

DECISION N°2023-L0089/ARCOP/ORD

sur recours de l'Entreprise de l'Avenir 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 (lot 02).

**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 13 février 2023 de l'Entreprise de l'Avenir contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

présidé par Madame Ida OUEDRAOGO/PARE, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Christophe BADO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Soumaïla SORGHO, membre de l'ORD ;
- Madame Awa ZARE/KONATE et Monsieur Moïse BAKORBA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Madame Kadidia SANOU et Monsieur Saidou OUEDRAOGO, représentant l'Entreprise de l'Avenir ;
- au titre de l'autorité contractante, Mesdames W. Edwige OUEDRAOGO Aude Jacqueline BAYALA/SIMPORE, Messieurs Julien OUEDRAOGO, Dieudonné LINGANI, Tidiani SAWADOGO et Moïse SEMDE, représentant le Ministère des infrastructures et du désenclavement (MID) ;

- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Cyrille Stéphane NEYA représentant EROF ;

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 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 (lot 02) ;

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°3546 du vendredi 03 février 2023, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mardi 07 février 2023 ; que l'Entreprise de l'Avenir a fait un recours préalable en date du mardi 07 février 2023 ; qu'insatisfaite de la réponse de l'autorité contractante, elle a saisi l'ORD par lettre en date du lundi 13 février 2023 ; 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 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 ;

Les premiers résultats ont été publiés le mercredi 21 décembre 2022 et contestés par plusieurs entreprises dont le présent requérant ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) avait déclaré l'offre de l'Entreprise de l'Avenir conforme mais l'offre avait fait l'objet de correction du fait d'une discordance entre les montants en lettres dans le bordereau des prix unitaires et en chiffres dans le devis quantitatif au niveau des tâches 302, 401, 402, 601.3 et 702 entraînant ainsi une variation en plus-value de 52 749 304 soit +6,90% ;

le requérant contestait cette décision de la CAM faisant valoir que la prise en compte de l'entreprise SGT dans l'analyse des offres n'était pas conforme ; que cette dernière avait été déclarée non conforme au lot 08 au motif qu'elle avait produit un chiffre d'affaires non authentique ; qu'elle ne pouvait user de manœuvres frauduleuses dans la présente procédure et voir son offre être déclarée conforme au lot 02 ; que le fait de faux ayant été établi, la CAM devrait tirer toutes les conséquences de droit y relatives ; que la CAM avait violé le principe selon lequel le faux corrompt tout dans la mesure où les offres fournies aux lots 02 et 08 concernaient la même procédure ; que cette offre ne pouvait nullement être intégrée dans l'application de la formule M ; que la jurisprudence abondante et constante de l'ORD retient que la production d'un document non authentique dans un appel à concurrence alloti corrompt l'offre dans tous les lots du soumissionnaire ; qu'ainsi, en reprenant les calculs avec les offres techniquement conformes, il avait l'offre la plus avantageuse;

après analyse l'ORD rendait la décision n°2023-L007/ARCOP/ORD du 4 janvier 2023 ; où la plainte de l'Entreprise de l'Avenir a été déclarée fondée au lot 02 ;

la CAM a mis en œuvre la décision du 4 janvier 2023 d'où les résultats du 03 février 2023 ; la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de l'Entreprise de l'Avenir conforme mais non attributaire ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que l'attributaire provisoire (EROF) a produit un chiffre d'affaires erroné, des marchés similaires falsifiés et des cartes grises non authentiques ; que selon ses calculs, l'attributaire provisoire a un chiffre d'affaires total de 846.190.235F CFA, ce qui est en deçà du montant exigé par le dossier ; que ce dernier ne dispose pas de marchés similaires, il s'agit de la falsification pour se faire octroyer ledit marché ; qu'il en est de même pour les cartes grises qui sont non authentiques ; que l'offre de l'attributaire provisoire est anormalement basse en reprenant les calculs avec les offres techniquement conformes sans celle de S3G ; que la variation du budget est contestable car dans l'avis du dossier d'appel d'offres, il est de 996.382.424 F CFA et dans la publication rectificative des résultats, il est de 996.050.574 F CFA ;

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

sur la discussion,

considérant qu'il s'agit en l'espèce de vérifier la mise en œuvre de la décision n°2023-L007/ARCOP/ORD du 04/01/2023 ; qu'en substance, il ressort de cette décision sus visée que la plainte de l'Entreprise de l'Avenir est fondée au lot 02 ; qu'au lot 08, l'entreprise SGT a été écartée de la procédure pour avoir produit un certificat de chiffre d'affaires non authentique ; que certes au regard des affirmations de la CAM, l'analyse des offres se faisant par étape, toute non-conformité constatée à l'étape d'examen des critères de post qualification n'a pas en principe un impact sur le calcul des offres anormalement basses ou élevées ; que cependant, en l'espèce, au-delà de l'évaluation des offres par étape, il est question ici de la production d'un document frauduleux par l'entreprise SGT ; que la production de ce document non authentique corrompt la régularité de son offre dans tous les lots auxquels cette dernière a pris part ; que s'il ne s'agit pas du même lot, il reste qu'il s'agit de la même procédure d'appel d'offres et que la CAM a eu connaissance de la production du chiffre d'affaires non authentique ; qu'indépendamment de l'étape de l'évaluation à laquelle, l'acte soupçonné de faux a été constaté, la CAM ne peut pas l'ignorer et doit conclure au rejet de l'offre qui ne saurait plus être retenue comme étant techniquement conforme ; qu'ainsi, son offre ne devrait donc pas être prise en compte dans la formule de calcul des offres anormalement basses ou élevées ; que c'est donc à bon droit que le requérant soulève cette irrégularité dans la présente procédure ;

considérant que l'offre du requérant a été déclarée conforme mais non attributaire du marché en raison du caractère non moins disant de son offre ;

considérant que le requérant a réaffirmé ses moyens de défense sus mentionnés ;

considérant que la CAM a noté qu'elle a examiné la dénonciation du requérant après l'avoir reçue ; qu'elle a informé celui-ci que des vérifications seront effectuées ; qu'elle signale que le requérant a été écarté aussi dans une procédure pour chiffre d'affaires non authentique ; que l'ORD ne devrait pas admettre que des soumissionnaires se basent sur d'autres procédures pour faire des plaintes ; qu'il faut être techniquement conforme avant l'application de la formule de l'offre anormalement basse ; qu'après cette application les éléments de la post qualification sont appréciés pour choisir l'attributaire provisoire ; que le chiffre d'affaires fait partie des éléments de la post qualification ; qu'une offre ne peut pas être écartée du calcul de la formule de l'offre anormalement basse sur fondement des éléments de la post qualification ;

considérant que le requérant a signalé que le premier point de sa plainte est sans objet ; que la CAM a répondu à son recours préalable en le rassurant que des vérifications d'authentications seront effectuées ;

considérant que l'attributaire provisoire EROF a noté que la dénonciation porte atteinte à l'intérêt de son entreprise ; que les chiffres d'affaires de 2020, 2021 cités par le requérant ne concernent pas son entreprise ; qu'il existe deux(02) entreprises EROF, l'Entreprise Rouamba et Fils et l'Entreprise Rouamba et Frères ; que son Entreprise Rouamba et Fils n'a pas participé aux différentes procédures citées dans la plainte ; que de plus les éléments soulevés contre son offres sont ceux de la post qualification ; que son offre ne peut pas être écartée de l'application de la formule de l'offre anormalement basse pour ces motifs ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la plainte de l'Entreprise de l'Avenir est irrecevable sur le point de la non-conformité de l'attributaire provisoire (EROF) tirée de la non authenticité des références similaires, du chiffre d'affaires et des cartes grises ; qu'en effet les résultats ont été publiés pour la première fois le mercredi 21 décembre 2022 ; que celui-ci ne peut plus soulever d'autres motifs de non-conformité qui existaient déjà dans les premiers résultats ;

que la plainte de l'entreprise de l'Avenir n'est pas fondée sur l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée ; qu'en effet l'offre de l'entreprise S3G ne peut pas être écartée de l'application de cette formule car les griefs retenus contre l'offre de celui-ci relativement à la non production du chiffre d'affaires sont ceux de la post qualification ;

que la CAM est tenue de communiquer à l'ARCOP toutes les pièces jugées non authentiques dans le cadre de la présente procédure pour toutes fins utiles ; qu'elle doit par ailleurs vérifier l'authenticité des cartes grises de l'attributaire provisoire du lot 2 ;

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 de l'Entreprise de l'Avenir 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 l'Entreprise de l'Avenir est irrecevable sur le point de la non-conformité de l'attributaire provisoire tirée de la non authenticité des références similaires, du chiffre d'affaires et des cartes grises ;

-que la plainte de l'entreprise de l'Avenir n'est pas fondée sur l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée ;

-que la CAM est tenue de communiquer à l'ARCOP toutes les pièces jugées non authentiques dans le cadre de la présente procédure pour toutes fins utiles ; qu'elle doit par ailleurs vérifier l'authenticité des cartes grises de l'attributaire provisoire du lot 2 ;

-de confirmer sous réserve 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 (lot 02) ;

-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 15 février 2023

La Présidente de séance

Ida OUEDRAOGO/PARE
Chevalier de l'ordre de l'étalon