifier l'authenticité des références ; qu'en aucun cas il n'a été question de vérifier la qualité d'une structure privée ou publique ni d'un non-respect des trois dernières années ; que la CAM dans cette nouvelle publication faisant ressortir des éléments relevés dans la première publication et non discutés devant l'ORD ne peut valablement soulevé de tels motifs ; que ces motifs qui s'apparenteraient à un acharnement ne peuvent valablement prospérer ;

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

par ces motifs,

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de l'Entreprise PHOENIX est recevable ;

-que l'appel d'offres ouvert accéléré 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 PHOENIX est fondée, la précédente décision ayant validé les références similaires du requérant aucun motif ne peut à nouveau être relevé sur la question de ces marchés similaires en dehors de leur authenticité ;

-d'infirmes les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2020-001/Tvx/FKD/MOD/DG/LONAB des travaux de construction de l'agence régionale du Centre-Est à Koupéla Lot 1 ;

-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 14 décembre 2020

Le Président de séance

Pascal ILBOUDO

Chevalier de l'Ordre de Mérite