

DECISION N°2023-L0252/ARCOP/ORD

sur recours de ELOMA SARL, de l'ENTREPRISE WENDIN MALGRE et du Groupement SOBUTRA SA/GERBATP SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international n°2023-003/MESRI/SG/UJKZ/P/CDP/PRM pour les travaux de réfection de laboratoires et de bâtiments pédagogiques dans le cadre du Contrat de Performance de l'Université Joseph KI-ZERBO.

**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 lettres en dates du 17 mai 2023 de ELOMA SARL, de l'ENTREPRISE WENDIN MALGRE et du Groupement SOBUTRA SA/GERBATP SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

présidé par Monsieur Issa ZERBO, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Madame C. Bila NADEMBEGA/ZOUNGRANA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Soumaïla ZORGHO, membre de l'ORD ;
- Mesdames Awa ZARE/KONATE et K. Irène BAYANE/ZONGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :
 - Messieurs Faouzi MAIGA, Hiliass SAWADOGO et Dieudonné KIENDREBEOGO, représentant le Groupement SOBUTRA SA/GERBATP SARL ;

- Madame Bibata SANA, Maître Moumounou GNESSIEN, et Monsieur Jacob W ILBOUDO représentant l'ENTREPRISE WENDIN MALGRE ;
 - ELOMA SARL, régulièrement convoqué mais absent ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Tolo SANOU, Idrissa ZONGO et Karim YAMEOGO, représentant l'Université Joseph KI-ZERBO ;
 - au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Jean Claude BADOLO, représentant le Groupement FORIV SARL/FASO CONCEPT SARL/IMEA-BTP SARL ;

rend la présente décision fondée sur la régularité des 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 les recours concernent la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international n°2023-003/MESRI/ SG/UJKZ/P/CDP/PRM pour les travaux de réfection de laboratoires et de bâtiments pédagogiques dans le cadre du Contrat de Performance de l'Université Joseph KI-ZERBO ;

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°3617 du lundi 15 mai 2023, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mercredi 17 mai 2023 ; que ELOMA SARL, l'ENTREPRISE WENDIN MALGRE et le Groupement SOBUTRA SA/GERBATP SARL ont saisi l'ORD par lettres en date du mercredi 17 mai 2023 ; que par ailleurs, les recours sont conformes 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 les déclarer recevables ;

considérant par ailleurs, que par lettre en date du 19 mai 2023, ELOMA SARL a retiré sa plainte pour erreur d'appréciation des griefs soulevés qui compromet le succès de son recours ; que l'ORD a donc pris acte du désistement ; que sa plainte est donc devenue sans objet ;

considérant que l'ORD décide de s'auto saisir conformément à l'article 34 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID ci-dessus cité au regard des faits évoqués dans la requête de ELOMA SARL : qu'il y a donc lieu de renvoyer la CAM à vérifier l'authenticité des marchés similaires aussi bien du requérant ELOMA SARL, que ceux de l'attributaire provisoire et d'en tirer toutes les conséquences de droit ; que les résultats des vérifications doivent être versés à l'ARCOP ;

AU FOND :

sur les faits,

l'Université Joseph KI-ZERBO a lancé l'appel d'offres ouvert international n°2023-003/MESRI/ SG/UJKZ/P/CDP/PRM pour les travaux de réfection de laboratoires et de bâtiments pédagogiques dans le cadre du Contrat de Performance de l'Université Joseph KI-ZERBO ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré :

l'offre de l'ENTREPRISE WENDIN MALGRE non conforme au motif que le chiffre d'affaires annuel moyen de trois ans est inférieur à celui demandé dans le dossier ; que le numéro du marché de nature et de complexité similaire sur l'attestation de bonne fin des travaux (n°2020/026/DG/SG/CNPS) diffère de celui du marché n°202/026/DG/SG/CNPS du 20/04/2020 ;

qu'elle a corrigé son offre pour des erreurs entre les montants en lettres et les montants en chiffres à l'item 7.1.6 au niveau du bordereau des prix unitaires, au niveau des quantités à l'item 11.3 : 8 demandé au lieu de 1 ; que ces corrections ont entraîné une hausse de sa proposition financière de 3.127.590 FCFA TTC soit une variation de +0,38% ;

l'offre du Groupement SOBUTRA SA/GERBATP SARL non conforme au motif que les numéros de téléphones des employeurs sur les CV du personnel (directeur des travaux, chef de chantier, électriciens, menuisiers, carreleurs, mâçons et l'environnementaliste) appartiennent à la fois à GERBATP SARL et à SOBUTRA SA ; que les signatures du directeur des travaux, du chef du chantier, des électriciens qui sont sur le CV sont différentes de celles qui sont sur les attestations de disponibilité ; qu'il y a absence de propositions fermes au niveau des items 7.2.1 à 7.2.6, 7.3.2, 7.3.3 et 10.1 à 10.4 (pas de précision de marques pour les appareils et équipements proposés) ; que l'offre est anormalement basse ;

les requérants contestent cette décision de la CAM :

l'ENTREPRISE WENDIN MALGRE fait valoir que le premier grief, tel que libellé, laisse entendre que son chiffre d'affaires proposé sur les trois ans ne satisfait pas à celui requis par le dossier d'appel d'offres (DAO) qui est 1.531.733.800 FCFA alors qu'il a fourni un chiffre d'affaires de 1.625.036.666 FCFA pour les trois dernières années ; que l'exigence par l'autorité contractante du chiffre d'affaires sur les cinq dernières années est inopérante en l'espèce ;

que la source de financement du marché en cause (Banque Mondiale) ne pouvant faire obstacle à l'application de la réglementation nationale relativement au chiffre d'affaires qui doit être requis sur les trois dernières années, le tout en vertu de l'article 05 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique ;

qu'aussi, il est constant qu'en terme d'exigence de chiffre d'affaires dans les dossiers d'appel à concurrence, lorsqu'il constitue un critère de qualification du soumissionnaire, c'est le chiffre d'affaires des trois dernières années qui est requis, une exigence à laquelle il a entièrement satisfait malgré que son entreprise a été agréée seulement en 2021 ; qu'au surplus, le choix de l'appel d'offres international et l'utilisation subséquente des dossiers standards Banque Mondiale relatif à la passation des marchés sont inappropriés et inopérants, le tout en application des dispositions relatives aux seuils de passation des marchés financés par la Banque Mondiale ; que c'est à tort que son offre a été déclaré non conforme sur ce grief ; que concernant le deuxième grief tel que libellé, il ne peut justifier le rejet de son offre dans la mesure où la mention « 2022 » au lieu de « 2020 » sur l'attestation de bonne fin d'exécution constitue une erreur de saisie ; que d'ailleurs, en dehors de l'erreur au niveau de l'année, les autres mentions sont correctes et elles permettent à la CAM de déterminer l'autorité contractante avec laquelle le marché a été conclu ; que si des mentions avaient été omises, la CAM a la possibilité de lui écrire afin qu'il apporte des éléments de réponses ; que son offre présente un avantage économique de plus de 2.430.609 FCFA dans un contexte économique de plus en plus difficile ;

le Groupement SOBUTRA SA/GERBATP SARL fait valoir que la présente procédure est celle de la banque mondiale et le dossier type utilisé est celui du même bailleur ; que nulle part dans le dossier, il n'a été édicté l'application de la formule des offres anormalement basses ou élevées comme en procédure nationale de passation consacrée dans les Instructions aux Candidats (IC) 32.6 du dossier d'appel d'offres (DAO) type travaux ; qu'elle mérite infirmation car elle viole le principe d'économie consacrée par l'article 07 de la loi 039-2016/AN portant réglementation générale de la commande publique au Burkina Faso ; que même si le dossier contiendrait une clause d'application de la formule M comme en procédure nationale de passation de marchés publics au Burkina Faso, cette clause devrait être considérée comme réputée non écrite dans la mesure où elle viole les Instructions aux Soumissionnaires (IS) qui ne sont pas modifiables ;

qu'en effet, suivant les dispositions de IS 37 du dossier : « une offre anormalement basse est une offre qui, en tenant compte de sa portée, du mode de fabrication des produits, de la solution technique et du calendrier de réalisation, apparaît si basse qu'elle soulève des préoccupations chez le Maître de l'Ouvrage quant à la capacité du soumissionnaire à réaliser le marché pour le prix proposé, s'il considère que l'offre est anormalement basse, le Maître de l'Ouvrage devra demander au soumissionnaire des éclaircissements par écrit, y compris une analyse détaillée du prix en relation avec l'objet du marché, sa portée, le calendrier de réalisation, la répartition des risques et responsabilités, et toute autre exigence contenu dans le DAO, après avoir vérifié les informations et le détail du prix fourni par le soumissionnaire, dans le cas où le Maître de l'Ouvrage établit que le soumissionnaire n'a pas démontré sa capacité à réaliser le marché pour le prix proposé, il écartera l'offre » ;

que surabondamment, l'IC 40 du dossier dispose que « après avoir évalué le cout des offres, le Maître de l'Ouvrage détermine l'offre la plus avantageuse, il s'agit de l'offre présentée par le soumissionnaire satisfaisant aux critères de qualification et qui est conforme pour l'essentiel au DAO et dont le coût évalué est le moindre » ; qu'enfin, l'IC 44 du dossier à la page 23 dispose que « sous réserve des dispositions de l'article 41.1 des IS, le Maître de l'Ouvrage attribuera le marché au soumissionnaire dont l'offre aura été évalué la plus avantageuse » ; qu'il conclut suivant ces dispositions, que pour déclarer une offre anormalement basse, l'autorité contractante devrait écrire au préalable au soumissionnaire de justifier ses prix proposés ; qu'il n'a pas reçu de lettre dans ce sens, sinon il serait justifié et démontrerait que son offre n'est nullement anormalement basse ; que la CAM viole non seulement les dispositions de son propre dossier mais participe également à une violation flagrante du principe d'économie ci-dessus visé ; que le canevas de CV du DAO n'impose pas la mention d'autre numéro que celui de l'employeur ; que le grief relatif aux numéros de téléphone n'est pas suffisant pour écartier son offre ; qu'en tout état de cause, le dossier type ne dispose pas qu'en cas de non renseignement ou absence de renseignement des numéros personnels des employés, l'offre doit être rejetée ; que relativement aux signatures différentes du personnel incriminé sur les CV et les attestations de disponibilité, il rejette ce grief tout en confirmant que ce personnel est disponible et même s'il y a une légère différence, elle ne suffit pas pour rejeter l'offre ;

que l'obligation de fermeté qu'elle soit relative aux marques, modèles et types ne concerne pas la présente procédure qui relève de travaux et non d'acquisition ; qu'en rappel, l'autorité contractante a déjà imposé ses marques ; que la notion de « ou équivalent », c'est pour tenir compte de l'évolution de la technologie ; qu'il demande à l'ORD la vérification des items de l'attributaire provisoire, du groupement STTC/EMK, de ELOMA SARL, de EURO WORLD INTERNATIONAL et de ECW SARL sur les mêmes items qui lui sont incriminés ;

ils sollicitent donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de les rétablir dans leurs droits ;

sur la discussion,

sur le recours de l'ENTREPRISE WENDIN MALGRE;

considérant que l'offre du requérant a été écartée sur la base des motifs ci-dessus rappelés ;

considérant que le dossier d'appel d'offres a requis des soumissionnaires un chiffre d'affaires moyen de 1 531 733 800 F CFA sur les cinq (05) dernières années ;

considérant que le requérant affirme qu'exiger un chiffre d'affaires moyen au cours des cinq (05) dernières années est nul et excessive ; que la réglementation nationale admet d'exiger un chiffre d'affaires moyen pour les trois dernières années ; que son entreprise a été agréée en 2021 ; qu'il a fourni un chiffre d'affaires dont le montant est au-delà de ce qui a été exigé par le dossier ; que concernant le numéro du marché, il s'agit d'une erreur de saisie ;

considérant que la CAM a noté qu'elle a utilisé la procédure banque mondiale ; que cette procédure exige le chiffre d'affaires moyen durant les cinq (05) dernières années ; qu'il s'agit de contrats de performance qui s'appliquent aux marchés de la banque mondiale ; que le dossier a exigé de 2017 à 2021 ; que le requérant a fourni jusqu'en 2022 ; que la CAM a choisi les dates conformes et divisé par cinq (05) ; que le requérant devait juste respecter le dossier ou le contester dès le lancement ; qu'il y a eu des doutes sur le marché similaire au niveau de la date et de la signature ;

considérant que l'attributaire provisoire a signalé qu'il s'agit d'un appel d'offres international ; que c'est la procédure banque mondiale qui s'applique ; que le dossier a exigé un chiffre d'affaires moyen des cinq (5) dernières années ; que les conditions étaient connues de tous les soumissionnaires avant de postuler ; que l'entreprise du requérant n'est pas nouvelle ; que cette entreprise existe depuis 2016 donc plus de cinq (5) ; que par conséquent celui-ci pouvait fournir le chiffre d'affaires des cinq (5) dernières années exigées ; que celui-ci a fourni pour 2020 et 2022 sans fournir pour 2021 ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la présente procédure a été mise en œuvre suivant les principes et textes de la banque mondiale ;

que dans cette procédure il a été requis le chiffre d'affaires des cinq (05) dernières années ; que le dossier ayant exigé de 2017 à 2021 et le requérant a fourni pour 2020 et 2022 ; qu'en plus, le requérant a fourni un chiffre d'affaires inférieur en terme de montant aux exigences du dossier ; que c'est à bon droit que la CAM a déclaré l'offre non conforme sur cet aspect ; que concernant les incohérences du numéro de marché, l'ORD renvoie la CAM à vérifier l'authenticité du marché similaire incriminé et d'en tirer toutes les conséquences ; que les résultats des vérifications doivent être également transmis à l'ARCOP ;

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 ;

sur le recours du Groupement SOBUTRA SA/GERBATP SARL ;

considérant que l'offre du requérant a été écartée sur la base des motifs ci-dessus rappelés ;

considérant que le requérant a réitéré son argumentaire ci-dessus ;

considérant que la CAM a noté que les premiers résultats ont été publiés le 12 mai 2023 ; que les résultats du 15 mai 2023 sont une publication rectificative suite à une erreur commise dans les premiers résultats ; que l'offre du requérant devait être écartée tout simplement car non conforme ; que c'est par erreur que le grief anormalement basse a été relevé contre son offre ; que son offre n'est pas techniquement conforme ;

considérant que l'attributaire provisoire a rappelé que le requérant devait préciser les marques ; que la non précision des marques ne peut pas être considérée comme une erreur mineure ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la plainte du requérant n'est pas fondée sur la question des numéros de téléphones car le formulaire PER 2 n'a pas été totalement respecté ; qu'également les signatures sur les CV et les attestations de disponibilités du directeur des travaux, du chef de chantier, des électriciens sont différentes ; que c'est donc à bon droit que l'offre a été déclarée non conforme sur cet aspect ; que par contre concernant la question de la non fermeté des items incriminés, la plainte du requérant est fondée ; qu'au regard du type de prestation, il n'est pas pertinent d'écarter une offre pour la non fermeté de certains items ; qu'en effet, il s'agit d'un marché de travaux où la mission de suivi contrôle aura la charge de valider tous les équipements à installer ; que mieux, les offres des entreprises ELOMA SARL, EURO WORLD INTERNATIONAL, ECW, WENDIN MALGRE et du groupement STTC/EMK n'ont pas vu leurs offres écartées malgré la non fermeté des items incriminant l'offre du Groupement SOBUTRA SA/GERBATP SARL ; que la CAM ne pouvait donc régulièrement rejeter l'offre du requérant sur ce point ; que par ailleurs la CAM doit appliquer le dossier type banque mondiale dans son intégralité pour ce qui concerne la question de l'offre anormalement basse ou élevée ;

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 les recours de ELOMA SARL, de l'ENTREPRISE WENDIN MALGRE et du Groupement SOBUTRA SA/GERBATP SARL sont recevables ;**
- **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 ;**
- **de prendre acte de la demande de retrait de la plainte de ELOMA SARL en date du 19 mai 2023 ; que néanmoins, l'ORD décide de s'auto saisir au regard des faits évoqués dans la requête de ELOMA SARL et renvoie la CAM à vérifier l'authenticité des marchés similaires aussi bien du requérant ELOMA SARL, que ceux de l'attributaire provisoire et d'en tirer toutes les conséquences ; que de faire ampliation à l'ARCOP des résultats de ces vérifications ;**
- **que la plainte de l'ENTREPRISE WENDIN MALGRE n'est pas fondée ;**
- **que la plainte du Groupement SOBUTRA SA/GERBATP SARL n'est pas fondée ;**
- **de confirmer sous réserve des vérifications les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international n°2023-003/MESRI/SG/UJKZ/P/CDP/PRM pour les travaux de réfection de laboratoires et de bâtiments pédagogiques dans le cadre du Contrat de Performance de l'Université Joseph KI-ZERBO ;**
- **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 23 mai 2023

Le Président de séance

Issa ZERBO