

DECISION N°2023-L0025/ARCOP/ORD

sur demande de retrait du Ministère des Infrastructures et du Désenclavement (MID) de la décision n°2023-L0007/ARCOP/ORD du 04 janvier 2023, rendue suite aux recours de l'Entreprise de l'Avenir (lot 02), du Groupement EBTM Sarl/COMOB Sarl/DS (lot 18) et du Groupement S.E.N.E.F/XYLOM CONSTRUCTION Ltd (lot 24) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2021-1102/MID/SG/DMP/SMT-PI pour les travaux d'aménagement d'environ 478 km de pistes rurales dans dix (10) régions du Burkina Faso.

**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/MENEFID du 01 février 2017 portant attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;*
- Vu** *le décret n°2017-0049/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public ;*
- Vu** *le décret n°2017-0051/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 11 janvier 2023 du Ministère des Infrastructures et du Désenclavement contre la décision rendue par l'ORD en sa séance du 04 janvier 2023 ;*

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

en présence de :

- Monsieur Charles Marie Bernard SORGHO, membre de l'ORD ;
- Madame Mariam TRAORE, membre de l'ORD ;
- Madame K. Irène BAYANE/ZONGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Y. Eugène NABI et Dié Laurent S MILLOGO, représentant MID ;

- au titre des entreprises précédemment requérantes :
 - Madame Kilmiadi OUOBA, représentant l'Entreprise de l'Avenir ;
 - Messieurs Pascal BAMBARA, Halidou DAOUEGA et Seydou TRAORE, représentant du Groupement EBTM Sarl/COMOB Sarl/DS ;
 - Monsieur Hiliat SAWADOGO, représentant du Groupement S.E.N.E.F/XYLOM CONSTRUCTION Ltd ;
- au titre des attributaires provisoires :
 - Monsieur Fabrice OUEDRAOGO, représentant l'entreprise EROF ;
 - Monsieur Sosthène ZOUNGRANA, représentant le Groupement EZOS Sarl/TRAROBA BTP ;
 - Mesdames Alida S COMPAORE et Valérie KABORE, représentant le Groupement URSON GROUP/MAUBIN ;

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 la demande de retrait susvisée reste soumise aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MENEFID 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/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 ci-dessus visé, l'ORD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ; que, par ailleurs, l'article 39 alinéa 1^{er} du décret n°2017-0050 ci-dessus visé dispose que les décisions de l'ORD, en tant qu'actes administratifs, sont susceptibles de retrait dans un délai de quinze (15) jours ouvrables à compter de leur prononcé ;

considérant que le Ministère des Infrastructures et du Désenclavement a saisi l'ORD à l'effet de voir retirer sa décision rendue en sa séance du 04 janvier 2023, suite aux recours de l'Entreprise de l'Avenir (lot 02), du Groupement EBTM Sarl/COMOB Sarl/DS (lot 18) et du Groupement S.E.N.E.F/XYLOM CONSTRUCTION Ltd (lot 24) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2021-1102/MID/SG/DMP/ SMT-PI pour les travaux d'aménagement d'environ 478 km de pistes rurales dans dix (10) régions du Burkina Faso ;

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 39, alinéa 1 du décret n°2017-0050 ci-dessus visé, « Les décisions de l'Organe de règlement des différends sont exécutoires dès leur prononcé sauf en cas de retrait dans les quinze (15) jours ouvrables suivant la date de prononcé de celles-ci » ; considérant que la décision attaquée est intervenue le 04 janvier 2023 ; que le délai pour introduire une demande de retrait auprès de l'ORD courait jusqu'au mercredi 25 janvier 2023 ; que le Ministère des Infrastructures a saisi l'ORD par lettre en date du 11 janvier 2023, qu'il apparaît que la condition de délai susmentionnée a été respectée par le requérant ;

qu'en conséquence, elle est recevable et mérite d'être appréciée au fond ;

AU FOND :

sur les faits,

le Ministère des infrastructures et du désenclavement a lancé l'appel d'offres ouvert n°2021-1102/MID/SG/DMP/SMT-PI pour les travaux d'aménagement d'environ 478 km de pistes rurales dans dix (10) régions du Burkina Faso ;

la commission d'attribution des marchés avait déclaré les offres de l'Entreprise de l'Avenir (lot 02), du groupement UNITED TRADING SOCIETY/ABTP (lot 18), du groupement EBTM SARL/COMOB SARL/DS (lot 24) conformes mais non attributaires des marchés ; cependant, l'offre du Groupement S.E.N.E.F/XYLOM CONSTRUCTION Ltd a été écartée au motif qu'elle est anormalement basse ;

ces entreprises non satisfaites des résultats provisoires ont contesté devant l'ORD l'irrégularité de l'analyse des offres et de l'attribution des marchés ;

l'ORD vidant sa saisine le 04 janvier 2023, avait décidé que les plaintes des entreprises requérantes étaient fondées et infirmé les résultats provisoires des lots 02, 18 et 24 ;

la commission d'attribution des marchés non satisfaite de la décision de l'ORD demande le retrait et fait valoir qu'à l'examen des requêtes , il ressort que l'ensemble des plaintes se fondent sur un seul moyen ; que pour les requérants et l'ORD la production d'une pièce non authentique dans une offre corrompt toute l'offre qui ne doit pas être prise en compte dans le calcul de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée ; que l'évaluation est un processus qui comprend trois (03) principales étapes à savoir : l'examen de conformité pour déterminer les offres techniquement conformes, ensuite l'examen exhaustif des offres au cours de laquelle les corrections arithmétiques et ajustements pour omission sont opérés et qui permettent de déterminer les offres anormalement basses ou élevées, et enfin l'évaluation de la capacité du soumissionnaire ou la post qualification ;

que le processus d'analyse des offres étant progressif, la non-conformité et même le faux constaté au niveau des éléments de la post qualification ne saurait influencer rétroactivement sur l'analyse effectuée aux étapes précédentes en l'espèce le calcul de l'offre anormalement basse ou élevée ; que la non-conformité d'un élément de post qualification entrainera le retrait de l'offre concernée à ce stade sans préjudice des poursuites disciplinaires et pénales ; que la qualité technique d'une offre ne saurait être mise en cause par un élément de post qualification ;

qu'en conséquence, il sollicite de l'ORD le retrait de la décision n°2023-L0007/ARCOP/ORD du 04 janvier 2023 ;

sur la discussion,

considérant que le requérant réitère ces moyens sus développés ; que certes la production d'un document frauduleux est condamné par les textes en vigueur mais ne devrait pas avoir un impact sur le calcul des offres anormalement basses ou élevées si ce document relève d'un critère de post qualification ; que l'évaluation étant un processus suivant des étapes il ne peut y avoir une rétroactivité ; qu'il s'agit en l'espèce d'une question d'objectivité dont il faut en tenir compte ;

considérant que l'entreprise de l'Avenir fait valoir que le faux corrompt absolument tout, signifie que l'entreprise ayant produit un document frauduleux doit être écartée de toute la procédure ; que les effets juridiques de la falsification sont rétroactifs ; que quel que soit le niveau d'évaluation des offres, la découverte du faux engendre systématiquement le retrait de cette offre dans tous les lots ; qu'il faut donc l'écarter de toute la procédure ;

considérant que le groupement SENE/XYLOM note que la décision rendue est bonne car l'on ne peut admettre le faux dans la procédure d'attribution des marchés ; que le faux corrompt la régularité de toute l'offre ;

considérant que le groupement EBTM SARL/COMOB SARL/DS relève que par dénonciation, il avait remis en cause le chiffre d'affaires et la référence similaire du groupement ESOS SARL/TRAOROBA BTP ; que la CAM a induit l'ORD en erreur par des vérifications sur pièces ; qu'il a lui-même procédé à des vérifications à la source lors de son voyage au Togo et le chiffre d'affaires de TRAROBA BTP se présente comme suit :-2019 : néant ; -2020 : 6 099 000 FCFA ; -2021 : 8 990 000 FCFA ; que le fait que l'entreprise TRAROBA BTP soit, affiliée à la division des impôts d'Adigogome, petite division comme le cas des entreprises du Régime Réel Simplifié d'Imposition (RSI) au Burkina Faso, prouve qu'elle a un chiffre d'affaires de moins de soixante millions (60 000 000) FCFA ; que l'entreprise EZOS SARL a un chiffre d'affaires global de six cent huit millions trois cent trente un mille huit cent cinquante-six (608 331 856) FCFA ; que le dossier ayant exigé un chiffre d'affaires d'un milliard cinq cent soixante-quinze millions (1 575 000 000) FCFA montre que le groupement n'a pas satisfait à cette exigence ;

que le groupement a en réalité un chiffre d'affaires total de six cent vingt-trois millions quatre cent vingt mille huit cent cinquante-six (623 420 856) FCFA s'il n'avait pas procédé à des falsifications ; qu'il est donc certain que le chiffre d'affaires et les bilans certifiés transmis par l'entreprise TRAROBA BTP comme documents authentiques sont faux et ont été produits à l'effet de se faire attribuer le marché ; qu'également le marché similaire produit pas TRAROBA BTP est le fruit d'une falsification dans la mesure où le dossier a exigé un marché similaire d'un montant de quatre cent millions (400 000 000) FCFA ; que cette dernière ne peut respecter l'exigence du marché similaire car son chiffre d'affaires est inférieur à vingt millions (20 000 000) FCFA ;

considérant que le groupement URSON GROUP/MAUBIN dit prendre acte de la demande de retrait de la décision par l'autorité contractante ; qu'il rappelle que le principe général du droit selon lequel le faux corrompt absolument tout ne concerne pas le lot 24 ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que le requérant n'a apporté aucun élément nouveau ou motif d'illégalité permettant de remettre en cause la décision rendue le 04 janvier 2022 ; que toutes les questions soulevées ont déjà fait l'objet d'analyse lors de la dernière séance ; qu'il rappelle que le fait de fraude en matière de commande publique est puni par les textes en vigueur ; qu'il va au-delà d'une simple non-conformité ; que dans ce sens, les conséquences juridiques du faux annulent tous les effets déjà produits antérieurement ; qu'il apparait que la demande de retrait n'est pas fondée et qu'elle doit en conséquence être rejetée ;

que par ailleurs, l'ORD relève qu'au regard des déclarations du groupement EBTM SARL/COMOB SARL/DS et des documents versés dénonçant la production des documents frauduleux produits par l'entreprise TRAROBA BTP, il y a lieu de renvoyer la CAM à vérifier à la source auprès des autorités contractantes concernées l'authenticité du chiffres d'affaires et du marché similaire de cette dernière ;

que la CAM doit faire ampliation des résultats des vérifications à l'ARCOP ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la demande de retrait du Ministère des Infrastructures et du Désenclavement n'est pas fondée et de confirmer la décision n°2023-L0007/ARCOP/ORD du 04 janvier 2023 ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que la demande de retrait du Ministère des Infrastructures de la décision rendue par l'ORD en sa séance du 04 janvier 2023 est recevable ;

-que l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-que la demande de retrait du Ministère des Infrastructures et du Désenclavement n'est pas fondée ;

-de confirmer la décision n°2023-L0007/ARCOP/ORD du 04 janvier 2023, rendue suite aux recours de l'Entreprise de l'Avenir (lot 02), du Groupement EBTM Sarl/COMOB Sarl/DS (lot 18) et du Groupement S.E.N.E.F/XYLOM CONSTRUCTION Ltd (lot 24) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2021-1102/MID/SG/DMP/ SMT-PI pour les travaux d'aménagement d'environ 478 km de pistes rurales dans dix (10) régions du Burkina Faso ;

-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 partout où besoin sera.

Ouagadougou, le 16 janvier 2023

Le Président de séance

Gislain William TOE

*Chevalier de l'Ordre de Mérite,
de l'Economie et des Finances*