

DECISION N°2024-L0285/ARCOP/ORD

sur recours de Ets NIKIEMA & FRERES (ENF) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert national n°2024-005F/MARAH/SG/DMP pour l'acquisition de grandes cages flottantes et de petites cages flottantes au profit des promoteurs (lots 01 et 02),

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

- Vu** *la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique ;*
- Vu** *le décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;*
- Vu** *le décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, ensemble ses modificatifs ;*
- Vu** *le décret n°2017-0051/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 05 juillet 2024 de Ets NIKIEMA & FRERES (ENF) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité (lots 01 et 02) ;*

présidé par Monsieur Lassina TRAORE, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Madame Maria Myreille BARRY, membre de l'ORD
- Monsieur Boureima SAVADOGO, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Benjamin COMPAORE et Moussa KIENOU, représentant Ets NIKIEMA & FRERES (ENF) ;
- au titre de l'autorité contractante, Madame T. Evelyne TRAORE, Messieurs Jean Aimé KOUENOU, Tidjane DABO et Koulma BAWAR, représentant le Ministère de l'Agriculture, des Ressources Animales et Halieutiques (MARAH) ;

- au titre de l'attributaire provisoire, Madame Fatimata KABORE/COULIBALY, Messieurs W. Soumaïla KABORE et Hiliass SAWADOGO, représentant le Groupement VENUS LIVRAISON/COGEA INTERNATIONAL ;

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 l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public ;

considérant qu'aux termes de l'article 24 du décret n°2017-0050 ci-dessus visé, l'ORD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ;

considérant que le recours concerne la contestation contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert national n°2024-005F/MARAH/SG/DMP pour l'acquisition de grandes cages flottantes et de petites cages flottantes au profit des promoteurs (lots 01 et 02) ;

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

sur la recevabilité,

considérant qu'aux termes de l'article 26 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique susvisée « Les délais de passation, de contrôle et de règlement de différends relatifs aux commandes publiques sont fixés comme suit :

- (...);
- pour le recours des candidats et soumissionnaires auprès de l'autorité contractante ou devant l'instance de recours non juridictionnel, selon qu'ils exercent un recours préalable devant l'autorité contractante qui est facultatif ou un recours, directement devant l'instance de recours non juridictionnel: deux jours ouvrables à compter du lendemain de la publication de l'avis d'appel à concurrence ou des résultats des travaux de la commission d'attribution des marchés ou de la réception de la lettre d'invitation selon le cas ;

En cas d'exercice de recours préalable devant l'autorité contractante, celle-ci répond aux candidats ou soumissionnaires requérants dans les deux jours ouvrables à compter de sa saisine ;

Lorsque la réponse de l'autorité contractante est insatisfaisante ou lorsqu'elle ne répond pas dans le délai qui lui est imparti, les candidats ou soumissionnaires disposent de deux jours ouvrables à compter de l'échéance du délai imparti à l'autorité contractante, pour saisir l'instance de recours non juridictionnel ;

considérant que les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°3911 du vendredi 28 juin 2024, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mardi 02 juillet 2024 ; que la société Ets NIKIEMA & FRERES (ENF) a fait un recours préalable devant l'autorité contractante en date du mardi 02 juillet 2024 ; que cette dernière lui a répondu le mercredi 03 juillet 2023 ; qu'insatisfait de la réponse de l'Administration, le requérant avait jusqu'au vendredi 05 juillet 2024 pour saisir l'ORD ; qu'il a effectivement saisi l'ORD par lettre en date du vendredi 05 juillet 2024 ; que, par ailleurs, le recours est conforme aux autres conditions de recevabilité prévues à l'article 28 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

que, dès lors, il convient de le déclarer recevable ;

AU FOND :

sur les faits,

le Ministère de l'Agriculture, des Ressources Animales et Halieutiques (MARAHA) a lancé l'appel d'offres ouvert national n°2024-005F/MARAHA/SG/DMP pour l'acquisition de grandes cages flottantes et de petites cages flottantes au profit des promoteurs (lots 01 et 02) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de Ets NIKIEMA & FRERES (ENF) conforme et l'a classée au 2^{ème} rang après l'attributaire provisoire ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir qu'avec la réponse de l'autorité contractante par lettre n°2024-0164/MARAHA/SG/DMP du 03/07/2024 au recours préalable du 02/07/2024, elle l'oblige à saisir l'ORD sur cinq (05) points :

1- l'absence de motivation de la réponse de l'autorité contractante par lettre n°2024-0164/MARAHA/SG/DMP du 03/07/2024 au recours préalable du 02/07/2024 ; qu' au lieu de traiter sereinement le recours préalable en ses différents points, l'autorité contractante a réagi en « farfouillant » tout en faisant deux (02) observations majeures qui se contredisent ; que la première observation est que l'autorité contractante relève ou note que le requérant n'a pas compétence et/ou qualité à contester la conformité technique de l'offre de son concurrent, oubliant que la requête peut être à charge ou à décharge ; que comment peut-il être tenu de contester les éventuels griefs infligés à son offre uniquement sans oublier que la conformité d'un de ses concurrents peut le léser ? ; que l'article 27 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique n'a-t-il pas énuméré les points sur lesquels toute requête par devant l'ORD peut s'articuler ? ; qu'en effet, cette disposition énumère de façon limitative les points sur lesquels peuvent porter un litige pendant la phase de passation, qu'ainsi, il est stipulé ce qui suit : « les plaintes des candidats, soumissionnaires et attributaires peuvent dans la phase de passation, porter sur :

- ✓ la décision d'attribuer ou de ne pas attribuer la commande publique ;
- ✓ les conditions de publication des avis ;

- ✓ les règles relatives à la participation des candidats, aux capacités et/ou aux garanties exigées ;
 - ✓ la conformité des documents d'Appel à Concurrence à la réglementation ;
 - ✓ les spécifications techniques retenues ;
 - ✓ les critères d'évaluations ;
 - ✓ le refus d'approbation des contrats
- [...] »

qu'aussi, tout en rejetant la plainte du requérant sous prétexte qu'elle ne peut que se borner sur sa propre conformité, l'autorité contractante lui demande les preuves de non-conformité de son concurrent tout en occultant que la réglementation n'exige pas la production de preuve mais stipule qu'il faut invoquer une violation caractérisée de la réglementation ; que pour une question de transparence et de traitement égalitaire des candidats, l'autorité contractante devrait avoir le courage de se pencher sérieusement sur les différents points querellés ; que l'on peut se demander combien de soumissionnaires ont eu des informations sur leur concurrent, et une fois l'affaire portée devant l'ORD, les vérifications séance tenante ou à la source ont confirmé cette situation ;

2- la conformité de l'offre du groupement VENUS Livraison/COGEA International pour défaut d'attestation CNSS et d'attestation de situation fiscale conformes ; que le DAO, à sa page 34, aux IS 11.1 (j), a exigé la production de pièces administratives dont l'Attestation de situation fiscale et celle de la CNSS ; qu'après vérification à la source, VENUS Livraison, membre du groupement attributaire n'en dispose pas alors la production est exigée par membre du groupement ; qu'à cet effet, son offre mérite d'être rejetée ;

3- la non-conformité de l'offre du groupement VENUS Livraison/COGEA International pour défaut d'expérience du personnel ; que relativement à l'expérience du personnel, le dossier, à sa page 45, a demandé du personnel dont quatre (04) chefs de chantier disposant chacun d'au moins un BEP en construction métallique avec deux (02) expériences similaires ; que les membres du groupement VENUS Livraison/COGEA International n'étant pas du domaine, ils ne disposent pas de ce personnel qualifié, que la vérification des curriculum vitae (CV) et diplômes l'attestera ; qu'aussi, il sollicite une vérification à la source de l'authenticité des CV et diplômes des quatre (04) chefs de chantier ;

4- la non-conformité de l'offre du groupement VENUS Livraison/COGEA International pour non disponibilité des quatre (04) ateliers de soudure exigés par le DAO ; que suivant l'exigence de la page 45 du DAO, non seulement, chaque soumissionnaire doit produire la preuve de cette disponibilité mais indiquer aussi les références géographiques ou les documents de propriété ; que les membres du groupement VENUS Livraison/COGEA International n'étant pas du domaine de la soudure, ne sauraient disposer de quatre (04) ateliers de soudure ; qu'attribuer le marché à ces derniers, c'est courir à l'inexécution ou à une exécution partielle ;

5- la non-conformité de l'offre du groupement VENUS Livraison/COGEA International en termes de références similaires ; que le DAO, à sa page 44, a exigé au moins deux (02) marchés similaires chacun d'une valeur d'au moins soixante-dix millions (70 000 000) FCFA pour le lot 01 et au moins deux (02) marchés similaires, chacun d'une valeur d'au moins deux cent cinquante millions (250 000 000) FCFA pour le lot 02 au cours des trois (03) dernières années (2021-2022-2023) ; que suivant ses recherches, à travers la revue des marchés publics et autres sources, le groupement n'a pas les deux (02) références similaires requises pour le lot 02 ; qu'une vérification, séance tenante à l'ORD, des frais d'enregistrement et de timbres aux impôts, des nomenclatures des appels à concurrence et des marchés immatriculés des autorités d'approbation démontreront déjà des faits fondés ; que se sentant lésé par ces résultats publiés et l'attribution, fondement pris de la réponse insatisfaisante par lettre n°02/07/2024-0164/MARAH/SG/DMP du 03/07/2024 face au recours préalable du 02/07/2024 ;

il sollicite donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de le rétablir dans ses droits ;

sur la discussion,

considérant que l'offre du requérant a été retenue comme conforme et classée au 2^{ème} rang après l'attributaire provisoire ; qu'il conteste sur plusieurs points la conformité technique et la post qualification de l'offre du groupement attributaire provisoire ;

considérant que les points techniques et de post qualification évoqués par ENF ont effectivement été exigés par le dossier d'appel d'offres (DAO) ;

considérant que le requérant a réaffirmé ses moyens et prétentions ci-dessus exposés ; qu'il est convaincu que les vérifications de l'ORD confirmeront ses allégations portant sur l'offre de son concurrent ;

considérant que la CAM a noté qu'elle a évalué les offres conformément aux dispositions du DAO ; qu'il s'agit d'une procédure initiée sous le financement de la Banque mondiale (IDA n°7308-BF du 29 mai 2023) ; que le bailleur de fonds est appelé à vérifier également la régularité de la procédure et de l'évaluation ; que l'offre du groupement attributaire ne souffre d'aucun des griefs soulevés par le requérant ;

considérant que l'attributaire provisoire a aussi noté son étonnement relativement aux arguments non fondés utilisés pour obtenir le rejet de son offre, qui reste pourtant conforme et la moins disante ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a jugé que la plainte de Ets NIKIEMA & FRERES (ENF) n'est pas fondée ; qu'en effet, après vérification des exigences du DAO en lien avec l'offre du groupement attributaire, il s'est avéré que toutes les allégations du requérant ne sont pas établies ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée et de confirmer ainsi les résultats provisoires (lots 01 et 02) ;

par ces motifs ;

DECIDE :

- **qu'il est compétent ;**
- **que le recours de Ets NIKIEMA & FRERES (ENF) est recevable ;**
- **que l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;**
- **que la plainte de Ets NIKIEMA & FRERES (ENF) n'est pas fondée ; qu'en effet, après vérification des exigences du DAO, les allégations du requérant ne sont pas avérées ;**
- **de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert national n°2024-005F/MARAH/SG/DMP pour l'acquisition de grandes cages flottantes et de petites cages flottantes au profit des promoteurs (lots 01 et 02) ;**
- **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 où besoin sera.**

Ouagadougou, le 10 juillet 2024

Le Président de séance

Lassina TRAORE