

**DECISION N°2016-0156/ARCOP/ORAD**

sur recours du groupement STUDI/SETEC/CAEM contre les résultats provisoires de la demande de propositions n°2014/007/DP/FASO BAARA SA pour les études technique, économique, d'impact environnemental et social, de mise en concession et techniques détaillés de l'autoroute Yamoussokro – Ouagadougou, tronçon Bobo-Dioulasso – Banfora – frontière de la Côte d'Ivoire, longue d'environ deux cent km.

**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 lettre en date du 11 avril 2016 du groupement STUDI/SETEC/CAEM contre les résultats provisoires de la demande de propositions ci-dessus citée ;

présidé par Monsieur Serge Louis Marie P. TOE, membre de l'Organe de règlement amiable des différends (ORAD) ;

en présence de :

- Monsieur Soumaïla BARRO, membre de l'ORAD ;
- Monsieur Doudou DOUMBIA, membre de l'ORAD ;
- Monsieur Mamadou GUIRA, assisté de Messieurs Modeste YAMEOGO, Tahirou SANOU et B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORAD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Maître Maria Mireille BARRY, avocat conseil du groupement STUDI/SETEC/CAEM et Monsieur Ousmane NACOULMA, représentant dudit groupement ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Gabriel ZOMBRE, Roland GOUNGOUNGA et Madame Marie Diane SOMA, respectivement Directeur technique, chef de projet et CJ/SPM de FASO BAARA SA ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Marius GAGRE, Directeur général de CINTECH ;

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 la demande de propositions sus visée reste soumise 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, par ailleurs, qu'il ressort des dispositions de l'article 31 alinéa 3 du même décret que « La procédure de passation de la commande publique assortie d'un avis de non-objection d'un bailleur de fonds, est insusceptible de tout recours devant l'ORAD sauf si l'accord de financement prévoit expressément de vider préalablement les recours internes avant toute demande d'avis de non-objection » ;

considérant que le recours concerne la contestation des résultats provisoires de la demande de propositions n°2014/007/DP/FASO BAARA SA pour les études technique, économique, d'impact environnemental et social, de mise en concession et techniques détaillés de l'autoroute Yamoussokro – Ouagadougou, tronçon Bobo-Dioulasso – Banfora – frontière de la Côte d'ivoire, longue d'environ deux cent km ;

qu'en l'espèce, il existe un avis de non objection de l'UEMOA que FASO BAARA SA a requis et obtenu après l'évaluation des offres des soumissionnaires à travers la lettre N/Réf.01985/PC/DATC/DATIT/DIT/230 du 18 mars 2016 ; qu'en sus, aucun accord de financement ne figure dans le dossier et faisant état de la possibilité de vider « les recours internes avant toute demande d'avis de non-objection » ; que cette information a été rapportée par le président de la séance du 14 avril 2016 ; que c'est sur cette base que l'ORAD, par sa décision n°2016-145/ARCOP/ORAD du 14 avril 2016, a décidé qu'il était incompétent ;

considérant cependant que les éléments relatifs à cette affaire ont évolué avec la prise en compte d'autres éléments résultant notamment du dossier de demande de propositions et de l'esprit des directives communautaires relatives aux marchés publics ; qu'en effet, le retrait de la décision d'incompétence du 14 avril 2016 pour conflit d'intérêts a donné l'occasion à l'ORAD d'approfondir l'instruction de l'affaire et d'écouter les moyens des parties au litige ;

considérant que le requérant à travers son conseil a fait valoir l'esprit des directives communautaires, notamment la directive n°05/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005, portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union économique et monétaire ouest africaine ; qu'il ressort des dispositions de cette directive que les Etats membres de la Communauté ont l'obligation d'assurer que les réponses consécutives aux recours préalables devant les autorités contractantes, puissent faire l'objet d'un recours effectif devant les organes de recours non juridictionnel ; qu'en sus, l'article 32 de la Note d'information aux consultants dispose que les plaintes formulées par les consultants sont soumises à l'examen de l'organe de règlement non juridictionnel des différends ;

considérant que l'ORAD, après avoir entendu les parties et examiné les moyens développés, a relevé qu'une décision d'incompétence est de nature à remettre en cause le droit du requérant à exercer un recours effectif devant lui conformément au droit communautaire UEMOA ; qu'en effet, la décision d'incompétence ne permet pas au requérant de faire valoir ses moyens et prétentions quant au fond de l'affaire ; que, par ailleurs, l'article 32 de la Note d'information aux consultants dispose que l'ORAD doit connaître des plaintes résultant notamment de contestation des résultats provisoires ;

qu'au regard de la force juridique supérieure de la directive qui doit être fidèlement transposée en droit national, il y a lieu de dire que l'ORAD ne peut se déclarer incompétent dans cette affaire ;

qu'en conséquence, il se déclare compétent pour connaître du recours du groupement STUDI/SETEC/CAEM ;

#### **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 la demande de propositions ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°1760 du jeudi 31 mars 2016, et que le délai de recours préalable auprès de l'autorité contractante courait jusqu'au 05 avril 2016 ; que le groupement STUDI/SETEC/CAEM a exercé son recours préalable auprès de FASO BAARA SA, par lettre en date du 1<sup>er</sup> avril 2016 ; qu'au regard de la réponse défavorable du maître d'ouvrage délégué en date du 08 avril 2016, le requérant a poursuivi son action en saisissant l'ORAD par lettre en date du 11 avril 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,**

FASO BAARA SA a lancé la demande de propositions n°2014/007/DP/FASO BAARA SA pour les études technique, économique, d'impact environnemental et social, de mise en concession et techniques détaillés de l'autoroute Yamoussokro – Ouagadougou, tronçon Bobo-Dioulasso – Banfora – frontière de la Côte d'Ivoire, longue d'environ deux cent km ;

la Commission d'attribution des marchés a déclaré le groupement SCET TUNISIE/CINTECH attributaire provisoire du marché au regard du fait qu'il a obtenu la meilleure note combinée de 90,64 points sur 100 ; quant à l'offre du requérant, le groupement STUDI/SETEC/CAEM, elle a obtenu la note combinée de 89,68 points sur 100 après avoir subi une correction sur son enveloppe financière ayant consisté à en extraire la TVA ; ainsi, en définitive, l'évaluation a été faite sur la base des montants HTVA pour tous les consultants ;

le requérant conteste les résultats provisoires estimant que l'attribution du marché à son concurrent lèse ses droits pour deux raisons ; en premier lieu, il soulève le moyen de la violation de l'article 24 de la Note d'information aux consultants et de l'article 11 des données particulières du dossier de demande de propositions ; sur ce point, il relève qu'en effet l'autorité contractante a fait la comparaison des propositions financières sur la base des montants hors TVA (HTVA) alors qu'il ressort des dispositions du dossier ci-dessus citées que la comparaison devaient être faite sur la base des montants hors taxes - hors douanes (HT-HD) ;

en second lieu, le groupement STUDI/SETEC/CAEM note que l'autorité contractante a méconnu le modèle d'acte d'engagement de la proposition financière ; en effet, il ressort du modèle que les soumissionnaires avaient à afficher le montant HT-HD et le montant des impôts, taxes et droits ; il est donc incompréhensible que l'autorité contractante ait décidé de faire ressortir les montants HTVA ;

par ailleurs, le requérant est revenu sur l'argument défendu par l'autorité contractante en vue de justifier la base contestée de comparaison des offres financières ; en effet, suite à la question d'éclaircissement n°15 relative à l'exonération de l'UEMOA de la TVA, FASO BAARA SA a répondu que l'UEMOA est exonéré d'impôts et que, cependant, les soumissionnaires devaient faire ressortir les montants HTVA, le montant de la TVA (18%) et les montants TTC ; le requérant estime que cet argument n'est pas pertinent en ce que la réponse n°15 ne dit pas que la comparaison des offres se fera sur la base des montants HTVA ;

le requérant sollicite donc de l'ORAD le réexamen des résultats provisoires ;

#### **sur la discussion,**

considérant que l'article 24 de la Note d'information aux consultants établit clairement que la « comparaison des propositions financières se fera exclusivement sur la base des montants hors taxes-hors douanes ou toutes taxes comprises selon le régime fiscal » du dossier de demande de propositions ; que le point A-11 des données particulières a fait le choix du régime fiscal et douanier dérogatoire, c'est-à-dire le régime hors taxes-hors douanes ; que cette option est conforme à l'article 13 du protocole additionnel n°03/96 du 10 mai 1996 relatif aux droits, privilèges et immunités de l'UEMOA ;

considérant que l'article 6 de la Note d'information aux consultants leur permet de demander à l'autorité contractante des éclaircissements relatifs au dossier de demande de propositions ; que, par ailleurs, l'article 7 évoque le pouvoir de l'autorité contractante de « modifier le dossier de demande de propositions en publiant un additif » ; qu'il est précisé que cette modification peut être suscitée par « une demande d'éclaircissement formulée par un consultant » ;

considérant que le requérant a estimé que la Commission d'attribution des marchés a violé les dispositions du dossier de demande de propositions en comparant les offres financières sur la base des montants HTVA ; que cette violation lui a porté préjudice au profit du groupement déclaré attributaire provisoire ;

considérant que le maître d'ouvrage délégué, FASO BAARA SA, a justifié la comparaison des offres financières sur la base des montants HTVA par sa réponse à la question d'éclaircissement n°15 relative au régime fiscal ; que cette réponse demandait aux soumissionnaires de faire apparaître clairement le montant HTVA, le montant de la TVA (18%) et le montant TTC ;

que cette réponse portée à la connaissance de tous les consultants a ainsi modifié le dossier initial ; que, donc, tous les soumissionnaires devaient s'y soumettre dans la présentation de leurs offres financières ; qu'en vue de permettre aux consultants de prendre en compte cet élément nouveau, le délai d'ouverture des plis a été repoussé ; que c'est en application de cette réponse que l'offre financière du requérant a été corrigée de telle sorte qu'elle est passée de 1.025.000.000 FCFA à 1.100.470.753 FCFA ; que le requérant était le seul consultant à ne pas avoir suivi les nouvelles indications modificatives du dossier issue de la réponse à la question n°15 ;

considérant que l'attributaire provisoire s'est prononcé sur la question ; qu'il a soutenu la position de la CAM de FASO BAARA SA ; qu'en effet, les réponses aux questions d'éclaircissement sont des addenda qu'il fallait prendre en compte dans l'attribution du marché ; qu'il ne pouvait en être autrement au risque de fausser les règles de concurrence puisque les autres consultants ont tenu compte de la réponse n°15 ; qu'il faut traiter les consultants sur un pied d'égalité ; qu'il est donc normal que l'offre financière du requérant ait fait l'objet d'une correction en vue de la comparaison des montants des offres en HTVA ;

considérant qu'en réplique, le groupement STUDI/SETEC/CAEM a relevé que l'argument de la réponse à la question n°15 qui aurait modifié le dossier de demande de proposition n'est pas pertinent ; qu'en effet, le dossier notamment l'article 7 de la Note d'information aux consultants a prévu les modalités de sa modification par la publication d'un additif ; que c'est justement cette procédure qui a été utilisée suite à la question n°21 où un consultant évoquait un retard dû aux remous sociopolitiques de fin octobre 2014 ; que l'autorité contractante a alors décidé de publier un additif en bonne et due forme ; que cet additif a modifié notamment le point A-15 des données particulières en repoussant la date limite de dépôt des propositions au 02 décembre 2014 ; que contrairement à l'affirmation de FASO BAARA SA, c'est la réponse à la question n°21 qui a suscité le report du délai d'ouverture des plis et non la réponse à la question n°15 ; que, par contre, en ce qui concerne le régime fiscal et douanier, l'autorité contractante n'a pas procédé pareillement ; qu'il résulte que la base de comparaison des offres en hors taxes-hors douanes n'a pas pu être modifiée par une simple réponse à une question ;

considérant que l'ORAD, après avoir entendu les parties et procédé aux vérifications nécessaires, a relevé que le dossier de demande de propositions est claire quant à la procédure de modification de ses dispositions ; qu'il convient d'apprécier si cette procédure a été respectée relativement au régime fiscal et douanier auquel cas l'autorité contractante aurait été bien fondée à disposer contrairement aux dispositions initiales du dossier relatives à la comparaison des offres financières sur la base des montants hors taxes-hors douanes ;

qu'en l'espèce, il ressort des éléments du dossier de l'affaire qu'il est constant que le point A-11 des données particulières a défini le régime fiscal et douanier applicable : hors taxes-hors douanes ; que le maître d'ouvrage délégué, FASO BAARA SA, l'a lui-même confirmé dans sa réponse au recours préalable du requérant ; qu'il a cependant estimé avoir modifié cette disposition du dossier par la réponse à la question n°15 des consultants ;

considérant que l'ORAD a jugé que la modification de l'article 11 des données particulières dont se prévaut l'autorité contractante n'a pas été opérée conformément aux dispositions du dossier notamment l'article 7 de la Note d'information aux consultants ; qu'en effet, il aurait fallu que l'autorité contractante publie un additif relevant expressément la modification du régime fiscal et douanier ; que la seule réponse à une question ne vaut pas modification du dossier ou additif ; qu'il s'agit juste d'une explication qui est censée faciliter la compréhension du dossier par tous les consultants ; que, du reste, le maître d'ouvrage délégué a confirmé cette démarche dans l'exploitation de la question n°21 pour laquelle elle a estimé nécessaire de publier l'additif n°1 au dossier de demande de proposition de novembre 2014 ; que la modification de l'article 11 des données particulières étant irrégulière, l'autorité contractante se doit d'en tirer les conséquences en rétablissant le requérant dans ses droits ;

considérant que l'ORAD a noté que FASO BAARA SA a publié les propositions financières des consultants ; que le montant lu publiquement de l'attributaire provisoire est de 1 179 450 000 HT HD et celui du requérant est de 1 025 000 000 HT HD ; que lesdits montants sont confirmés par les actes d'engagement des propositions financières ;

qu'au regard de ce qui précède, il convient de dire que la plainte du requérant est fondée et d'infirmier ainsi les résultats provisoires en enjoignant à la CAM de reprendre l'analyse des propositions financières conformément au régime fiscal et douanier dérogatoire HT HD prévu par le dossier de demande de propositions ;

par ces motifs ;

#### **DECIDE :**

**-qu'il est compétent ;**

**-que le recours du groupement STUDI/SETEC/CAEM est recevable ;**

**-que la plainte du groupement STUDI/SETEC/CAEM est fondée ;**

**-qu'il sied d'infirmier les résultats provisoires de la demande de propositions n°2014/007/DP/FASO BAARA SA pour les études technique, économique, d'impact environnemental et social, de mise en concession et techniques détaillés de l'autoroute Yamoussokro – Ouagadougou, tronçon Bobo-Dioulasso – Banfora – frontière de la Côte d'ivoire, longue d'environ deux cent km en enjoignant à la CAM de reprendre l'analyse des propositions financières conformément au régime fiscal et douanier dérogatoire prévu par le dossier de demande de propositions ;**

**-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 21 avril 2016

Le Président de séance

**Serge Louis Marie P. TOE**