

DECISION N°2022-L0437/ARCOP/ORD

sur recours de SOGEDIM BTP SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2022-001/MESRI/SG/UNB/P/CDP/PRM pour les travaux de réhabilitation des amphithéâtres, des salles de cours et d'atelier de travaux pratiques dans le cadre du contrat de performance au profit de l'Université Nazi Boni (UNB).

**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 septembre 2022 de SOGEDIM BTP SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres 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 ;
- Monsieur Michel BADOLO, 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 Yacouba CONOMBO et Yves Anderson OUEDRAOGO, représentant SOGEDIM BTP SARL ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Serge Eric BAYALA et Billy ZONGO, représentant l'Université Nazi Boni (UNB) ;

- au titre de l'attributaire provisoire, Mesdames Fellindra Shella KONATE, Gnoubly Yasmine KONE et Messieurs Ibrahim ZIDWEMBA, W Issa COMPAORE, Sayouba ZIDWEMBA, A Karim LENGLENGUE, Issa ILBOUDO, Saidou OUEDRAOGO, représentant le Groupement WILL.COM BF/WILL.COM CI ;

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 ouvert accéléré n°2022-001/MESRI/SG/UNB/P/CDP/PRM pour les travaux de réhabilitation des amphithéâtres, des salles de cours et d'atelier de travaux pratiques dans le cadre du contrat de performance au profit de l'Université Nazi Boni (UNB) ;

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°3435 du jeudi 01 septembre 2022, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 05 septembre 2022 ; que SOGEDIM BTP SARL a saisi l'ORD par lettre en date du jeudi 01 septembre 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 de l'enseignement supérieur de la recherche et de l'innovation a lancé l'appel d'offres ouvert accéléré n°2022-001/MESRI/SG/UNB/P/CDP/PRM pour les travaux de réhabilitation des amphithéâtres, des salles de cours et d'atelier de travaux pratiques dans le cadre du contrat de performance au profit de l'Université Nazi Boni (UNB) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de SOGEDIM BTP SARL conforme et l'a classé en 2^{ème} position après le groupement attributaire constitué par les sociétés WILL.COM ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que l'offre de l'attributaire provisoire, le groupement WILL.COM BF/WILL.COM CI n'est pas conforme ; qu'en effet, celui-ci a fourni une caution de soumission d'une institution de microfinances en lieu et place d'une caution de banque conformément au DAO ; que, par ailleurs, il conteste l'authenticité des marchés similaires fourni par le groupement WILL.COM BF/WILL.COM CI puisque les activités menées par celui-ci dans le domaine des bâtiments de travaux publics sont récents ; qu'il ne peut donc pas avoir des marchés similaires conformes ;

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

sur la discussion,

considérant que le dossier d'appel d'offres (DAO), au point IS 19.1 des données particulières a requis une garantie de soumission en ces termes « Le montant de la garantie de l'offre **sous forme bancaire, est : cinq million deux cent mille (5 200 000) francs CFA** » ; qu'à son point 7, l'avis d'appel d'offres a repris exactement les mêmes dispositions ;

considérant que, dans les critères d'éligibilité et de qualification, le DAO a également fait obligation aux soumissionnaires de produire au moins deux (02) marchés similaires exécutés dans les trois dernières années ;

considérant que l'autre pan du recours repose sur le fait qu'au point 11.1 (b) des IS des données particulières, le DAO a exigé que les soumissionnaires soient titulaires d'un agrément technique de catégorie B3 en matière de construction ;

considérant que l'attributaire provisoire a produit un mémoire en défense parvenu à l'ORD le jour de l'audience ; qu'en substance, le groupement constitué des sociétés WILL.COM a réfuté la non-conformité de sa garantie de soumission et de ses marchés similaires présentés comme étant non authentiques ; que, sur la garantie de soumission d'une institution de microfinance qu'il a présentée, il juge qu'elle est conforme en citant notamment l'article 19 des IS du DAO, l'article 95 alinéa 3 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01/02/20217 et la circulaire n°08/ARMP/CRD du 26/09/2011 relative au choix des garanties dans les marchés publics ; que, pour lui, toutes ces références juridiques permettent de présenter des garanties provenant des institutions de microfinance ; qu'en ce qui concerne les marchés similaires, il en a produit trois (03) bien authentiques ; que l'argument selon lequel il serait nouveau en matière de travaux de BTP n'est pas pertinent ; qu'il a aussi produit un agrément technique en matière de travaux conformément aux exigences du dossier ; que ce point doit être déclarée irrecevable pour défaut de motivation ; qu'enfin, le groupement WILL.COM a noté que l'agrément de SOGEDIM BTP n'est pas valide car il a produit un agrément expiré depuis avril 2021 ; qu'il aurait sollicité le renouvellement après l'expiration de l'agrément et que c'est ce qui expliquerait que SOGEDIM BTP n'ait pas encore obtenu le renouvellement ;

considérant que le requérant a réaffirmé ses arguments ci-dessus exposés ; qu'il estime que le groupement attributaire n'est compétent pour réaliser les travaux envisagés ; que s'agissant de l'accusation du groupement attributaire sur la validité de son agrément technique, il note qu'il est en règle vis-à-vis de l'Administration et que c'est ce qui explique que la CAM ait déclaré son offre conforme ; qu'il a produit un agrément expiré certes mais avec la demande de renouvellement introduite depuis plus d'une (01) année auprès des services compétents en la matière ; que la CAM peut vérifier auprès du Ministère chargé des travaux de construction en BTP ; que son offre ne peut donc être rejetée sur ce point ;

considérant que la CAM a noté que le groupement attributaire a produit deux (02) marchés similaires ; qu'elle n'a pas vu d'éléments permettant de remettre en cause l'authenticité desdits marchés ; que, sur la forme de la garantie de l'offre (garantie de soumission), la discussion a eu lieu au sein de la CAM ; que les avis étaient partagés, ce qui a conduit à considérer toutes les formes de garanties (institutions de microfinance ou banques) ; que s'agissant de l'agrément technique de SOGEDIM BTP, au regard des circonstances relatées par la société, elle l'a considéré comme étant valide ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la procédure d'appel d'offres est financé dans le cadre d'un projet de la Banque mondiale ; qu'elle a été conduite suivant le droit du bailleur de fond ; que la procédure suit le régime de la Banque mondiale conformément à l'article 5 de la loi n°039-2016/AN du 02/12/2016 relative à la prééminence des directives des bailleurs de fonds lorsque la convention de financement le prévoit ; qu'il suffit de regarder le modèle du DAO pour s'en convaincre ; que, visiblement, le DAO semble avoir exigé une garantie sous forme bancaire comme cela après à plusieurs niveaux dans le dossier (avis, données particulières, modèle de la garantie d'offres) ; que les vérifications ont cependant permis d'établir qu'il arrive que la Banque mondiale accepte des garanties d'institutions de microfinance ;

qu'ainsi, la plainte de SOGEDIM BTP SARL est a priori fondée ; qu'au regard du droit applicable (procédure Banque mondiale), il convient de renvoyer la CAM à s'assurer auprès du bailleur de fonds de la recevabilité des garanties de soumission fournies par les institutions de microfinance ;

considérant que, sur les marchés similaires de l'attributaire provisoire, il y a lieu d'enjoindre à la CAM de procéder à la vérification des marchés similaires du groupement WILL.COM BF/WILL.COM CI et du requérant SOGEDIM BTP ; qu'en effet, il y a des éléments de doutes sérieux en lien notamment avec le caractère récent de l'agrément du groupement et des procédures antérieures devant l'ORD ; qu'enfin, l'agrément technique de SOGEDIM BTP ayant été mise en cause, il convient de requérir son contrôle ; que la CAM doit rendre compte à l'ARCOP des résultats des vérifications avant d'en tirer les conséquences ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et d'infirmer les résultats provisoires sous réserve des éléments obtenus des vérifications ordonnées ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de SOGEDIM BTP SARL 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 de SOGEDIM BTP SARL est fondée ; qu'au regard de la procédure Banque mondiale, il convient de renvoyer la CAM à s'assurer auprès du bailleur de fonds de la recevabilité des garanties de soumission fournies par les institutions de micro finance ;

-que, sur les marchés similaires de l'attributaire provisoire, il y a lieu d'enjoindre à la CAM de procéder à la vérification des marchés similaires du groupement WILL.COM BF/WILL.COM CI et du requérant SOGEDIM BTP ;

-qu'enfin, l'agrément technique de SOGEDIM BTP ayant été mise en cause, il convient de requérir le contrôle de son agrément dans les travaux ; que la CAM doit rendre compte à l'ARCOP des résultats des vérifications avant d'en tirer les conséquences ;

-d'infirmier, sous réserve des vérifications, les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2022-001/MESRI/SG/UNB/P/CDP/PRM pour les travaux de réhabilitation des amphithéâtres, des salles de cours et d'atelier de travaux pratiques dans le cadre du contrat de performance au profit de l'Université Nazi Boni (UNB) ;

-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 05 septembre 2022

Le Président de séance

Gislain William TOE

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