

**DECISION N°2016-002/ARCOP/ORAD**

sur recours du Cabinet Mamadou SAVADOGO et de la SCPA YAMEOGO-YAMBA respectivement au nom et pour le compte de BURKIMBI CONSTRUCTION SARL et de la Société SEAI contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2015-111/MENA/SG/DMP du 02 mai 2015 pour les travaux de construction de trois cent quatre-vingt-quatorze (394) blocs de deux (02) salles de classes pour le post primaire dans les treize (13) régions du Burkina Faso, lots 02 et 44.

**L'ORGANE DE REGLEMENT AMIABLE DES DIFFERENDS  
STATUANT EN MATIERE DE LITIGE :**

- Vu** le décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;
- Vu** le décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public et ensemble ses modificatifs ;
- Vu** le décret n°2008-374/PRES/PM/MEF du 02 juillet 2008 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;
- Sur** recours par lettres en date du 29 décembre 2015 de la SCPA YAMEOGO-YAMBA et en date du 30 décembre 2015 du Cabinet Mamadou SAVADOGO agissant respectivement au nom et pour le compte de BURKIMBI CONSTRUCTION SARL et de SEAI SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert ci-dessus cité (lots 02 et 44) ;

présidé par Monsieur Seydou SIMPORE, membre de l'Organe de règlement amiable des différends (ORAD) ;

en présence de :

- Monsieur L. Prosper THIOMBIANO, membre de l'ORAD ;
- Monsieur Jean Achille YAMEOGO, membre de l'ORAD ;
- Messieurs Modeste YAMEOGO et Boureima dit Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORAD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants, Madame Raïssa YAMEOGO et Monsieur Salam GUIRE, respectivement juriste conseil de la SCPA YAMEOGO-YAMBA et agents de SEAI SARL (lots 02) ;

Messieurs Dieudonné WILLY du Cabinet d'Avocats Mamadou SAVADOGO et Habib BATIENO, respectivement avocat conseil et agent de BURKIMBI CONSTRUCTION SARL (lot 44) ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Lassina SAWADOGO et Y. Félix SAOURA, respectivement Directeur et agent de la DMP du Ministère de l'éducation nationale et de l'alphabétisation (MENA);
- au titre des attributaires provisoires, Messieurs Siaka KONE et Hamadou KONE, représentants de l'Entreprise ALUFA (lot 02) ;  
Messieurs Dominique VEBAMBA et Hadou BANHORO, respectivement DG de GBC et avocat conseil du groupement GBC-GESEB (lot 44) ;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

rend la présente décision fondée sur la régularité du recours ;

**EN LA FORME :**

**sur la compétence,**

considérant que les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert sus visé restent soumis aux dispositions du décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public et ses modificatifs n°2012-123/PRES/PM/MEF du 02 mars 2012 et n°2013-1148/PRES/PM/MEF du 12 décembre 2013 ;

considérant qu'aux termes de l'article 28 du décret n°2014-554 ci-dessus visé, l'ORAD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ;

considérant que les recours concernent les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n° 2015-111/MENA/SG/DMP du 02 mai 2015 pour les travaux de construction de trois cent quatre-vingt-quatorze (394) blocs de deux salles de classes pour le post primaire dans les treize (13) régions du Burkina Faso, lots 02 et 44 ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORAD est compétent pour en connaitre ;

**sur la recevabilité,**

considérant qu'aux termes de l'article 30 du décret n°2014-554 ci-dessus visé, « Tout candidat ou soumissionnaire s'estimant injustement évincé des procédures de passation de la commande publique, doit, avant de saisir l'ORAD, exercer un recours auprès de l'autorité contractante ;

Ce recours est une demande écrite indiquant les références de la procédure de passation et exposant les motifs de sa réclamation. Il est adressé à l'autorité contractante avec accusé de réception ou déposé contre récépissé. Il doit

invoquer une violation caractérisée des textes en la matière. Il doit être exercé dans un délai de trois (03) jours ouvrables à compter de la publication de l'avis d'attribution dans la revue de la commande publique, de la communication de la lettre d'invitation ou du dossier de demande de propositions.

L'autorité contractante est tenue de répondre à cette réclamation dans un délai de trois (03) jours ouvrables au-delà duquel le défaut de réponse sera constitutif d'un rejet implicite du recours.

En cas de rejet implicite, le requérant dispose de deux (02) jours ouvrables pour saisir l'ORAD. En cas de notification d'une réponse de rejet, il dispose de cinq (05) jours ouvrables pour saisir l'ORAD. » ;

considérant que les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°1686 du vendredi 18 décembre 2015, et que le délai de recours préalable auprès de l'autorité contractante courait jusqu'au 23 décembre 2015 ; que la SCPA YAMEOGO-YAMBA a exercé son recours préalable auprès du MENA le 21 décembre 2015 et le Cabinet Mamadou SAVADOGO a exercé le sien le 22 décembre 2015 ; qu'en l'absence de réponse écrite au bout de trois (03) jours ouvrables, constitutive d'un rejet implicite, les requérants disposaient de deux (02) jours ouvrables pour saisir l'ORAD ; que par lettres respectifs du 29 et du 30 décembre 2015, la SCPA YAMEOGO-YAMBA et le Cabinet Mamadou SAVADOGO ont exercé leur recours devant l'ORAD ; que par ailleurs, leurs recours sont conformes aux dispositions de l'article 33 du décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique précité ;

que, dès lors, il convient de les déclarer recevables ;

#### **AU FOND :**

##### **sur les faits,**

le MENA a lancé l'appel d'offres ouvert n°2015-111/MENA/SG/DMP du 02 mai 2015 pour les travaux de construction de trois cent quatre-vingt-quatorze (394) blocs de deux (02) salles de classes pour le post primaire dans les treize (13) régions du Burkina Faso, lot 02 et 44 ;

il convient de rappeler que les résultats contestés ont été publiés suite à la décision n°2015-0386/ARCOP/ORAD du 15 octobre 2015 ; que l'ORAD avait alors jugé que les motifs retenus contre l'offre de SEAI SARL ne sont pas fondés et qu'il convenait de réintégrer son offre ; s'agissant de BURKIMBI CONSTRUCTION SARL, il avait contesté les chiffres d'affaires de l'attributaire provisoire du lot 44, le groupement GBC-GESEB ; l'ORAD avait jugé qu'il y avait de sérieux doutes sur la sincérité du chiffre d'affaires du groupement et enjoint à l'autorité contractante de refaire les vérifications auprès des services compétents des impôts ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré les offres de SEAI SARL conformes aux lots 02 et 03 du dossier d'appel d'offres (DAO) ; cependant, la société n'a obtenu que l'attribution du lot 02 alors qu'il était également moins disant au lot 03 ; la CAM a justifié cette situation en invoquant l'insuffisance du chiffre d'affaires de SEAI SARL qui ne lui permettrait pas de bénéficier de l'attribution des deux lots ; en ce qui concerne le lot 44, il ressort des résultats publiés que la CAM a maintenu l'attribution du lot au groupement GBC-GESEB alors que l'offre de BURKIMBI CONSTRUCTION SARL reste conforme ;

SEAI SARL conteste le refus de la CAM de lui attribuer le marché du lot 02 ; elle estime que le motif tiré de l'insuffisance de son chiffre d'affaires pour l'attribution des deux (02) lots est un grief nouveau dont l'utilisation à ce stade de la procédure lui permet de dire qu'elle fait l'objet d'un acharnement de la part de la CAM ; selon, elle, la CAM devait se contenter de lui attribuer les deux (02) lots sans évoquer un autre motif ;

s'agissant de BURKIMBI CONSTRUCTION SARL, elle relève que les vérifications faites par l'autorité contractante ont confirmé que le chiffre d'affaire du Groupement GBC/GESEB est un faux document et qu'il s'attendait donc à voir l'offre de son concurrent sanctionner ; elle estime que le Groupement ne peut être disculpé du fait que les services des impôts aient reconnu que les mentions de son chiffre d'affaires ne sont pas exactes ; qu'il s'agit d'un faux document dont l'intéressé ne pouvait ignorer l'irrégularité lorsqu'il composait son dossier pour participer à cet appel d'offres ; que même si les vrais chiffres d'affaires révélés par le fisc auraient suffi à attribuer le lot au groupement, l'administration ne peut les substituer au faux chiffres d'affaires pour apprécier l'offre ; qu'il faut donc écarter l'offre de son concurrent pour avoir produit un faux chiffre d'affaires ;

elles sollicitent donc de l'ORAD un réexamen des résultats provisoires ;

**sur la discussion,**

**sur le recours de SEAI SARL,**

considérant que le requérant a fait valoir que la CAM ne pouvait plus revenir sur un élément nouveau qui n'est pas ressorti lors de la dernière procédure devant l'ORAD , en l'occurrence l'insuffisance de son chiffre d'affaires pour les deux (02) lots ;

considérant que l'autorité contractante a exposé que SEAI SARL a un chiffre d'affaires moyen de 327 000 000 FCFA environ alors qu'il lui fallait détenir un résultat financier de 375 000 000 FCFA pour pouvoir prétendre à l'attribution cumulative des deux (02) lots ; que suite aux calculs qu'elle a effectués, il s'est avéré que la meilleure combinaison pour l'autorité contractante était de lui attribuer le lot 03 ;

considérant que l'ORAD, après avoir entendu les parties et procédé aux vérifications utiles, a relevé que le requérant ne remet pas en cause le fait matériel de l'insuffisance de son chiffre d'affaires pour l'attribution cumulative des

lots 02 et 03 ; qu'il estime seulement que son offre était censée ne plus souffrir d'autres motifs l'empêchant de gagner les deux lots après la décision du 15 octobre 2015 ; qu'il faut également préciser que la CAM ne remet nullement en cause la conformité technique de l'offre sur laquelle, effectivement, plus rien ne peut être reproché au requérant ; qu'il faut rappeler que lors de la première analyse des offres, la CAM n'avait pas abordé la vérification des critères de post qualification ; que ces critères dont fait partie la capacité financière à travers le chiffre d'affaires ne sont vérifiés que lorsque toutes les questions de conformité techniques sont dépassées ; qu'en l'espèce, l'étape d'évaluation des critères de post qualification n'avait pas été atteinte puisque l'offre de SEAI SARL avait été déclarée non conforme pour des questions d'expériences similaires notamment ; qu'il est donc normal que la CAM ait poursuivi l'analyse en passant à cette dernière étape qui a révélé l'insuffisance de son chiffre d'affaires ; qu'on ne peut alors dire que le requérant a fait l'objet d'un acharnement et d'un traitement discriminatoire ;

qu'il convient donc de dire que le recours de SEAI SARL ne peut prospérer et de confirmer ainsi les résultats au lot concerné ;

#### **sur le recours BURKIMBI CONSTRUCTION SARL,**

considérant que le requérant a fait valoir que la CAM a ignoré les résultats de la vérification du chiffre d'affaires du groupement GBC-GESEB ; que suite aux résultats des vérifications, elle aurait dû sanctionner l'offre de son concurrent pour production d'un document falsifié en guise de chiffre d'affaires ; qu'au regard des dispositions l'article 278 du Code pénal qui définissent le faux, le fait qu'un agent public change le contenu d'un document officiel est constitutif de l'infraction pénale ;

considérant que le MENA a expliqué que la CAM a réévalué les offres sur la base de la réponse obtenue de la Direction générale des impôts conformément aux instructions de l'ORAD ; que dans la lettre n°2015-02289/MEF/SG/DGI/DSF-GUDEF du 09 novembre 2015, le service des impôts a certes admis que les données du chiffre d'affaires de GBC, l'un des membres du groupement, ne sont pas exactes ; que le service compétent a considéré qu'il s'agit d'une erreur de l'administration fiscale qu'elle a reconnue et s'est excusé des désagréments causés ; qu'il a donc considéré qu'il ne convenait pas de sanctionner le groupement en écartant son offre dans la mesure où il n'est pas fautif ; que, par ailleurs, il a estimé avoir fait une double vérification qui a confirmé l'authenticité des chiffres d'affaires ; qu'en tout état de cause, les données réelles du chiffre d'affaires fourni par le fisc permet au groupement de remplir la condition du chiffre d'affaires au regard des montants ;

considérant que le groupement GBC-GESEB a noté que le requérant n'a pas apporté les preuves du gonflement des chiffres d'affaires de GBC ; qu'il faut considérer le chiffre d'affaires de l'un des membres qui pourrait suffire s'il celui de l'autre s'avère être irrégulier ; qu'il soutient la position de l'autorité contractante ;

considérant que l'ORAD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a d'abord relevé que sa précédente décision n'a pas été entièrement mise en œuvre par l'autorité contractante; qu'en effet, elle a procédé à la vérification du chiffre d'affaires du seul groupement GBC-GESEB alors qu'elle avait été enjoint de le faire pour « tous les soumissionnaires concernés par le lot 44 » suivant une procédure bien précise ; qu'il convient donc de rappeler à l'ordre le ministère concerné afin qu'il fasse diligence dans l'exécution de la décision ; que s'agissant de la problématique soulevée par le requérant, il est évident que l'interprétation que l'autorité contractante a faite de la réponse de la Direction générale des impôts (DGI) ne sied pas et mérite d'être revue ; qu'en effet, il ressort de cette réponse contradictoire que le chiffre d'affaires est authentique parce qu'il est issu des services des impôts, mais qu'il est irrégulier parce que ses données ne sont pas conformes à la réalité ; qu'il s'agirait donc d'une erreur matérielle ; qu'il ne peut s'agir d'une erreur au regard des incohérences constantes et graves relevées avec une hausse des montants pour chaque année sur le document incriminé ; que par ailleurs, il est troublant que le MENA ait affirmé qu'il avait vérifié ce chiffre d'affaires sans trouver d'irrégularités ; qu'il faut considérer que le chiffre d'affaires de GBC semble avoir été manipulé pour lui permettre de participer à l'appel d'offres ;

qu'à supposer qu'il s'agisse effectivement d'une erreur, il n'est pas possible que GBC ne l'ait pas constaté lorsqu'il a retiré le document puisqu'il s'agit de données personnelles qu'il a lui-même fournies au fisc ; qu'on peut donc en déduire que le groupement GBC-GESEB a produit un chiffre d'affaires irrégulier dont il avait bien connaissance ;

qu'enfin, la CAM ne peut procéder à la substitution du chiffre d'affaires irrégulier produit par le nouveau chiffre d'affaires fourni par la DGI suite à la vérification effectuée ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de conclure que le groupement GBC-GESEB a produit en connaissance de cause un chiffre d'affaires inexact et irrégulier ; qu'en conséquence, il convient d'infirmes les résultats provisoires en soulignant que l'offre du groupement GBC-GESEB mérite d'être écartée pour la cause ci-dessus évoquée ; que l'ORAD se réserve le droit de poursuivre en discipline les acteurs concernés ;

par ces motifs ;

#### **DECIDE :**

**-qu'il est compétent ;**

**-que les recours du Cabinet Mamadou SAVADOGO et de la SCPA YAMEOGO-YAMBA, respectivement au nom et pour le compte de BURKIMBI CONSTRUCTION SARL et de la SEAI SARL, sont recevables ;**

**-que la plainte la SCPA YAMEOGO-YAMBA au titre de SEAI SARL (lot 02) n'est pas fondée ;**

**-que la plainte du Cabinet Mamadou SAVADOGO au titre BURKIMBI CONSTRUCTION SARL est fondée et qu'il convient de faire droit à son recours au lot 44 ; que l'ORAD se réserve le droit de poursuivre en discipline les acteurs concernés ;**

**-qu'il sied de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n° 2015-111/MENA/SG/DMP du 02 mai 2015 pour les travaux de construction de trois cent quatre-vingt-quatorze (394) blocs de deux salles de classes pour le post primaire dans les treize (13) régions du Burkina Faso, au lot 02 ;**

**qu'au lot 44 cependant, il sied de les infirmer en enjoignant à la CAM de reprendre l'évaluation des offres dans le strict respect de cette décision ;**

**-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 08 janvier 2016

Le Président de séance

**Seydou SIMPORE**