

DECISION N°2016-0497/ARCOP/ORAD

sur recours du Cabinet Vincent KABORE, agissant au nom et pour le compte de l'entreprise EGC-BGC contre les résultats provisoires de l'appel d'offres accéléré n°2016-0009/ACOMOD-BURKINA/DG pour les travaux de construction d'infrastructures éducatives équipées au profit du MENA dans la région des Hauts-Bassins (lot 03).

**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 13 septembre 2016 du Cabinet Vincent KABORE, agissant au nom et pour le compte de l'entreprise EGC-BGC contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité (lot 03) ;

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 Puraogo G. KAFANDO, membre de l'ORAD ;
- Messieurs Tahirou SANOU, Moïse BAKORBA et B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORAD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Lassané WERME, Valentin TIENDREBEOGO et Azise OUEDRAOGO, représentants de EGC-BGC ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Adama OUIYA, Y. Ferdinand KINDA, K. Gervais TOE, Abdoul Ajuno OUEDRAOGO et Ladjji COULIBALY, tous représentants d'ACOMOD BURKINA ;

- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Mohamed B. KARAMBIRI, représentant de l'Entreprise Réalisation Technique Du Faso (RTF) ;

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 la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres accéléré n°2016-0009/ACOMOD-BURKINA/DG pour les travaux de construction d'infrastructures éducatives équipées au profit du MENA dans la région des Hauts-Bassins (lot 03) ;

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°1871 du vendredi 02 septembre 2016, et que le délai de recours préalable auprès de l'autorité contractante courait jusqu'au 07 septembre 2016 ; que le Cabinet Vincent KABORE, agissant au nom et pour le compte de l'entreprise EGC-BGC, a saisi, par lettre en date du 05 septembre 2016, le Directeur général de ACOMOD BURKINA; qu'en réponse, l'autorité contractante a rejeté le recours préalable, par écrit en date du 09 septembre 2016 ; que si tant est que le requérant n'était pas satisfait, il disposait de cinq (05) jours pour saisir l'ORAD ; que c'est ce à quoi, il a satisfait par lettre en date du 13 septembre 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,

ACOMOD BURKINA a lancé l'appel d'offres accéléré n°2016-0009/ACOMOD-BURKINA/DG pour les travaux de construction d'infrastructures éducatives équipées au profit du MENA dans la région des Hauts-Bassins (lot 03) ;

La Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré les offres du requérant et de l'Entreprise Réalisation Technique Du Faso (RTF) conformes au dossier d'appel d'offres (DAO) ; elle a cependant préféré l'offre de RTF au regard de son caractère moins disant ;

le requérant conteste cette attribution provisoire au motif que l'offre de RTF ne remplit pas les conditions exigées par le dossier d'appel d'offres et l'article 84 du décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 ci-dessus cité du fait de l'agrément invalide produit par cette entreprise ; en effet, elle souligne que l'agrément de l'attributaire est frappé de péremption depuis le 18 mai 2013 ; selon lui, l'offre de RTF devait donc être rejetée conformément aux Instructions aux soumissionnaires (IS) du DAO qui dispose que l'absence ou la non-conformité de certaines pièces dont l'agrément entraîne le rejet de l'offre ; par ailleurs, le requérant fait valoir que la lourdeur administrative dans le traitement des demandes d'agrément ne saurait être retenue à l'avantage de RTF dans la mesure où il n'a pas fait de diligence en saisissant l'autorité compétente à temps ; c'est seulement le 30 octobre 2015 qu'il aurait demandé le renouvellement de l'agrément expiré depuis le 18 mai 2016 ; le requérant estime que la CAM n'a aucunement appliqué la réglementation en vigueur dans l'évaluation de l'offre de RTF en ignorant l'absence de l'agrément de cette entreprise ; enfin, EGC-BGC relève que l'agrément obtenu par RTF après l'ouverture des plis ne peut purger son offre du vice lié à la caducité de son agrément ;

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

sur la discussion,

considérant que l'avis d'appel d'offres a fait obligation aux candidats et soumissionnaires intéressés par le lot 03 de disposer de l'agrément technique B3 ou B4 ; que la preuve devait être faite par la production de l'agrément dans le dossier ;

considérant que la CAM a jugé conforme l'agrément de l'attributaire provisoire alors que le requérant n'est pas du même avis ; qu'il estime que l'agrément de RTF ayant expiré au moment du dépôt de son offre, doit être rejeté de telle sorte que son offre ne peut être déclarée conforme ; que EGC-BGC a rappelé ses moyens ci-dessus évoqués ;

considérant que la CAM a expliqué sa position arguant qu'elle ne viole pas les textes régissant les marchés publics ; qu'en effet, elle a constaté l'expiration de l'agrément produit par RTF ; que, cependant, l'entreprise a pris le soin de joindre audit agrément une lettre expliquant qu'elle a introduit une demande depuis plusieurs mois sans obtenir de réponse de l'administration compétente en la matière ; qu'elle a ainsi produit les copies des demandes de renouvellement restées sans suites ; qu'au regard de cet état de fait, la CAM a estimé qu'elle ne pouvait pas systématiquement écarter l'offre de l'entreprise sans effectuer les vérifications nécessaires ; que les déclarations de RTF se sont avérées être exactes ; qu'ainsi, elle a appris de l'autorité compétente que l'agrément de l'entreprise était dans le circuit en vue de sa signature ; qu'elle a donc estimé que le défaut lié à la péremption de l'agrément ne pouvait être imputé à RTF ; que juste quelques temps après, RTF a obtenu son agrément technique ; que, par ailleurs, l'autorité contractante a invoqué l'article 23 de l'arrêté n°2005-084/MITH/SG/DGAC du 30 décembre 2005, portant définitions et conditions de délivrance et de retrait de l'agrément technique dans le domaine du bâtiment ; qu'elle en a déduit que le dossier de demande de renouvellement d'agrément de RTF n'ayant pas été rejeté plus de cinq (05) mois après son dépôt, satisfait aux conditions et que l'entreprise peut être considérée comme ayant acquis l'agrément en attendant la signature de l'acte ;

considérant que l'attributaire provisoire a soutenu la position de l'autorité contractante arguant qu'elle a entrepris toutes les diligences pour obtenir le renouvellement de son agrément depuis 2014 ; que devant le mutisme du service compétent, elle a estimé qu'elle ne pouvait plus être responsable de cette situation ; que c'est ainsi, qu'elle a décidé de déposer son offre en produisant les preuves de ses diligences afin qu'elle ne soit pas pénalisée du fait de la carence de l'administration ; que suite à la demande de la CAM de ACOMOD, les services de la DGAC ont confirmé l'octroi de l'agrément depuis février 2016 en relevant que ce sont les contingences propres à l'administration qui font que l'acte n'est pas encore disponible ; que RTF a également invoqué le principe de l'unicité de l'administration ;

considérant que l'ORAD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications nécessaires, a relevé que les principes fondamentaux de la commande publique n'ont pas été violés ; qu'en effet, la décision de la CAM de valider l'agrément technique de l'entreprise RTF relève d'une appréciation objective du problème dénuée de toute complaisance ou faveur en violation des textes régissant la commande publique ; que si la règle est que l'absence de l'agrément entraîne le rejet de l'offre, cette règle ne saurait être appliquée sans appréciation des éléments de justification produits par l'entreprise concernée ; qu'en l'espèce, il ressort de l'affaire que le non-renouvellement de l'agrément de RTF ne saurait lui être imputée au regard des diligences que l'entreprise a effectuées depuis 2014 ; que, par ailleurs, il est de notoriété publique que le service compétent en charge des agréments connaît des difficultés de fonctionnement qui ne lui permettent pas de répondre dans des délais raisonnables aux sollicitations des entreprises exerçant dans le domaine des bâtiments et des travaux publics (BTP) ; qu'en outre, la CAM ayant eu la confirmation de l'acceptation du dossier de renouvellement de l'agrément de RTF, elle ne pouvait ignorer cette information ; que le motif du requérant tiré de la violation des dispositions de l'article 84 du décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 ci-dessus cité, ne saurait donc prospérer ; que la preuve en est que l'agrément renouvelé de l'attributaire provisoire lui a été accordé par un arrêté en date du 07 juin 2016 ; que l'on ne peut considérer qu'il s'agit d'un complément de son offre après l'ouverture des plis, dans la mesure où la CAM avait eu l'information de la validation du dossier lors de l'examen des offres ; qu'il s'agit plutôt d'une confirmation de l'information sur la base de laquelle la CAM a validé l'agrément contesté ; qu'en conséquence, l'agrément de RTF ne peut être rejeté ;

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 ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours du Cabinet Vincent KABORE, agissant au nom et pour le compte de l'entreprise EGC-BGC est recevable ;

-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 ;

-que la plainte du Cabinet Vincent KABORE, agissant au nom et pour le compte de l'entreprise EGC-BGC n'est pas fondée ;

-qu'il siedde confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres accéléré n°2016-0009/ACOMOD-BURKINA/DG pour les travaux de construction d'infrastructures éducatives équipées au profit du MENA dans la région des Hauts-Bassins (lot 03) ;

-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 22 septembre 2016

Le Président de séance

Oumarou BASSAVE
Chevalier de l'Ordre national