

DECISION N°2016-0173/ARCOP/ORAD

sur demandes de retrait de la décision n°2016-156/ARCOP/ORAD du 21 avril 2016 rendue suite au 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** demandes de retrait de la décision n°2016-156/ARCOP/ORAD du 21 avril 2016 introduites par FASO BAARA SA et le groupement SCET TUNISIE/CINTECH, par lettres respectives en dates des 27 et 28 avril 2016 ;

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 des requérants, Monsieur Roland GOUNGOUNGA et Madame Marie Diane SOMA, respectivement chef de projet et CJ/SPM de FASO BAARA SA ;

- Maître Hamidou Lamoussa OUATTARA du Cabinet KOPIHO, avocat conseil du groupement SCET TUNISIE/CINTECH, Messieurs Komk JACKAJEY, H. Alain RASOANAIVO et Cyriac GARE, tous représentants dudit groupement ;
- au titre du groupement STUDI/SETEC/CAEM, Maître Maria Mireille BARRY, avocat conseil et Monsieur Ousmane NACOUлма, représentant dudit groupement ;

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 ; que, par ailleurs, l'article 42 alinéa 1 du décret n°2014-554 ci-dessus visé, dispose que les décisions de l'ORAD, en tant qu'actes administratifs, sont susceptibles de retrait par la formation qui les avait prononcées mais seulement dans un délai de quinze (15) jours à compter de leur prononcé ;

considérant que la procédure de retrait concerne la décision n°2016-156/ARCOP/ORAD du 21 avril 2016 rendue suite au 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 ;

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 42, alinéa 1 du décret n°2014-554 ci-dessus visé, « En tant qu'acte administratif, les décisions de l'ORAD rendues sont susceptibles de retrait par la formation qui l'avait prononcée mais seulement dans un délai de quinze (15) jours à compter de son prononcé » ;

considérant que la présente procédure de retrait est relative à la décision ci-dessus citée ; que la décision mise en cause a été rendue par l'ORAD en sa session du 21 avril 2016 ;

considérant que les requérants ont saisi l'ORAD de leurs demandes de retrait, par lettres en dates des 27 et 28 avril 2016 ; qu'il en résulte que l'action des requérants n'a pas excédé le délai de 15 jours calendaires à compter du prononcé de la décision ;

qu'en conséquence, les demandes de retrait sont recevables et méritent d'être appréciées au fond ; qu'au regard du fait que les demandes de retrait des deux requérants portent sur la même décision avec des moyens semblables, il y a lieu de faire la jonction des deux requêtes pour une meilleure gestion de la cause ;

AU FOND :

sur les faits,

considérant que la décision n°2016-156/ARCOP/ORAD du 21 avril 2016 a été rendue suite au 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 ;

considérant que le maître d'ouvrage déléguée, FASO BAARA SA, a introduit une demande en vue d'obtenir le retrait de la décision concernée ; qu'il ressort de la lettre du requérant que ses motifs reposent sur trois arguments ; qu'en premier lieu, il estime que l'ORAD n'a pas pris en compte des pièces versées au dossier notamment la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée du 28 novembre 2012 et l'avis de non-objection du bailleur de fonds en application de l'article 33 du décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 ci-dessus cité ; que la prise en compte de ces éléments aurait conduit l'ORAD à se déclarer incompétent ; qu'en second lieu, FASO BAARA SA invoque l'article 10 de la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée dont l'interprétation renverrait à l'application de son manuel de procédures techniques alors que ce document « prévoit l'application systématique des dispositions des directives des Partenaires Techniques et Financiers (PTF) du projet concerné » ; qu'en troisième lieu, FASO BAARA SA relève que l'annulation des résultats d'une procédure d'acquisition confirmée par l'Ordonnateur des dépenses de la Commission de l'UEMOA, n'est pas prévue par les règles et procédures du bailleur de fonds ;

considérant que l'autre requérant, le groupement SCET TUNISIE/CINTECH, a également requis le retrait de la même décision ; qu'il soutient que l'ORAD n'était pas compétent pour connaître du recours du groupement STUDI/SETEC/CAEM en date du 11 avril 2016 en raison de l'existence de l'avis de non-objection de l'UEMOA relatif aux résultats contestés ;

que l'ORAD aurait décidé de retirer sa décision initiale d'incompétence en date du 14 avril 2016 « sur ordre/recommandation du bailleur de fonds (UEMOA) » ; que, par ailleurs, le requérant relève que le recours de son concurrent est également irrecevable sur la base des dispositions de l'article 36 alinéa 4 du décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 ci-dessus cité ; que, pour lui, cet article oblige l'ORAD à frapper d'irrecevabilité tout recours dirigé contre une décision dans la phase de passation lorsqu'il est introduit après le dépouillement des offres ; qu'en l'espèce, c'est ce qui s'est produit avec le recours du groupement STUDI/SETEC/CAEM qui a été déposé après le dépouillement des offres ; qu'en outre l'ORAD ne peut pas « réexaminer » une plainte surtout en dehors du délai de 07 jours « après la date du recours » dont il dispose conformément à l'article 32 du décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 ci-dessus cité ; qu'alors que ce délai a été largement dépassé de telle sorte que l'ORAD ne pouvait plus annuler les résultats provisoires sans enfreindre la loi ; qu'en ce qui concerne le fond, le groupement SCET TUNISIE/CINTECH soutient que l'ORAD a violé les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; que l'ORAD l'a fait dans sa décision du 21 avril 2016 en enjoignant de comparer les offres financières des soumissionnaires sur la base de régimes fiscaux différents ; qu'en outre, il ne fait de doute que les réponses n°15 et 19 de FASO BAARA SA sont des additifs qui ont régulièrement modifié le dossier de demande de propositions et ont été notifiées à toutes les parties ; qu'enfin, le requérant estime que l'ORAD aurait dû plutôt ordonner à l'autorité contractante de déclarer la proposition du groupement STUDI/SETEC/CAEM non conforme en raison du non-respect de l'additif sur le régime fiscal et douanier ;

les deux requérants demandent donc à l'ORAD de retirer sa décision n°2016-156/ARCOP/ORAD du 21 avril 2016 ;

sur la discussion,

considérant que FASO BAARA SA et le groupement SCET TUNISIE/CINTECH ont introduit des recours en vue d'obtenir le retrait de la décision ci-dessus précitée ; qu'ils soutiennent notamment l'incompétence de l'organe de recours non juridictionnel et l'irrecevabilité du recours du groupement STUDI/SETEC/CAEM ;

considérant que l'un des requérants, groupement SCET TUNISIE/CINTECH, a regretté de ne pas avoir reçu le fond du dossier de l'affaire en dépit de la correspondance transmise au Secrétaire permanent de l'ARCOP à cet effet ; que sur cette question préalable, il est ressorti de l'instruction du dossier qu'il a effectivement saisi l'ARCOP par lettre en date du 22 avril 2016 ; que la veille de la séance, soit le 28 avril 2016, une réponse a été préparée et signée à son intention ;

considérant que l'ORAD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications nécessaires, a relevé que les arguments développés par les deux requérants en vue du retrait de sa décision ne sont pas pertinents ; que s'agissant de la question de la compétence de l'ORAD, elle a été longuement discutée suite au réexamen de l'affaire provoquée par le retrait de la décision n°2016-145/ARCOP/ORAD du 14 avril 2016 en raison d'un conflit d'intérêts ;

qu'en effet, l'ORAD a soutenu, dans sa décision n°2016-0156/ARCOP/ORAD du 21 avril 2016, le bien-fondé de sa compétence au regard des dispositions du dossier de demande de propositions et 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 ; que les déclarations de l'un des requérants faisant état d'ordres et d'instructions de la Commission de l'UEMOA à l'ORAD sont sans fondements ; que, par ailleurs, l'ORAD a apprécié tous les éléments de l'affaire y compris la convention de maîtrise d'ouvrage déléguée et l'avis de non objection de l'UEMOA ; qu'il est constant que la procédure est régie par le droit national des marchés publics tel que cela ressort du dossier ; que FASO BAARA SA ne peut donc invoquer un quelconque droit du bailleur de fonds ; que, par ailleurs sur la question de la recevabilité, l'ORAD a relevé que le groupement SCET TUNISIE/CINTECH n'a pas fait une bonne lecture des dispositions invoquées du décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 ci-dessus cité ; que si l'ORAD ne peut pas annuler une procédure après l'ouverture des plis, il reste qu'il peut toujours annuler les résultats provisoires et renvoyer la commission à reprendre l'évaluation conformément à sa décision ; qu'en l'espèce, c'est ce qui a été fait conformément à la loi ; que sur l'autre aspect du délai de l'ORAD pour trancher les litiges qui lui sont soumis, il convient de relever que l'ORAD ayant retiré sa décision du 14 avril 2016, il lui revenait de combler le vide en la remplaçant afin de trancher le litige ; qu'en surplus, il faut préciser que le délai de l'ORAD est constitué de jours ouvrables et qu'il ne court pas à compter de sa saisine, mais plutôt à partir de l'expiration du délai de recours ; qu'en prenant en compte ces éléments, l'ORAD n'était pas forclos ; qu'enfin et sur les questions de fond, l'ORAD renvoie les parties à sa décision n°2016-0156/ARCOP/ORAD du 21 avril 2016 ; qu'il ressort de cette décision que la modalité de comparaison des propositions financières en HT-HD prévue par le dossier n'a pas fait l'objet d'un additif régulier et qu'en conséquence FASO BAARA SA doit s'en tenir audit dossier sans considérer les précisions du jeu des questions-réponses ;

qu'au vu de ce qui précède, l'ORAD a décidé de conforter la décision dont le retrait a été demandé ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les demandes de retrait de FASO BAARA SA et du groupement SCET TUNISIE/CINTECH sont recevables ;

-que la décision n°2016-0156/ARCOP/ORAD du 21 avril 2016 rendue suite au 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, est confirmée ;

-qu’en conséquence, il sied de rejeter les demandes de retrait des deux requérants ;

-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 29 avril 2016

Le Président de séance

Serge Louis Marie P. TOE