

DECISION N°2016-0115/ARCOP/ORAD

sur recours de Maître Alexandre SANDWIDI et du Cabinet d'Avocat Mamadou SAVADOGO, agissant respectivement au nom et pour le compte du Groupement GBC-GESEB et de la société BURKIMBI CONSTRUCTION SARL 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 classe pour le post primaire dans les treize (13) régions du Burkina Faso au profit du MENA (lot 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 des 17 et 18 mars 2016 de Maître SANDWIDI ALEXANDRE et du Cabinet d'Avocats Mamadou SAVADOGO, agissant respectivement au nom et pour le compte du Groupement GBC-GESEB et de BURKIMBI CONSTRUCTION SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert ci-dessus cité (lot 44) ;

présidé par Madame Maïmouna OUATTARA/THIOMBIANO, membre de l'Organe de règlement amiable des différends (ORAD) ;

en présence de :

- Monsieur L. Prosper THIOMBIANO, membre de l'ORAD ;
- Monsieur Doudou DOUMBIA, membre de l'ORAD ;
- Monsieur Mamadou GUIRA assisté de Messieurs Moïse BAKORBA et Boureima dit Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORAD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants, Maître SANDWIDI Alexandre, Monsieur Dominique VEBAMBA, respectivement conseil et représentant du Groupement GBC-GESEB ;

Maître WILLY Dieudonné du Cabinet d'Avocats Mamadou SAVADOGO et Habib BATIENO, respectivement avocat conseil et agent de BURKIMBI CONSTRUCTION SARL ;

- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Y. Félix SAOURA, agent de la DMP du Ministère de l'éducation nationale et de l'alphabétisation (MENA) ;

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, lot 44 ;

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

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°1742-1743 des lundi et mardi 7 et 8 mars 2016, et que le délai de recours préalable auprès de l'autorité contractante courait jusqu'au 11 mars 2016 ;

considérant que le recours de Maître SANDWIDI Alexandre pour le compte de son client, Groupement GBC/GESEG, a pour objet de remettre en cause la décision n°2016-002/ARCOP/ORAD du 8 janvier 2016 ; qu'aux termes de ladite décision et au regard des informations disponibles à l'époque « *le groupement GBC-GESEB a produit un chiffre d'affaires irrégulier dont il avait bien connaissance* » ; que la présente plainte du groupement tend à contester les résultats issus de l'application conforme de cette décision par la CAM ; que la requête évoque à l'appui des faits ultérieurs, notamment la séance disciplinaire tenue le 17 mars 2016, qui innocentent le groupement ; que ces faits, mêmes s'ils sont établis, ne sauraient avoir à ce jour une incidence sur la mise œuvre d'une décision devenue définitive ; que le requérant aurait pu contester cette décision dans les délais prévus par la réglementation ; qu'en conséquence, le requérant ne peut, sur la base de la nouvelle publication, remettre en cause ces résultats conformes aux prescriptions de la dernière décision de l'ORAD ;

considérant que sur le recours de BURKIMBI CONSTRUCTION par les soins du Cabinet Mamadou SAVADOGO, lors de la séance du 8 janvier 2016, l'ORAD avait infirmé les résultats « en enjoignant à la CAM de reprendre l'évaluation des offres dans le strict respect de cette décision » ; que lors de cette séance l'ORAD a constaté que la CAM n'avait pas appliqué strictement la décision n°2015-0386/ARCOP/ORAD du 15 octobre 2015 notamment en vérifiant le chiffre d'affaires de « *tous les soumissionnaires concernés par le lot 44* » ; que le 8 janvier 2016, il a donc interpellé la CAM à faire cette vérification pour les autres soumissionnaires en dehors du groupement dont le chiffre d'affaires avait été vérifié et déclaré irrégulier par l'ORAD ; que la requête de BURKIMBI CONSTRUCTION remet en cause les résultats de cette vérification pour ce qui concerne son chiffre d'affaires ; que c'est donc la première fois que son chiffre d'affaires fait l'objet d'une remise en cause ;

considérant que le Cabinet d'Avocats Mamadou SAVADOGO a exercé son recours préalable auprès du MENA, le 11 décembre 2015 ; qu'en l'absence de réponse écrite au bout de trois (03) jours ouvrables, constitutive d'un rejet implicite, le requérant disposait de deux (02) jours ouvrables pour saisir l'ORAD ;

que par lettre du 18 mars 2016, le Cabinet Mamadou SAVADOGO a exercé le recours devant l'ORAD ; 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 déclarer irrecevable le recours de Maître SANDWIDI Alexandre pour le compte de son client GBC/GESEB et recevable le recours du cabinet d'Avocats Mamadou SAVADOGO pour le compte de la société BURKIMBI CONSTRUCTION ;

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 44 ;

il convient de rappeler que les résultats contestés ont été publiés suite à la décision n°2016-002/ARCOP/ORAD du 8 janvier 2016 ; que l'ORAD avait alors jugé que la CAM n'avait pas vérifié les chiffres d'affaires de tous les soumissionnaires conformément à la décision n°2015-0386/ARCOP/ORAD du 15 octobre 2015 ; s'agissant de BURKIMBI CONSTRUCTION SARL, il avait contesté les chiffres d'affaires de l'attributaire provisoire du lot 44, le groupement GBC-GESEB ; la CAM, en reprenant les vérifications des chiffres d'affaires des autres soumissionnaires dont BURKIMBI CONSTRUCTION SARL, a estimé que la certification du chiffre d'affaires de cette dernière n'est pas conforme ;

BURKIMBI CONSTRUCTION SARL conteste et elle relève que son chiffre d'affaires a été jugé plusieurs fois conforme et ce, sur confirmation des services des impôts ; elle est donc étonnée que son chiffre d'affaires devienne subitement non conforme ; elle soutient qu'elle a, par lettre en date du 7 mars 2016, saisi les services des impôts pour se plaindre des informations erronées sur son chiffre d'affaires communiquées au MENA suite au besoin d'authentification ordonnée par l'ORAD ; par lettre en date du 17 mars 2016, le Directeur des Moyennes Entreprises du Centre a reconnu qu'après « *vérification, il est ressorti qu'effectivement des erreurs matérielles ont été relevées lors des différentes certifications des chiffres d'affaires de la société BURKIMBI CONSTRUCTION SARL. En effet pour la deuxième certification, au lieu du chiffre d'affaires, c'est le total des produits d'exploitation qui a été porté. Par conséquent, cette deuxième certification qui émane bien de mes services présente des chiffres d'affaires erronés* » ; l'autorité contractante a été interpellée dans la lettre de recours préalable mais elle n'a pas voulu réagir pour rattraper ces erreurs de l'administration qui ne sauraient lui porter préjudice ;

elle sollicite donc de l'ORAD un réexamen des résultats provisoires du lot 44 déclaré infructueux

sur la discussion,

considérant que BURKIMBI CONSTRUCTION SARL, qui a contesté successivement la conformité du chiffre d'affaires du groupement GBC-GESEB, a vu son chiffre d'affaires déclaré non conforme suite aux vérifications ordonnées par l'ORAD ;

considérant que le requérant a contesté cette non-conformité le 11 mars 2016 devant l'autorité contractante en alléguant l'éventualité d'un remplacement de son chiffre d'affaires qu'elle sait toujours conforme et jamais remise en cause par la CAM ; que pour établir la réalité des faits, elle a écrit aux services des impôts qui ont reconnu que la dernière certification de son chiffre d'affaires à la demande du MENA est entachée d'erreurs ;

considérant que le MENA n'a pas réagi au recours préalable et que le requérant a produit une copie de la lettre du 17 mars 2016 des impôts en réponse à sa correspondance du 7 mars 2016 dans laquelle le Directeur des Moyennes Entreprises du Centre reconnaît que « *cette deuxième certification qui émane bien de mes services présente des chiffres d'affaires erronés* » ; qu'il y a donc lieu de constater que c'est à tort que l'offre du requérant a été écartée sur ce point ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de Maître Alexandre SANDWIDI, agissant au nom et pour le compte du Groupement GBC-GESEB, est irrecevable ;

-que le recours du Cabinet d'Avocats Mamadou SAVADOGO, agissant au nom et pour le compte de la société BURKIMBI CONSTRUCTION SARL, 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 Cabinet d'Avocats Mamadou SAVADOGO, agissant au nom et pour le compte de la société BURKIMBI CONSTRUCTION SARL, est fondée ;

-qu'il sied donc d'infirmes 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 classe pour le post primaire dans les treize (13) régions du Burkina Faso au profit du MENA (lot 44) ;

-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 mars 2016

La Présidente de séance

Maimouna OUATTARA/THIOMBIANO

Chevalier de l'Ordre national