

DECISION N°2021-L0576/ARCOP/ORD

sur recours du Cabinet Maitre Moumounou GNESSIEN (CAMG), agissant au nom et pour le compte du Groupement ESDP-SA/Entreprise YAKNABA, contre les résultats provisoires de l'appel d'offres restreint n°2021-061/MINEFID/SG/DMP pour les travaux de construction d'infrastructures socioéconomiques dans les régions de la Boucle du Mouhoun, des Cascades, du Centre, du Centre-Est, du Centre-Nord, du Centre-Sud, de l'Est, des Hauts-Bassins, du Plateau Central et du Sud-Ouest (lot 04, Est).

**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 01 octobre 2021 de Maitre Moumounou GNESSIEN (CAMG), agissant au nom et pour le compte du Groupement ESDP-SA/Entreprise YAKNABA, contre les résultats provisoires de l'appel d'offres restreint ci-dessus cité ;*

présidé par Monsieur Gislain William TOE, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Yacouba ZONGO, membre de l'ORD ;
- Madame Mariam TRAORE, 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, Madame Corinne OUEDRAOGO, Me Moumounou GNESSIEN et Monsieur Ibrahim YAKNABA, respectivement juriste, avocat et gérant du Groupement ESDP-SA/Entreprise YAKNABA ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur T. Jules COULIBALY, chef de service à la DMP du Ministère l'économie, des finances et du développement (MINEFID) ;

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 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 restreint n°2021-061/MINEFID/ SG/DMP pour les travaux de construction d'infrastructures socioéconomiques dans les régions de la Boucle du Mouhoun, des Cascades, du Centre, du Centre-Est, du Centre-Nord, du Centre-Sud, de l'Est, des Hauts-Bassins, du Plateau Central et du Sud-Ouest (lot 04, Est) ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORD est compétent pour en connaitre ;

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°3195 du jeudi 30 septembre 2021, et que le délai de recours auprès de l'ORD ou de l'autorité contractante courait jusqu'au lundi 04 octobre 2021 ; que le Groupement ESDP-SA/Entreprise YAKNABA a exercé un recours préalable auprès de l'autorité contractante par lettre en date du 1^{er} octobre 2021 ; qu'elle n'a pas répondu dans le délai imparti (05 octobre 2021), ce qui équivaut au rejet implicite ; que c'est ainsi que le groupement requérant a saisi l'ORD par lettre en date du jeudi 07 octobre 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 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;

le Ministère de l'économie, des finances et du développement (MINEFID) a lancé l'appel d'offres restreint n°2021-061/MINEFID/SG/DMP pour les travaux de construction d'infrastructures socioéconomiques dans les régions de la Boucle du Mouhoun, des Cascades, du Centre, du Centre-Est, du Centre-Nord, du Centre-Sud, de l'Est, des Hauts-Bassins, du Plateau Central et du Sud-Ouest (lot 04, Est) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre du Groupement ESDP-SA/Entreprise YAKNABA conforme au DAO ; elle a cependant déclaré la procédure infructueuse en application des dispositions de l'article 173 alinéa 2 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID sus cité ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et soutient que l'article 73 alinéa 2 dispose que : « le nombre de candidats admis à soumissionner, d'un minimum de trois (03), doit assurer une concurrence réelle. Il est ensuite procédé de manière identique comme matière d'appel d'offres ouvert » ; que la procédure d'appel d'offres restreint est satisfaisante car la condition du nombre minimum de trois (03) entreprises est respectée ; que le défaut d'agrément des deux autres groupements ne peut lui être opposé car il a soumis une offre conforme ;

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

sur la discussion,

considérant que l'offre du requérant a été déclarée conforme au DAO ; que, cependant, la CAM a décidé de rendre la procédure infructueuse ;

considérant qu'il s'agit d'un appel d'offres restreint est régi notamment par les dispositions des articles 173 alinéa 2 et 99 alinéa 4 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID sus cité ;

considérant que le requérant a estimé qu'il ne doit pas être sanctionné du fait de la non-qualification de ses concurrents, le nombre de trois (03) soumissionnaires ayant été obtenu ;

considérant que la CAM a noté que l'article 173 alinéa 2 sus cité oblige à consulter des entreprises qualifiés dans le domaine ; qu'en l'espèce, seul le requérant est qualifié, car les deux (02) autres soumissionnaires ne sont pas qualifiés pour défaut d'agrément ; qu'elle ne pouvait faire autrement que de déclarer la procédure infructueuse ; qu'en réalité, les entreprises retenues ont été sélectionnées par d'autres acteurs ; que, sinon, elles n'auraient pas dû être consultés ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a noté qu'il s'agit d'une procédure exceptionnelle régie par des règles particulières ; qu'en effet, l'appel d'offres restreint ne peut être engagé avec des candidats non qualifiés ; que, sinon, il y aurait un vice de procédure grave dans la mesure où les candidats sont censés être consultés en raison de leur qualification reconnu dans le domaine ; qu'aussi, un minimum de concurrence réelle doit être assurée ;

qu'au vu de ces éléments, l'ORD a jugé que la plainte du Cabinet Maitre Moumounou GNESSIEN (CAMG), agissant au nom et pour le compte du Groupement ESDP-SA/Entreprise YAKNABA, n'est pas fondée ; que la non-conformité de ses deux (02) concurrents pour défaut d'agrément ne garantit pas une concurrence réelle conformément aux dispositions des articles 73 alinéa 2 et 99 alinéa 4 ; que c'est donc à bon droit que la CAM a déclaré la procédure infructueuse ;

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 les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours du Cabinet Maitre Moumounou GNESSIEN (CAMG), agissant au nom et pour le compte du Groupement ESDP-SA/Entreprise YAKNABA, est recevable ;

-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 du Cabinet Maitre Moumounou GNESSIEN (CAMG), agissant au nom et pour le compte du Groupement ESDP-SA/Entreprise YAKNABA, n'est pas fondée ; que la non-conformité de ses deux (02) concurrents pour défaut d'agrément ne garantit pas une concurrence réelle conformément aux dispositions des articles 73 alinéa 2 et 99 alinéa 4 ; que c'est donc à bon droit que la CAM a déclaré la procédure infructueuse ;

-de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres restreint n°2021-061/MINEFID/ SG/DMP pour les travaux de construction d'infrastructures socioéconomiques dans les régions de la Boucle du Mouhoun, des Cascades, du Centre, du Centre-Est, du Centre-Nord, du Centre-Sud, de l'Est, des Hauts-Bassins, du Plateau Central et du Sud-Ouest (lot 04, Est) ;

-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 12 octobre 2021

Le Président de séance

Gislain William TOE

Chevalier de l'ordre du mérite, de l'économie et des finances