

DECISION N°2022-L0237/ARCOP/ORD

sur recours du Cabinet d'Avocats Maître Moumounou GNESSIEN (CAMG) agissant au nom et pour le compte du Groupement GERBATP/ECODI contre l'annulation de l'appel d'offres précédé d'une pré qualification n°2021-0502/MID/SG/DMP/SMT-PI pour les travaux d'aménagement et de bitumage de voiries dans les villes de Ouagadougou et Bobo-Dioulasso (lots 3, 5, 7 et 9).

**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 23 mai 2022 du Cabinet d'Avocats Maître Moumounou GNESSIEN (CAMG) agissant au nom et pour le compte du Groupement GERBATP/ECODI contre l'annulation de l'appel d'offres précédé d'une pré qualification ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Madame C. Bila NADEMBEGA/ZOUNGRANA, membre de l'ORD ;
- Madame Aïssata SELIRA/KANAZOE, membre de l'ORD ;
- Madame Irène BAYANE/ZONGO et Monsieur Moïse BAKORBA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Madame Corinne W. OUEDRAOGO, Monsieur Mahamoudou DIALLO, représentants le Groupement GERBATP/ECODI et Maître Moumounou GNESSIEN, Avocat conseil agissant au nom et pour le compte du Groupement GERBATP/ECODI ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Eugène NABI, Michel KAFANDO, Marou ROUAMBA, S. Ardjouma SOMA et Mahamadi BADINI, représentant le Ministère des infrastructures et du désenclavement ;

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 précédé d'une pré qualification 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 contre l'annulation de l'appel d'offres précédé d'une pré qualification n°2021-0502/MID/SG/DMP/SMT-PI pour les travaux d'aménagement et de bitumage de voiries dans les villes de Ouagadougou et Bobo-Dioulasso (lots 3, 5, 7 et 9) ;

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 le communiqué d'annulation de l'appel d'offres précédé d'une pré qualification ci-dessus cité a été publié dans le quotidien des marchés publics n°3360 du jeudi 19 mai 2022 et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 23 mai 2022 ; que le Cabinet d'Avocats Maître Moumounou GNESSIEN (CAMG) agissant au nom et pour le compte de Groupement GERBATP/ECODI a saisi l'ORD par lettre en date du lundi 23 mai 2022 ; 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 des infrastructures et du désenclavement a lancé l'appel d'offres précédé d'une pré qualification n°2021-0502/MID/SG/DMP/SMT-PI pour les travaux d'aménagement et de bitumage de voiries dans les villes de Ouagadougou et Bobo-Dioulasso ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a retenu l'offre du Groupement GERBATP/ECODI aux lots 3, 5, 7 et 9 dans la phase de la pré qualification mais a par la suite annulé l'avis de pré qualification n°2021-0502/MID/SG/DMP/SMT-PI au motif qu'il y a insuffisance de mobilisation de ressources budgétaires prévisionnelles par le Fonds Spécial Routier du Burkina (FSR-B) ;

le conseil du Groupement GERBATP/ECODI conteste cette décision de la CAM et fait valoir que la décision d'annulation de la procédure lèse les intérêts légitimes de son client; que le motif d'insuffisance de ressources budgétaires prévisionnelles n'est pas motivé car il n'est pas sous-tendu par des faits réels ; que cette motivation est contraire aux dispositions de l'article 22 de la loi n°039/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique dans la mesure ou au moment du lancement de la procédure, le ministère des infrastructures disposait de crédits budgétaires suffisants ; que cette décision est empreinte d'un détournement de pouvoir ; qu'elle n'a pas été faite dans l'intérêt du service public mais pour d'autres considérations étrangères à l'intérêt public ;

il sollicite donc de l'ORD un examen de cette décision d'annulation afin de le rétablir dans ses droits ;

sur la discussion,

considérant que le requérant conteste l'annulation de la procédure tirée de l'insuffisance de crédits ; qu'il dit maintenir ses moyens de défense sus développés ;

considérant que la CAM a noté que le motif d'annulation de la présente procédure est clairement énoncé dans le communiqué paru dans la revue des marchés publics ; que cette annulation se justifie par l'insuffisance de mobilisation des ressources ; qu'elle rappelle que le processus de sélection des entreprises a débuté en 2021 sous financement du Fonds Spécial Routier (FSR) ; que ce dernier a eu des difficultés de mobilisation des ressources dues à la fermeture des péages dans la région de l'Est eu égard au contexte sécuritaire que le pays traverse ; qu'étant une structure autonome, le FSR tire ses ressources sur les péages et les taxes sur les produits pétroliers ; qu'en 2022, il était obligé de restructurer ses lignes budgétaires compte tenu des difficultés de trésorerie liées à des remboursements anticipés de crédits d'un montant de soixante-sept milliards trois cent millions deux cent vingt-trois mille neuf cent quatre-vingt-deux (67 300 223 982) FCFA ; qu'il était donc difficile de poursuivre le processus de passation des présents marchés ; que pour une prévision de vingt un milliards huit cent cinquante-trois millions (21 853 000 000) FCFA, il a actuellement une disponibilité de quatorze milliards trois cent cinquante-huit millions (14 358 000 000) FCFA pour le paiement desdits marchés ; que de cet fait, le besoin sera redimensionné et la procédure relancée ; qu'il n'a pas délibérément voulu l'annulation de la présente procédure ; que pour des principes de bonne gouvernance, il y a lieu de procéder de la sorte ;

considérant que le conseil de ESSAF SARL réfute ces positions de la CAM et fait valoir que le Ministre des Infrastructures a clairement annoncé à travers les médias la mobilisation des ressources nécessaires à travers le FSR pour la réalisation de la phase 2 du programme d'entretien routier ; que le FSR étant une structure autonome, il ne devrait subir ni de gel de fonds, ni de restructuration, ni de régulation budgétaire ; que les ressources étant insuffisantes et non absentes, il y a lieu de procéder à des ajustements et donner suite à la présente procédure entamée depuis juin 2021 ;

considérant que la CAM explique que l'ajustement dont le requérant fait cas, a été envisagé mais non possible au regard du budget disponible et des délais ; qu'un nouveau dossier sera constitué tenant compte des besoins prioritaires et du budget disponible ;

considérant que le requérant dit déplorer la conduite des dossiers au ministère des infrastructures ; que ce dernier a l'habitude d'annuler les procédures sans pour autant donner des explications valables ; que la préparation d'une offre nécessite une mobilisation conséquente de ressources ; qu'il subit un préjudice du fait de l'annulation de la présente procédure ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications documentaires, note qu'effectivement en date du 13 décembre 2021, un remboursement anticipé de crédits d'un montant de soixante-sept milliards trois cent millions deux cent vingt-trois mille neuf cent quatre-vingt-deux (67 300 223 982) FCFA a été effectué à ECOBANK sur demande du FSR ; que ce fait a occasionné des difficultés de trésorerie du Fond spécial routier entraînant ainsi un redimensionnement du présent projet ; qu'au regard du montant actuellement disponible soit quatorze milliards trois cent cinquante-huit millions (14 358 000 000) FCFA contre vingt un milliards huit cent cinquante-trois millions (21 853 000 000) FCFA, c'est à bon droit que la commission a décidé de l'annulation de la procédure en vue de sa reprise ;

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 le communiqué d'annulation ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de Cabinet d'Avocats Maître Moumounou GNESSIEN (CAMG) agissant au nom et pour le compte du Groupement GERBATP/ECODI est recevable ;

-que l'appel d'offres précédé d'une pré qualification 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 d'Avocats Maître Moumounou GNESSIEN (CAMG) agissant au nom et pour le compte du Groupement GERBATP/ECODI n'est pas fondée ;

-de confirmer la décision d'annulation de l'appel d'offres précédé d'une pré qualification n°2021-0502/MID/SG/DMP/SMT-PI pour les travaux d'aménagement et de bitumage de voiries dans les villes de Ouagadougou et Bobo-Dioulasso (lots 3, 5, 7 et 9) ;

-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 2022

Le Président de séance

Gislain William TOE

Chevalier de l'ordre de mérites,
de l'économie et des finances