

**DECISION N°2021-L0257/ARCOP/ORD**

sur recours de l'entreprise ETF/BATHINY contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2021-001-Trvx/FEJ/GP pour les travaux de construction d'un dortoir de 38 places et d'un bloc de latrines +douches à l'ANPE de Tenkodogo, dans la Région du Centre-Est pour le compte de Fonds Enfants et Jeunes.

**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 03 Septembre 2020 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du lundi 24 mai 2021 de l'entreprise ETF/BATHINY contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

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

en présence de :

- Madame Clarisse Bila NADEMBEGA/ZOUNGRANA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Guy SANOU, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs B. Abel TRAORE et Yacouba YAGO, respectivement gérant et juriste de l'entreprise ETF/BATHINY ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs P. BENJAMIN F. ZANNE et Idrissa OUEDRAOGO, respectivement Directeur Général et Directeur Général Adjoint de GENERAL PROJECT SARL ;

- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Abdoulaye MININGOU, représentant de l'Entreprise de Construction Madou et Frères (ECMAF) ;

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 la demande de prix sus visée reste soumise 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 la demande de prix n°2021-001-Trvx/FEJ/GP pour les travaux de construction d'un dortoir de 38 places et d'un bloc de latrines +douches à l'ANPE de Tenkodogo, dans la Région du Centre-Est pour le compte de Fonds Enfants et Jeunes ;

considérant qu'en dépit de la particularité de la procédure de passation, les dispositions du dossier de demande de prix ont expressément renvoyé à la compétence de l'ORD en cas de litige ;

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 la demande de prix ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°3100 du jeudi 20 mai 2021, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 24 mai 2021 ; que l'entreprise ETF/BATHINY a saisi l'ORD par lettre en date du 24 mai 2021 ; 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 1er 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**

le GENERAL PROJECT SARL, en sa qualité de maître d'ouvrage délégué, a lancé la demande de prix n°2021-001-Trvx/FEJ/GP pour les travaux de construction d'un dortoir de 38 places et d'un bloc de latrines +douches à l'ANPE de Tenkodogo, dans la Région du Centre-Est pour le compte de Fonds Enfants et Jeunes ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a classé l'offre de l'entreprise ETF/BATHINY en 3<sup>ème</sup> position avec 81,10 points suivant le mode de sélection fondé sur la qualité technique et le coût conformément aux procédures de la banque allemande KfW ;

le requérant conteste cette décision de la CAM en arguant que le dossier querellé a requis à l'annexe A. critères de qualification et de capacité du soumissionnaire, cinq (05) projets de nature, de volume et de complexité similaires au cours des trois (03) dernières années ; qu'aussi le dossier standard de demande de prix pour passation des marchés de travaux ne prévoit pas l'exigence de projets similaires du soumissionnaire ; que l'article 2 de l'arrêté n°2018-056/MINEFID/CAB du 09 février 2018 portant adoption des dossiers standards, dispose que : « lorsque des circonstances particulières l'exigent, les modifications au contenu des présents dossiers standards, par les autorités contractantes, sont soumises à l'avis préalable de la structure chargée du contrôle a priori des marchés publics et des délégations de service public » ; qu'ainsi toute exigence contraire sans autorisation préalable, est nulle et non avenue conformément à la circulaire n°149/ARMP/CR du 06 août 2013 qui impose le respect des dossiers standards ; qu'ainsi, l'exigence des projets similaires mérite d'être écartée de l'évaluation et de la comparaison des offres ;

que concernant les marchés des travaux, de fournitures, d'équipements et de services courants, l'article 104, alinéa 1<sup>er</sup> du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID dispose que : « la méthode d'évaluation est soit une évaluation simple de conformité, soit une évaluation complexe » ;  
quelle que soit la méthode d'évaluation choisit pour les marchés de travaux, de fournitures, d'équipements et de services courants, l'alinéa 8 de l'article ci-dessus cité prévoit que « l'offre retenue est celle évaluée conforme et moins disante » ;  
qu'il ressort des dispositions ci-dessus citées, que la sélection fondée sur la qualité technique et le coût (SF/QC), n'est pas prévue pour ces marchés ; que la méthode retenue par le dossier concerne plutôt la sélection des consultants conformément à l'article 120 du même décret qui dispose que « la sélection du consultant est faite selon l'une des méthodes suivantes indiquée dans le dossier de demande de propositions : -la qualité technique et le coût de la proposition... » ; qu'il en résulte que la méthode de sélection prévue par le dossier est inappropriée et qu'en conséquence, elle est nulle et non avenue ; que les projets similaires n'étant pas exigibles en matière de demande de prix, ceux-ci ne peuvent être pris en compte quelle que soit la méthode d'évaluation retenue dans une demande de prix ;

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

#### **sur la discussion,**

considérant que l'article 5 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique permet de substituer le droit national au droit du bailleur de fonds à travers l'accord de crédit ;

considérant que GENERAL PROJECT SARL, en sa qualité de maître d'ouvrage délégué, a évalué les offres et abouti aux résultats remis en cause par le requérant ;

considérant que la procédure de passation a été conduite suivant les règles du bailleur de fonds, la banque allemande « KfW » notamment le point 4.4.3 « Evaluation pondérée » des directives pour « la passation des marchés ... dans la coopération financière avec des Pays Partenaires » de janvier 2019 ;

considérant que le représentant de l'autorité contractante (GENERAL PROJECT SARL) a relevé qu'il est surpris du recours dans la mesure où le requérant remet en cause le mode de sélection et la procédure spécifique de la « KfW » utilisée alors qu'il en a été ainsi depuis le début de la procédure ; que le dossier de demande de prix a bien indiqué le droit applicable ; qu'aucun candidat ou soumissionnaire n'a soulevé de problème dans les étapes précédentes de la procédure de passation ; que les résultats du requérant sont conformes aux prescriptions régulières du dossier ;

considérant qu'en réplique, le requérant a fait valoir l'implication du « Fonds Enfants et Jeunes » pour justifier l'application des textes nationaux en la matière ; qu'il n'a pas remis en cause les étapes précédentes de la procédure parce qu'il n'y avait pas d'intérêts ;

considérant que l'attributaire provisoire n'a pas fait d'observations particulières en relevant qu'il a bien respecté les dispositions du dossier ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la plainte de l'entreprise ETF/BATHINY n'est pas fondée ; qu'au regard des pièces produites par General Project SARL, la présente procédure est soumise aux directives de passation de marchés de la banque « KfW » ; qu'en effet, le mode de sélection en plusieurs étapes avec des notes n'est pas utilisé en procédures nationales pour les marchés de travaux ; que, par ailleurs, le droit applicable étant connu depuis le début de la procédure, il appartenait au requérant de soulever le problème dès ce stade afin que les instances compétentes se prononcent sur la question ;

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 ETF/BATHINY est recevable ;**

**-que la demande de prix sus visée reste soumise 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 ETF/BATHINY n'est pas fondée ; qu'au regard des pièces produites par General Project SARL, la présente procédure est soumise aux directives de passation de marchés de la banque KfW ; que, par ailleurs, le droit applicable étant connu depuis le début de la procédure, il appartenait au requérant de soulever le problème dès ce stade ;**

**-de confirmer les résultats provisoires de la demande de prix n°2021-001-Trvx/FEJ/GP pour les travaux de construction d'un dortoir de 38 places et d'un bloc de latrines +douches à l'ANPE de Tenkodogo, dans la Région du Centre-Est pour le compte de Fonds Enfants et Jeunes ;**

**-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 27 mai 2021

Le Président de séance

**Pascal ILBOUDO**

*Chevalier de l'ordre du mérite*