

DECISION N°2016-077/ARCOP/ORAD

sur recours du groupement SOFNET BURKINA/PROOFTAG contre les résultats provisoires suite à la lettre d'invitation n°2016-0208/MTMUSR/SG/DMP/SMT-PI du 18 février 2016 sur appel d'offres international ouvert pour le recrutement d'un prestataire privé pour la modernisation et la sécurisation des titres de transports, la ré-immatriculation des véhicules.

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

- Vu** *la loi n°20-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso et son décret d'application n°2014-024/PRES/PM/MEF du 03 février 2014 ;*
- 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 23 juillet 2008 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 09 mars 2016 du groupement SOFNET BURKINA/PROOFTAG contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

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 Nestor TIENDREBEOGO, membre de l'ORAD ;
- Monsieur Mamadou GUIRA, assisté de Messieurs Modeste YAMEOGO, Moïse BAKORBA et N. Olivier KAMBOU, assurant le secrétariat de l'ORAD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Zéphirin BADO, A. Karim OUEDRAOGO et Marcelin OUEDRAOGO, représentant le groupement SOFNET BURKINA/PROOFTAG ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Lassiné KABORE et Madame Sonia KABORE, représentant le Ministère des transports, de la mobilité urbaine et de la sécurité routière ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Joël YAMEOGO, représentant OBERTHUR TECHNOLOGIE ;

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 procédure de l'appel d'offres international ouvert sus visée reste soumise aux dispositions du décret n°2014-024/PRES/PM/MEF du 03 février 2014 portant modalités d'application de la loi n°20-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso ;

considérant qu'aux termes de l'article 31 de la loi n°20-2013/AN du 23 mai 2013 ci-dessus visé, l'ORAD est compétent en matière de litige dans la phase de passation du contrat de partenariat public-privé ;

considérant que le recours concerne la contestation des résultats provisoires suite à la lettre d'invitation n°2016-0208/MTMUSR/SG/DMP/SMT-PI du 18 février 2016 sur appel d'offres international ouvert pour le recrutement d'un prestataire privé pour la modernisation et la sécurisation des titres de transports, la ré-immatriculation des véhicules ;

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

sur la recevabilité,

considérant que les dispositions des articles 31 et 36 respectivement de la loi n°20-2013/AN du 23 mai 2013 et de son décret d'application ci-dessus cités donnent compétence à l'ORAD pour connaître des litiges consécutifs aux décisions prises par l'autorité publique à l'occasion des procédures de passation du contrat de partenariat public-privé ;

considérant cependant que la loi n°20-2013/AN du 23 mai 2013 et de son décret d'application ci-dessus cités ne mentionnent pas les conditions de recevabilité des recours devant l'ORAD ; que dans le silence de ces textes et au regard de l'attribution de la compétence de l'ORAD, il convient de faire application des

conditions de recevabilité de l'ORAD en matière de litige dans la phase d'attribution des marchés publics ;

qu'ainsi, 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 ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°1738 du mardi 1^{er} mars 2016, et que le délai de recours préalable auprès de l'autorité contractante courait jusqu'au 04 mars 2016 ; que le groupement SOFNET BURKINA/PROOFTAG a saisi le Ministère des transports, de la mobilité urbaine et de la sécurité routière par lettre en date du 1^{er} mars 2016 lequel a répondu le 07 mars 2016 ; que cette réponse n'étant pas intervenu dans les délais, le requérant disposait de deux (02) jours pour saisir l'ORAD ; que c'est ce à quoi il a satisfait par lettre en date du 09 mars 2016 ; que par ailleurs, le recours est conforme 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 le déclarer recevable ;

AU FOND :

sur les faits,

le Ministère des transports, de la mobilité urbaine et de la sécurité routière a lancé l'appel d'offres suite à la lettre d'invitation n°2016-0208/MTMUSR/SG/DMP/SMT-PI du 18 février 2016 pour le recrutement d'un prestataire privé pour la modernisation et la sécurisation des titres de transports, la ré-immatriculation des véhicules ;

la CAM a attribué la note de 87,23 sur 100 au requérant et l'a classé 2^{ème} ; en observation, elle a indiqué que conformément au point de négociations, l'offre financière initiale ne devrait pas connaître une variation pour tous les soumissionnaires ; qu'elle n'a donc pas tenu compte de la variation de l'offre financière du requérant et a considéré le montant initial qui avait été validé et publié ;

le requérant conteste cette observation de la CAM et argue que les motifs avancés par celle-ci pour ne pas considérer son offre financière actualisée sont en contradiction avec les textes en vigueur ; qu'une rubrique relative aux négociations sur les offres financières a été supprimée par le Directeur des marchés publics tandis que la possibilité a été donnée de reprendre les offres techniques quand bien même aucune disposition du DAO ne l'évoque ; que c'est suite à la demande de l'Administration de transmettre des offres actualisées qu'elle a maintenu son offre technique initiale tout en transmettant une offre financière actualisée d'un montant de 18 347 372 019 F CFA dont il sollicite la prise en compte ;

sur la discussion,

considérant que l'article 16 du décret n°2014-024/PRES/PM/MEF du 03 février 2014 portant modalités d'application de la loi n°20-2013/AN du 23 mai 2013 portant régime juridique du partenariat public-privé au Burkina Faso dispose que le dossier d'appel d'offres doit comporter, entre autres, au moins « les clauses contractuelles proposées par l'autorité publique porteuse du projet avec indication des clauses considérées comme non négociables » ;

que l'article 24 dudit décret précise que les négociations ne portent pas sur les clauses contractuelles éventuellement déclarées non négociables dans le dossier d'appel d'offres ;

considérant que le point A 26 des données particulières de l'appel d'offres (DPAO) a indiqué que le projet de contrat à négocier doit essentiellement contenir les clauses relatives à sa durée, aux conditions d'installation du partenaire privé, aux arrangements financiers, aux sûretés potentielles, aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son partenaire ; que ce point renvoie à l'article 32 de la loi n°20-2013/AN du 23 mai 2013 sus citée ; que cet article a trait au contenu du contrat de partenariat public-privé qui renferme plus d'éléments que ceux cités au point A 26 des DPAO ;

considérant qu'en l'espèce, l'autorité contractante dans le cadre de l'invitation pour la négociation a inséré une disposition qui indique qu' « aucune modification significative n'est autorisée sur la proposition financière en dehors des nouvelles rubriques à considérer énoncées souhaitées par l'Administration » ; que cette disposition ultérieure et non prévue au départ dans le DAO n'est pas opposable aux soumissionnaires ; que du reste, en fait de négociations, il s'est plutôt agi pour les entreprises retenues de procéder à des éclaircissements de leurs propositions ;

considérant que le DAO n'a pas indiqué précisément lesquelles des clauses du contrat le Ministère des transports, de la mobilité urbaine et de la sécurité routière considérait comme étant non négociables ; qu'à défaut d'apporter une telle précision dans le DAO, il y a lieu de considérer qu'elle entend négocier chacune des clauses du contrat conformément à l'article 32 de de la loi n°20-2013/AN du 23 mai 2013 sus citée ci-dessus visée ; que l'ORAD la renvoie donc à reprendre les négociations sur les points tels que prévus par le DAO ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours du groupement SOFNET BURKINA/PROOFTAG est recevable;

-que l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions 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 ;

-que la plainte du groupement SOFNET BURKINA/PROOFTAG est fondée ;

-qu'il sied d'infirmes les résultats provisoires de l'appel d'offres suite à la lettre d'invitation n°2016-0208/MTMUSR/SG/DMP/SMT-PI du 18 février 2016 sur appel d'offres international ouvert pour le recrutement d'un prestataire privé pour la modernisation et la sécurisation des titres de transports, la ré-immatriculation des véhicules ;

-qu'il convient d'inviter la CAM à reprendre les négociations conformément aux stipulations des clauses du DAO ;

-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 10 mars 2016

Le Président de séance

Seydou SIMPORE