

DECISION N°2016-0381/ARCOP/ORAD

sur recours du groupement STUDI/SETEC/CAEM contre les résultats provisoires de la demande de propositions n°2014/007/DP/FASO BAARA S.A pour les études de faisabilité technique, économique, d'impact environnemental et social, de mise en concession et techniques détaillées de l'autoroute Yamoussoukro-Ouagadougou, tronçon Bobo-Dioulasso-Banfora-frontière Cote d'Ivoire (CU7B) long d'environ de deux cent (200) kilomètres.

**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 29 juillet 2016 du groupement STUDI/SETEC/CAEM contre les résultats provisoires de la demande de propositions ci-dessus citée ;

présidé par Monsieur Seydou SIMPORE, membre de l'Organe de règlement amiable des différends (ORAD) ;

en présence de :

- Monsieur Soumaïla BARRO, membre de l'ORAD ;
- Monsieur Jean Achille YAMEOGO, membre de l'ORAD ;
- Monsieur Tahirou SANOU, assistés de Messieurs Modeste YAMEOGO et B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORAD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Monsieur Ousmane NACOULMA, maîtres Armand KPODA et Marie Mireille BARRY, respectivement représentant du groupement STUDI/SETEC/CAEM et avocats conseils ;

- au titre de l'autorité contractante, Madame Marie Diane SOMA et Monsieur Roland GOUNGOUNGA, respectivement CJ/SPM et Chef de projets de FASO BAARA SA ;
- au titre des cabinets en compétition classés, Messieurs Komk JACKATEY, H. Alain RASOANAIVO et Maître H. Lamoussa OUATTARA, respectivement représentants du groupement SCET-TUNISIE/CINTECH et avocat conseil ; Monsieur Taofik ONIFADE, représentant du groupement EGIS/TED;

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 la demande de proposition 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 ;

considérant que le recours concerne la contestation des résultats provisoires de la demande de propositions n°2014/007/DP/FASO BAARA S.A pour les études de faisabilité technique, économique, d'impact environnemental et social, de mise en concession et techniques détaillées de l'autoroute Yamoussoukro-Ouagadougou, tronçon Bobo-Dioulasso-Banfora-frontière Cote d'Ivoire (CU7B) long d'environ de deux cent (200) kilomètres;

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 la demande de propositions ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°1838 du mardi 19 juillet 2016, et que le délai de recours préalable auprès de l'autorité contractante courait jusqu'au 22 juillet 2016 ; que le groupement STUDI/SETEC/CAEM a saisi FASO BAARA SA par lettre en date du 22 juillet 2016 ; que l'autorité contractante n'a pas donné de réponse au recours préalable, ce qui équivaut à un rejet implicite ; que c'est ainsi que le groupement a saisi l'ORAD par lettre en date du 29 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,

FASO BAARA SA a lancé la demande de propositions n°2014/007/DP/FASO BAARA S.A pour les études de faisabilité technique, économique, d'impact environnemental et social, de mise en concession et techniques détaillées de l'autoroute Yamoussoukro-Ouagadougou, tronçon Bobo-Dioulasso-Banfora-frontière Cote d'Ivoire (CU7B) long d'environ de deux cent (200) kilomètres ;

il convient de rappeler que suite à la première publication des résultats provisoires dans la revue des marchés publics du 31 mars 2016, le recours du groupement STUDI/SETEC/CAEM a abouti à plusieurs décisions dont la dernière n°2016-176/ARCOP/ORAD du 29 avril 2016 ; cette décision du 29 avril 2016 rejetait les demandes de retrait respectives formulées par FASO BAARA SA et le groupement SCET-TUNISIE/CINTECH ; ainsi, l'ORAD confirmait la décision querellée 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 ci-dessus citée ; il revenait donc à l'autorité contractante de mettre en œuvre la décision devenue définitive n°2016-156/ARCOP/ORAD ;

en effet, l'ORAD a jugé que la plainte du groupement est fondée et a infirmé les résultats provisoires en enjoignant à la CAM de reprendre l'analyse des propositions financières conformément au régime fiscal et douanier dérogatoire HT HD prévu par le dossier de demande de propositions ;

il ressort de la nouvelle publication des résultats dans le cadre de la reprise de l'évaluation des offres, que la Commission d'attribution des marchés (CAM) a noté que le requérant propose un « Montant lu FCFA HT-HD » de 1 025 000 000 avec une note technique de 85,25 ; ensuite, elle n'a pas évalué et classé son offre au motif qu'elle s'écarte de 69,9% de la valeur moyenne des offres ; ainsi, la Commission a rejeté l'offre du groupement STUDI/SETEC/CAEM ; quant au groupement SCET TUNISIE/CINTECH, il occupe la première place avec une note combinée de 92,65/100 ;

le requérant conteste le rejet de son offre estimant qu'à ce stade de la procédure de passation, son offre ne souffre d'aucun motif de non-conformité et mérite d'être prise en compte dans l'évaluation ; ensuite, il expose trois arguments pour étayer ses propos ; d'abord, le groupement STUDI/SETEC/CAEM relève que le point A-24 des données particulières du dossier n'a pas été respecté en ce qu'il permet d'écarter les offres dont les montants après correction sont inférieurs à 80% de la moyenne des offres financières corrigées de tous les soumissionnaires, sauf si le soumissionnaire concerné fournit une décomposition des prix justifiant son offre ; il estime cependant que cette décomposition des prix qui existe dans son offre n'a pas été prise en compte ; ensuite, le requérant dénonce la non-application par l'autorité contractante des principes de transparence et d'égalité dans la mesure où elle a ignoré le principe de l'offre anormalement basse lors des premiers résultats du 31 mars 2016 ; il précise qu'en effet, l'application du principe aurait conduit à l'élimination des deux offres les moins disantes ; enfin, le requérant estime que l'autorité contractante a violé les dispositions de l'article 99 du décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 ci-dessus cité en relevant qu'elle devait lui demander par écrit de justifier ses prix avant la décision de l'écarter sous le motif de l'offre anormalement basse ;

il sollicite alors de l'ORAD le réexamen des résultats provisoires « aux fins d'évaluer et classer la proposition financière » du groupement ;

sur la discussion,

considérant que le groupement STUDI/SETEC/CAEM a estimé que sa proposition a été irrégulièrement rejetée par FASO BAARA SA au regard des arguments ci-dessus présentés ;

considérant que FASO BAARA SA a expliqué qu'elle a repris l'analyse des offres conformément à la décision n°2016-156/ARCOP/ORAD du 21 avril 2016 ; qu'elle a compris de cette décision qu'elle devait réexaminer les propositions financières des consultants sans tenir compte des corrections effectuées et des informations découlant du jeu des questions-réponses ; qu'elle devait reprendre l'analyse complète des offres au-delà de la question du régime fiscal ;

considérant qu'en réponse au requérant, le maître d'ouvrage délégué a relevé que la question de l'offre anormalement basse a été prise en compte lors des premiers résultats ; que sur la même question, il a estimé qu'il avait déjà dans l'offre du requérant les éléments du sous détail des prix de telle sorte qu'il n'a plus senti le besoin de lui écrire pour demander la décomposition de son offre financière ;

considérant que le requérant a remis en cause l'explication de FASO BAARA SA en relevant notamment que sa proposition ainsi que celle du groupement SCET-TUNISIE/CINTECH auraient dû voir leurs offres rejetées sur la base de cette règle ; qu'il ne croit pas que les procès-verbaux de la première délibération ait fait ressortir le motif de l'offre anormalement basse ; que FASO BAARA SA n'a pas appliqué la décision du 21 avril 2016 ; qu'il devait juste appliquer le régime fiscal dérogatoire HT-HD prévu dans le dossier ;

considérant, par ailleurs, qu'il est ressorti de l'instruction du dossier que FASO BAARA SA a fait le point de la contestation des résultats provisoires de la procédure à l'UEMOA ; que dans ce point fait par lettre n°16/0037/DG du 11 mai 2016, FASO BAARA SA informe le Président de la Commission que « la reprise de l'analyse des offres suivant la décision de l'ORAD modifie l'adjudicataire du marché » et qu'il est contraint de reprendre l'analyse dans ce sens ; qu'il est donc surprenant de constater que la reprise de l'analyse des offres suivant la décision n°2016-156/ARCOP/ORAD du 21 avril 2016 n'ait pas abouti effectivement au changement de « l'adjudicataire » tel qu'annoncé par FASO BAARA SA ;

considérant que les représentants de l'autorité contractante n'ont pas apporté d'éléments de réponse pertinents sur ce changement ; que cette lettre s'inscrit dans le cadre de l'information régulière de l'institution communautaire qui finance la procédure ;

considérant que les groupements SCET-TUNISIE/CINTECH et EGIS/TED, consultants classés respectivement 1^{er} et 2^{ième}, n'ont pas fait de développement particulier en déclarant s'en remettre à la décision de l'ORAD ;

considérant que l'ORAD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications nécessaires, a relevé qu'il n'était pas question, dans la décision n°2016-156/ARCOP/ORAD du 21 avril 2016, de reprendre l'analyse complète des offres au-delà de la question du régime fiscal et douanier ; que la reprise de l'analyse doit concerner uniquement le régime fiscal et douanier dérogatoire à appliquer tel que prévu au dossier ; qu'en conséquence, la question de l'offre anormalement basse du requérant ne peut plus se poser à ce stade de l'analyse des propositions alors que les offres financières avaient été examinées ; qu'il s'en suit que le nouveau grief retenu contre la proposition du requérant n'est pas fondé et que c'est donc à tort que son offre n'a pas été évaluée et classée ;

qu'au regard de ce qui précède, il convient de dire que la plainte du requérant est fondée et d'infirmes ainsi les résultats provisoires en enjoignant à la CAM de reprendre l'analyse des propositions dans le strict respect de la décision du 21 avril 2016 ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours du groupement STUDI/SETEC/CAEM est recevable ;

-que la demande de proposition sus visée reste soumise 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 groupement STUDI/SETEC/CAEM est fondée ;

-qu'il sied d'infirmes les résultats provisoires de la demande de propositions n°2014/007/DP/FASO BAARA S.A pour les études de faisabilité technique, économique, d'impact environnemental et social, de mise en concession et techniques détaillées de l'autoroute Yamoussoukro-Ouagadougou, tronçon Bobo-Dioulasso-Banfora-frontière Cote d'Ivoire (CU7B) long d'environ de deux cent (200) kilomètres en enjoignant à la CAM de reprendre l'analyse des propositions dans le strict respect de décision du 21 avril 2016 ;

-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 04 août 2016

Le Président de séance

Seydou SIMPORE