

DECISION N°2024-L0124/ARCOP/ORD

sur recours de SICALU contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°009/2023/ONEA/DG/SG/DM/SMTI pour les travaux de réalisation de cent (100) regards de branchement sur le réseau d'assainissement collectif de la ville de Ouagadougou au profit de l'ONEA.

**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 public déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 07 mars 2024 de SICALU contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Madame Malika YUGO/SERE, membre de l'ORD ;
- Monsieur Martin OUEDRAOGO, membre de l'ORD ;
- Madame Awa ZARE/KONATE et Monsieur B.N. Moïse BAKORBA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Mesdames Schella KONATE, Kilmiadi OUOBA et Monsieur Mahamadou OUEDRAOGO, représentant SICALU ;
- au titre de l'autorité contractante, Mesdames S. Assita TRAORE, T. Rolande COMPAORE et Messieurs Jérémie COULIBALY, Soumaïla SADRE et A. Rachid BONOOGO, représentant l'Office National de l'Eau et de l'Assainissement ;
- au titre de l'attributaire provisoire, représentant Groupement ASI-BF/ESPACE ECO SA ;

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 des résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°009/2023/ONEA/DG/SG/DM/SMTI pour les travaux de réalisation de cent (100) regards de branchement sur le réseau d'assainissement collectif de la ville de Ouagadougou au profit de l'ONEA ;

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 citée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°3824 du mercredi 28 février 2024, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au vendredi 1^{er} mars 2024 ;

que SICALU a fait un recours préalable devant l'autorité contractante le vendredi 1^{er} mars 2024 ; que cette dernière n'a pas réagi dans les délais impartis ; que face à ce rejet implicite, le requérant avait jusqu'au jeudi 07 mars pour saisir l'ORD ; qu'il a effectivement saisi l'ORD par lettre en date du jeudi 07 mars 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 ;

l'Office National de l'Eau et de l'Assainissement (ONEA) a lancé l'appel d'offres ouvert n°009/2023/ONEA/DG/SG/DM/SMTI pour les travaux de réalisation de cent (100) regards de branchement sur le réseau d'assainissement collectif de la ville de Ouagadougou ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de de SICALU non-conforme aux motifs que les références présentées par le groupement ne répondent pas à l'expérience spécifique minimale exigée ; qu'une correction pour discordance entre le montant le montant dans le BPU cinq millions (5 000 000) et 9 000 000 (neuf millions) en chiffres dans le DQE a été effectuée de même qu'une correction de moins 4 000 000 pour prise en compte des sommes prévisionnelles entraînant une variation de 5% ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir sur le caractère rarissime du marché similaire exigé ; que le DAO à la page 39, au point 3.2 a) relatif à l'expérience spécifique de construction, a exigé des soumissionnaires au moins un (01) marché similaire au cours des trois (03) dernières années (2020, 2021 et 2022) avec une valeur de 175 000 000 FCFA TTC ; que la structure lançant des procédures de ce genre est connue au Burkina ; qu'il s'agit de l'Office National de l'Eau et de l'Assainissement (ONEA) ; qu'il n'y a qu'à observer les résultats provisoires pour s'en convaincre ; qu'en effet, seul l'attributaire provisoire est conforme sur ce point ; que de ce qui précède, l'exigence de la CAM relativement à l'expérience spécifique est contraire au principe de la liberté d'accès à la commande publique et viole de ce fait, l'article 7 de la loi n°039—AN/2016 du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique au Burkina Faso ; que sur la complexité de la référence similaire exigée comparée aux références similaires qu'il a produites, que dans le cadre de l'exigence de références similaires, il a produit les expériences suivantes jointes à son offre :

- marché n°SE-ONEA/00/03/01/00/2020/887 suivant Appel d'Offres Ouvert n°007/2020/ONEA/DG/SG/DM/SMTI du 13/05/2020 pour la réalisation des travaux de construction de bâtiment administratif R+2 du Centre des Métiers de l'Eau (CEMEAU) de l'ONEA, d'un montant de quatre cent sept millions huit cent quatre-vingt-huit mille huit cent quatre-vingt-treize (407 888 893) FCFA TTC et réceptionné le 29/12/2022 ;

- marché n°2021-011/ARCEP/SG/PRM du 29/03/2021 suivant Appel d'Offres n°2020-013/DAO/ARCEP/SG/PRM pour les travaux de construction d'un bâtiment R+1 extensible à R+3 à usage de Centre de Coordination des Opérations de Transmission de la Brigade Nationale, d'un montant de cinq cent neuf millions deux cent trente-sept mille huit cent cinquante (509 237 850) FCFA TTC, réceptionné le 22/03/2023 ;

que tous ces deux (02) marchés de construction de bâtiments à niveau ne sauraient être moins complexes que la construction de regard de branchement ; que le contenu des items prouvent à suffisance que la construction de bâtiments à niveau est de complexité supérieure ; qu'aussi, les marchés similaires qu'il a produits contiennent des regard et relèvent de la construction de bâtiment, comme le dossier a exigé un agrément B ; que surabondamment, le DAO à sa page 32, à l'IC 11.1 © des DPAO, pour avoir demandé un agrément de catégorie B3 (agrément de bâtiment), il admet déjà par cette demande, des marchés similaires en bâtiment ; que sinon, cette demande d'agrément de cette catégorie n'aurait pas de sens ; que d'ailleurs, suivant la position constante et abondante de l'ORD, cette attitude de la CAM est contraire à la lettre et à l'esprit de la réglementation ; qu'en effet, un marché similaire n'est pas forcément un marché identique, « c'est un marché voisin de..., proche de... » ; que dans le sens de la nature et de la complexité similaires, l'ORD/ARCOP a rendu entre autres les décisions suivantes :

- n°2018-0778/ARCOP/ORD du 19/10/2018 ayant opposé SOFATU SARL à la DREA-CES qui stipule que : « considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la notion de projets de nature et de complexité similaires ne doit pas être comprise comme renvoyant à des projets identiques ; que la compréhension de la CRAM de cette notion n'est pas bonne ; que le fait d'exiger seulement des projets d'AEPS est contraire à l'esprit de la réglementation ; que tout marché de projet de réalisation et de réhabilitation de forage doit être admis » ;
- n°2020-L0070/ARCOP/ORD du 05/03/2020 ayant opposé AMADINE SERVICE à l'ONEA qui stipule que : « considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que les marchés similaires ne sont pas seulement des marchés identiques mais aussi des marchés voisins ou proches à l'objet de la procédure ; que les marchés fournis par les requérants sont similaires à l'objet des différents lots et conformes aux termes de l'article IC 5.1 des données particulières ; que l'appréciation de la similarité par la CAM selon les intitulés des items n'est pas pertinente ; que de ce fait, c'est à tort que l'autorité contractante a écarté les offres des requérants sur ce point » ;

qu'en terme de complexité, qui peut le plus, peut le moins ; que fondement pris de cette position constante et abondante de l'ORD et de la complexité supérieure des marchés similaires produits, le grief mérite infirmation ; que sur la reprise du calcul de la formule M, en reprenant l'application de la formule M avec l'intégration de son offre financière, les résultats se présentent comme suit : $0,6E=210\ 000\ 000$ FCFA ; $0,4P=127\ 198\ 312$ FCFA ; $M=337\ 198\ 312$ FCFA ; d'où $0,85M=286\ 618\ 312$ FCFA ; qu'on en déduit que son offre d'un montant de 295 928 778 FCFA n'est pas anormalement basse, mais la plus avantageuse et mérite l'attribution du marché ;

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 écartée sur la base du motif relatif au marché similaire ci-dessus rappelé ;

considérant que le DAO a requis une expérience générale et une expérience spécifique ;

considérant que le requérant affirme que l'analyse faite par la CAM est très restrictive et s'apparente à l'exigence de marché identique pour ce qui concerne l'expérience spécifique ;

considérant que la CAM a noté que le requérant se méprend ; l'expérience spécifique en matière de réseau d'égout dans le domaine de l'assainissement est bien différente de la construction en matière de génie bâtiment ; qu'il suffit de voir l'expérience de son personnel proposé pour comprendre que cette entreprise n'a pas d'expérience spécifique ; que si la DGCMEF a accepté la spécificité décrite dans le DAO, c'est parce que la nature des prestations l'exige réellement ;

considérant que l'attributaire provisoire explique que l'exigence de la spécificité des références n'a pas été limitée au seul territoire burkinabè ; qu'il s'agit bien d'expérience spécifique dans le domaine du branchement et de l'assainissement collectifs pour lesquels on ne peut tâtonner au motif qu'il faut permettre à chaque entreprise d'avoir un marché ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que les spécificités requises pour l'expérience au point 3.2 (b) de l'Annexe A des données particulières du DAO ne sont pas respectées par le requérant ; qu'à ce titre, c'est à bon droit que son offre a été rejetée ;

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 les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

- **qu'il est compétent ;**
- **que le recours de SICALU est recevable ;**
- **que l'appel d'offres sus visé reste soumise 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 SICALU n'est pas fondée ;**

- **de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°009/2023/ONEA/DG/SG/DM/SMTI pour les travaux de réalisation de cent (100) regards de branchement sur le réseau d'assainissement collectif de la ville de Ouagadougou au profit de l'ONEA ;**
- **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 13 mars 2024

Le Président de séance

Siaka COULIBALY