

DECISION N°2016-0364/ARCOP/ORAD

sur recours de l'Entreprise Saint Remy contre les résultats provisoires de l'appel d'offres national n°2016-00038/MENA/SG/DMP pour la réalisation de trente (30) forages positifs dans les régions du Burkina dans le cadre du Projet d'Amélioration de l'Accès et de la Qualité de l'Education (PAAQE), lots 01 et 02.

**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 23 juillet 2008 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;
- Sur** recours par lettre en date du 25 juillet 2016 de l'entreprise Saint Remy contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité (lots 01 et 02) ;

présidé par Monsieur Oumarou BASSAVE, 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 ;
- Messieurs Moïse BAKORBA et B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORAD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs D. Remy P.B. DJIGMA, Ghislain TIENDREBEOGO et Moumounou GNESSIEN, respectivement Directeur, agent et conseil juridique de l'Entreprise Saint Remy ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Gualbert KABORE, Boureima OGOUNTAYO, Guillaume BINGO et Adama KARAMBIRI, respectivement Assistant en passation de marchés du Projet PAAQE et agents de la DMP du Ministère de l'éducation nationale et de l'alphabétisation (MENA) ;
- au titre des attributaires provisoires, Monsieur Adama TIAMA, agent de l'entreprise KABORE Iliassou (EKI), lot 01; l'entreprise HYDRAULIQUE DU BURKINA (lot 02), n'étant pas présente bien qu'elle ait été régulièrement invitée à la session ;

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 l'appel d'offres sus visé reste 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 le recours concerne les résultats provisoires de l'appel d'offres national n°2016-00038/MENA/SG/DMP pour la réalisation de trente (30) forages positifs dans les régions du Burkina dans le cadre du Projet d'Amélioration de l'Accès et de la Qualité de l'Education (PAAQE), lots 01 et 02.

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 ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°1836 du vendredi 15 Juillet 2016, et que le délai de recours préalable auprès de l'autorité contractante courait jusqu'au 20 juillet 2016 ; que l'Entreprise Saint Remy, par lettre en date du 19 juillet 2016, a saisi le Ministère de l'éducation nationale et de l'alphabétisation ; qu'en réponse, l'autorité contractante lui a adressé une lettre de rejet datée du 21 juillet 2016 ; que si tant est que le requérant n'était pas satisfait, il disposait de cinq (05) jours ouvrables pour saisir l'ORAD ; que c'est ce à quoi, il a satisfait par lettre en date du 25 juillet 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 de l'éducation nationale et de l'alphabétisation (MENA) a lancé l'appel d'offres national n°2016-00038/MENA/SG/DMP pour la réalisation de trente (30) forages positifs dans les régions du Burkina dans le cadre du Projet d'Amélioration de l'Accès et de la Qualité de l'Education (PAAQE), lots 01 et 02 ;

suite à la publication des résultats provisoires, la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre du requérant non conforme aux deux (02) lots du dossier d'appel d'offres (DAO) aux motifs qu'il a présenté un chiffre d'affaires de 2011 et de 2012 inférieur à 100.000.000 de francs CFA et que celui de 2015 n'est pas renseigné conformément à l'article IAS 5.5(a) des DPAO ;

le requérant conteste les résultats provisoires arguant que son offre est bien conforme ; en effet, il estime avoir respecté l'article IAS 5.5(a) des DPAO qui stipule qu'il faut avoir un chiffre d'affaire annuel au cours des cinq dernières années ou depuis sa date de création équivalent à cent millions de FCFA ; selon sa compréhension, l'obligation est faite de justifier du chiffre d'affaires demandé au moins une année sur les cinq (05) ;

par ailleurs, le requérant soutient que les investigations qu'il a menées ont montré que l'attributaire provisoire du lot 1 relève du régime fiscal de la contribution du secteur informel alors que cette catégorie de contribuables est celle des entreprises qui font un chiffre d'affaires annuel de moins de 15.000.000 F.CFA ;

il explique qu'il est donc surpris que l'attributaire ait pu justifier du chiffre d'affaires de 100.000.000 F.CFA ;

en ce qui concerne le lot 02, l'Entreprise Saint Remy (ESR) relève qu'il ressort des renseignements pris auprès du Ministère de l'agriculture et des aménagements hydrauliques, structure chargée de la délivrance des agréments, que l'attributaire provisoire dudit lot, l'entreprise Hydraulique du Burkina, ne dispose pas de l'agrément technique requis pour la réalisation de forages neufs (catégorie FN) ;

enfin, l'entreprise requérante fait valoir que le dossier conçu par l'autorité contractante a violé les nouveaux dossiers types en exigeant un chiffre d'affaires annuel fixe de 100.000.000 F.CFA ; par conséquent, elle estime que son offre est conforme et souhaite être rétablie dans ses droits ;

elle sollicite alors de l'ORAD le réexamen des résultats provisoires ;

sur la discussion,

sur le lot 01,

en ce qui concerne la conformité du chiffre d'affaires de ESR présentés pour les deux lots,

considérant qu'il ressort du point IAS 5.5 de la fiche des données de l'appel d'offres, Section II du DAO, que les soumissionnaires ont l'obligation de justifier d'un chiffre d'affaires annuel « au cours des cinq dernières années ou depuis la création de l'entreprise équivalant à cent millions (100 000 000) FCFA » ; que, par ailleurs, le point suivant, IAS 5.5 (a), précise que « Pour être pris en compte, le montant financier annuel des travaux de forage du soumissionnaire doit être au moins égal à 100 000 000 FCFA » ;

considérant que la CAM a expliqué que la compréhension de l'entreprise requérante sur le chiffre d'affaires requis n'est pas exacte ; que les soumissionnaires ont l'obligation d'avoir un chiffre d'affaires d'au moins 100.000.000 F.CFA par année sur les cinq (05) ans ; que le bailleur de fond, la Banque mondiale, a donné son avis de non-objection sur le DAO sur cette base ; que c'est donc l'application de cette prescription du dossier qui a entraîné le rejet de son offre ;

considérant que, sur cette question, l'ORAD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications pertinentes, a relevé que si la rédaction du point IAS 5.5 du dossier peut porter à confusion sur sa compréhension, il n'en est pas de même du point suivant, IAS 5.5 (a) qui permet de comprendre que le DAO fait allusion à un chiffre d'affaires annuel fixe de 100.000.000 FCFA ; qu'ainsi la lecture combinée de ces dispositions du dossier affiche clairement la volonté de requérir un chiffre d'affaires annuel fixe ; que c'est donc l'entreprise Saint Remy qui a fait une lecture inexacte du DAO sur ce point ;

que, par ailleurs, il convient de relever que la présente procédure d'appel d'offres n'est pas soumise au droit national en ce qui concerne notamment l'élaboration du dossier ; qu'il s'agit d'un dossier soumis à la procédure du bailleur de fonds ; que l'on ne peut donc dire que l'autorité contractante a violé les nouveaux dossiers types nationaux ; qu'en conséquence, c'est à bon droit que l'offre de l'entreprise requérante a été écartée aux deux lots ;

en ce qui concerne la remise en cause du chiffre d'affaires de l'entreprise KABORE ILIASSOU (EKI), attributaire du lot 01,

considérant que l'entreprise requérante a affirmé que le chiffre d'affaires de EKI ne serait pas conforme au regard de son régime fiscal relevant de contribuable ayant des résultats financiers de moins de 15.000.000 F.CFA ;

considérant que l'instruction de la requête de l'Entreprise Saint Remy a révélé que ce moyen soutenu dans la lettre saisissant l'ORAD n'a pas été abordé dans le recours préalable exercé devant l'autorité contractante ;

considérant qu'il ressort des dispositions des articles 30 et suivants du décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 ci-dessus cité, que le recours préalable effectif est l'une des conditions de recevabilité des recours exercés devant l'ORAD ; que ce recours doit porter sur tous les moyens soulevés devant l'ORAD sous peine d'irrecevabilité ;

considérant qu'en l'espèce, l'entreprise requérante n'a pas soulevé le moyen relatif au chiffre d'affaires non conforme de EKI dans la lettre saisissant l'ORAD ; qu'en conséquence, il convient de déclarer ce moyen irrecevable pour défaut de recours préalable ;

que, cependant, l'autorité contractante aurait intérêt à vérifier les allégations de ESR dont elle a eu connaissance dans le souci de transparence et de bonne administration de la procédure d'appel d'offres ; qu'en tout état de cause, l'autorité contractante informe l'ORAD de l'évolution du dossier à toutes fins utiles ;

sur le lot 02 relatif à la question de l'agrément de l'entreprise HYDRAULIQUE DU BURKINA, attributaire provisoire dudit lot,

considérant que l'entreprise requérante, ESR, a souligné que l'attributaire provisoire n'a pas l'agrément de catégorie FN nécessaire pour la construction de nouveaux forages conformément aux textes en vigueur ;

considérant que l'autorité contractante s'en est défendue en relevant que le DAO n'a pas requis d'agrément technique conformément à la volonté de la Banque mondiale ;

considérant que l'instruction de la requête de l'Entreprise Saint Remy a révélé que ce moyen soutenu dans la lettre saisissant l'ORAD n'a pas été porté à la connaissance de l'autorité contractante dans le cadre du recours préalable exercé devant elle ;

que ce recours préalable étant obligatoire pour tous les moyens soulevés devant l'ORAD, tel que rappelé ci-dessus, il y a lieu de dire que ce nouveau moyen est irrecevable pour défaut dudit recours ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte de l'entreprise requérante n'est pas fondée et de confirmer ainsi les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours del'Entreprise Saint Remy (ESR) est recevable sur la contestation de la non-conformité de son chiffre d'affaires (lots 01 et 02) ;

-qu'il est, cependant, irrecevable sur les moyens liés au chiffre d'affaires de EKI, attributaire provisoire du lot 01, et à l'agrément technique de l'entreprise HYDRAULIQUE DU BURKINA, attributaire provisoire du lot 02 ;

-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 pour le règlement des différends y afférents ;

-que la plainte del'Entreprise Saint Remy (ESR) n'est pas fondée sur la question de la conformité de son chiffre d'affaires aux deux (02) lots ;

-qu'il sied de confirmerles résultats provisoires de l'appel d'offres national n°2016-00038/MENA/SG/DMP pour la réalisation de trente (30) forages positifs dans les régions du Burkina dans le cadre du Projet d'Amélioration de l'Accès et de la Qualité de l'Education (PAAQE), 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 partout où besoin sera.

Ouagadougou, le 28 juillet 2016

Le Président de séance

Oumarou BASSAVE

Chevalier de l'ordre national