

DECISION N°2023-L0318/ARCOP/ORD

sur demande de retrait du Groupement PHOENIX/FARATEC de la décision n°2023-L0296/ARCOP/ORD du 12 juin 2023, rendue suite à son recours contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international accéléré n°2023-009/MENAPLN/SG/DMP pour les travaux de construction et de réhabilitation du lycée Philippe ZINDA KABORE (lots 01 et 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 attribution, 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 ;*
- 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 20 juin 2023 du Groupement PHOENIX/FARATEC contre la décision n°2023-L0296/ARCOP/ORD du 12 juin 2023 ;*

présidé par Monsieur Idrissa OUEDRAOGO, 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 Elie ZAN et Olivier YAMEOGO, représentant le Groupement PHOENIX/FARATEC ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Souleymane NIGNAN, Oumarou GUIGMA et Théophile OUILI, représentant le MENAPLN ;

- au titre des attributaires provisoires :
 - Monsieur Jean Défense COMPAORE, représentant GROUPEMENT GROUPE INTERFACE SA/PRESSIMEX-SOMETA (lot 01) ;
 - Monsieur Harouna SORGHO, représentant ENERLEC (lot 02);

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/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/PRES/PM/MINEFID 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 Groupement PHOENIX/FARATEC a saisi l'ORD à l'effet de voir retirer la décision rendue par l'ORD en sa séance du 12 juin 2023, suite à son recours contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international accéléré n°2023-009/MENAPLN/SG/DMP pour les travaux de construction et de réhabilitation du lycée Philippe ZINDA KABORE (lots 01 et 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 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 12 juin 2023 ; que le délai pour introduire une demande de retrait auprès de l'ORD courait jusqu'au lundi 03 juillet 2023 ; que le Groupement PHOENIX/FARATEC a saisi l'ORD par lettre en date du mardi 20 juin 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 de l'éducation nationale et de la promotion des langues nationales (MENAPLN) a lancé l'appel d'offres ouvert international accéléré n°2023-009/MENAPLN/SG/DMP pour les travaux de construction et de réhabilitation du lycée Philippe ZINDA KABORE ;

la commission d'attribution des marchés avait déclaré l'offre du Groupement PHOENIX/FARATEC non conforme aux lots 01 et 02 au motif que la garantie fournie est au nom de l'entreprise PHOENIX et non au nom du groupement PHOENIX/FARATEC ; qu'en plus au lot 01, l'entreprise FARATEC ne relève pas du domaine du BTP-construction au regard de son registre de commerce ; qu'au lot 02, l'entreprise PHOENIX n'a pas fourni l'agrément technique demandé ;

le requérant avait contesté cette décision de la CAM et l'ORD vidant sa saisine le 12 juin 2023 avait jugé par décision n°2023-L0296/ARCOP/ORD que la plainte du requérant était fondée sur le point relatif au domaine d'activités du membre du groupement FARATEC sauf à démontrer que ses références ne sont pas valides ; que cependant, sa plainte n'était pas fondée sur les questions de caution (lots 01 et 02) et d'agrément technique (lot 02) ;

contre cette décision de l'ORD, le requérant expose qu'elle mérite d'être retirée ; qu'en effet, l'ORD, à sa séance du 12 juin 2023, en déclarant que sa plainte n'était pas fondée sur les questions de cautions a ignoré le Traité OHADA en ses articles portant sur les sûretés et toute la jurisprudence nationale abondante à ce sujet ; que l'acte uniforme s'impose aux Etats et du reste le modèle de la caution renvoie aux articles 40 et 41 pour ce qui concerne la validité et la conformité d'une garantie ; que dans le cas d'espèce, les cautions établies au nom de l'entreprise PHOENIX et présentées dans son offre sont pleinement valides ; qu'il est d'autant plus conforté dans sa position que la session de l'ORD du 12 juin 2023 a méconnu la législation car en ce jour 20 juin 2023, l'ORD à travers la décision n°2023-L0308/ARCOP/ORD a déclaré au regard du recours du groupement CDA TRADING SARL/CA SERVICE traitant de la même problématique que sa plainte était fondée : « ...sur le point relatif à la garantie de soumission, elle doit être prise en compte car conforme à l'acte uniforme OHADA » ;

qu'en conséquence, il sollicite de l'ORD le retrait partiel de la décision n°2023-L0296/ARCOP/ORD du 12 juin 2023 ;

sur la discussion,

considérant qu'il ressort en substance de la décision n°2023-L0296/ARCOP/ORD du 12 juin 2023 que la garantie de soumission fournie par le requérant n'a pas été faite conformément aux dispositions du point 20.4 des instructions aux candidats ci-dessous rappelé ;

considérant que le point 20. 4 des instructions aux candidats dispose que : « la garantie de soumission d'un groupement d'entreprises doit être au nom du groupement qui a soumis l'offre. Si un groupement n'a pas été formellement constitué lors du dépôt de l'offre, la garantie de soumission d'un groupement d'entreprises doit être au nom de tous les futurs membres du groupement » ;

considérant que le requérant expose que la décision n°2023-L0296/ARCOP/ORD du 12 juin 2023 est manifestement illégale au regard des dispositions des articles 40 et 41 de l'acte uniforme OHADA ; qu'il est d'ailleurs conforté dans sa demande car l'ORD a rendu le 20 juin 2023, une décision allant dans le sens de la prise en compte de la garantie de soumission au nom d'un membre du groupement ; que la décision de l'ORD en sa session du 12 juin 2023 n'ayant pas fait droit à sa requête mérite d'être partiellement retirée sur la question de la caution ;

considérant que la CAM a expliqué que le point évoqué par le requérant a été largement débattu et dont la décision a été rendue ; que la non-conformité de la caution se fonde sur des dispositions réglementaires ; que hormis ces éléments, elle n'a pas d'observations particulières à faire valoir ;

considérant que les attributaires provisoires d'une voix unanime ont noté que l'exigence de la mention des noms des membres du groupement dans la caution de soumission est une exigence des textes en vigueur ; que si le requérant n'a pas respecté cette obligation, la non-conformité de son offre sur ce point est justifiée ; que par ailleurs, si le requérant avait connaissance des dispositions des articles 40 et 41 de l'acte uniforme OHADA, il aurait dû contester le dossier pour des fins de correction afin que cela soit profitable à tous ; que n'ayant donc pas procédé de la sorte, l'analyse de la CAM est justifiée et la décision rendue par l'ORD est aussi conforme ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la décision rendue le 12 juin 2023 sur le point de la caution se fonde sur les dispositions du point 20. 4 des instructions aux candidats sus visées ; que cette décision est conforme d'un point de vue réglementaire et de la jurisprudence constante de l'ORD ; que certes, l'ORD a rendu le 20 juin 2023 une décision allant dans le sens de l'acceptation des garanties délivrées au nom d'un membre du groupement ; que cette décision constitue une évolution de la position constante de l'ORD sur la question au regard d'une part, des dispositions des articles 40 et 41 de l'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés, et d'autre part, du fait qu'il a été prouvé que le groupement n'a pas de personnalité juridique ; qu'en effet, en matière de garantie ou de contre garantie, le nom du donneur d'ordre doit être une personne juridique sous peine de nullité alors que le groupement n'en est pas ; que malgré cette décision du 20 juin 2023, il n'est pas opportun à ce jour, de retirer la décision rendue le 12 juin 2023 qui reflète la position constante de l'Organe au jour de l'appréciation de l'affaire au risque de créer un problème de sécurité juridique en l'espèce ; que la décision rendue le 20 juin 2023 constituant un revirement « jurisprudentiel » ne produira ses effets que pour l'avenir ; qu'ainsi, pour ces motifs, cette décision du 20 juin 2023 ne saurait servir de base à la demande de retrait du requérant ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la demande de retrait du Groupement PHOENIX/FARATEC n'est pas fondée et de maintenir la décision n°2023-L0296/ARCOP/ORD du 12 juin 2023 ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que la demande de retrait du Groupement PHOENIX/FARATEC 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 Groupement PHOENIX/FARATEC n'est pas fondée ;

-de maintenir la décision n°2023-L0296/ARCOP/ORD du 12 juin 2023, rendue suite au recours du Groupement PHOENIX/FARATEC contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international accéléré n°2023-009/MENAPLN/SG/DMP pour les travaux de construction et de réhabilitation du lycée Philippe ZINDA KABORE (lots 01 et 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 22 juin 2023

Le Président de séance

Idrissa OUEDRAOGO

*Chevalier de l'ordre du mérite
de l'économie et des finances*