

DECISION N°2016-0419/ARCOP/ORAD

Sur recours des sociétés DIACFA et SEA-B contre l'annulation de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2016-008/MFPTPS/SG/DMP pour l'acquisition de véhicules pour le compte du programme de modernisation de l'administration publique.

**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 lettres respectives en dates des 17 et 18 août 2016 des sociétés DIACFA et SEA-B contre l'annulation de l'appel d'offres ci-dessus cité ;

présidé par Monsieur Serge Louis Marie P. TOE, membre de l'Organe de règlement amiable des différends (ORAD) ;

en présence de :

- Monsieur Soumaïla BARRO, 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 des requérants, Messieurs Joseph FADOUL et Jean Philippe TARAIN, respectivement Directeur général de DIACFA et Directeur d'exploitation de SEA-B ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Tilbéri LANKOANDE, Saïdou BARRY et Jean BOUGMA, respectivement agents de la DMP et DFL du Secrétariat permanent de la modernisation de l'administration et de la bonne gouvernance (SPMABG), tous du Ministère de la fonction publique, du travail et de la protection sociale ;

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 les recours concernent la contestation de l'annulation de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2016-008/MFPTPS/SG/DMP pour l'acquisition de véhicules pour le compte du programme de modernisation de l'administration publique;

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 le communiqué annulant l'appel d'offres ci-dessus cité a été publié dans le quotidien des marchés publics n°1853 du mardi 09 août 2016, et que le délai de recours préalable auprès de l'autorité contractante courait jusqu'au 12 août 2016 ; que les sociétés DIACFA et SEA-B ont saisi l'autorité contractante par lettres respectives en dates des 10 et 11 août 2016 ; que le Ministère n'ayant pas donné de réponses dans le délai qui lui était imparti, ce qui équivaut à un rejet implicite, les requérants ont saisi l'ORAD par lettres respectives en date du 17 et 18 août 2016 ; que, par ailleurs, les recours sont conformes 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 précitée ;

que, dès lors, il convient de les déclarer recevables ;

AU FOND :

sur les faits,

le Ministère de la fonction publique, du travail et de la protection sociale, par communiqué publié le 09 août 2016, a décidé de l'annulation de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2016-008/MFPTPS/SG/DMP pour l'acquisition de véhicules pour le compte du programme de modernisation de l'administration publique ;

il ressort du communiqué que l'autorité contractante a justifié l'annulation de la procédure par la présence « d'insuffisances techniques constatées dans le dossier » ;

les requérants contestent l'annulation de l'appel d'offres arguant que le motif qui le sous-tend n'est pas avéré ; en effet, ils soutiennent que le dossier ne comporte aucune incohérence ou insuffisance technique permettant de justifier l'annulation ; dans ce sens, ils relèvent notamment que le dossier est conforme, car il respecte les prescriptions techniques standards en matière de véhicules et a été visé par la DCMEF ; par ailleurs, les deux sociétés relèvent que cette annulation leur causera un préjudice en raison des diligences qu'elles ont dû faire en vue de la participation à l'appel d'offres ; ainsi, elles ont évoqué les coûts engagés pour l'établissement des différents actes et pièces rentrant dans la constitution des dossiers, le montage des dossiers techniques, administratifs et financiers, l'obtention des autorisations nécessaires auprès de leurs partenaires, etc. ; enfin, les sociétés ont noté que l'annulation de l'appel d'offres va les décrédibiliser vis-à-vis de leurs fournisseurs respectifs ;

les requérants estiment que la décision d'annulation va à l'encontre des textes en vigueur, sollicitent alors de l'ORAD le maintien de l'appel d'offres ;

sur la discussion,

considérant que l'avis d'appel d'offres accéléré a été publié dans la revue des marchés publics n°1842 à 1847 du 25 juillet au 1^{er} août 2016 ; que l'ouverture des plis était prévue pour le 15 août 2016 ; que les prescriptions pour l'acquisition de véhicules sont régies par l'arrêté n°2012-225/MEF/CAB du 02 juillet 2012 portant adoption des spécifications techniques de matériel roulant objet de marché public au Burkina Faso et la circulaire n°194/ARMP/CR du 06 août 2013 ;

considérant que l'autorité contractante a décidé d'annuler la procédure en raison d'insuffisances techniques du dossier d'appel d'offres (DAO) ; que, cependant, les deux sociétés requérantes contestent cette décision en estimant que cette décision n'est pas fondée parce que le dossier ne contient aucune incohérence ou insuffisance d'ordre technique ;

considérant que les représentants de l'autorité contractante ont admis que le dossier ne contient pas d'insuffisances techniques ; qu'ils ont plutôt évoqué une évolution des besoins des services bénéficiaires de l'administration ; que soucieux de fournir audits services des équipements utiles, l'autorité contractante a dû procéder à l'annulation de la procédure en vue de sa relance avec des prescriptions répondant aux besoins exprimés ; qu'elle est consciente des désagréments qu'une telle décision peut entraîner auprès des sociétés candidates et s'en excuse ;

considérant qu'en réplique, les sociétés requérantes ont soutenu qu'elle ne voit pas d'inconvénients à l'annulation de la procédure, pour autant qu'elle soit relancée avec les mêmes prescriptions techniques ; que notamment le DAO demande des pick up de catégorie 01 pour lesquels DIACFA peut participer ; qu'en effet, elles ont appris que l'un de leurs concurrents a rencontré le ministre pour lui suggérer de revenir sur l'appel d'offres en visant une autre catégorie qui lui est favorable afin que cette entreprise puisse participer ; que si cette information se confirme, ce serait un « précédent dangereux qui va à l'encontre même du principe d'une concurrence saine et loyale basée sur la réglementation » ;

considérant qu'il est ressorti des débats que la catégorisation des pick up n'est plus pertinente au regard de l'évolution technologique en la matière ; que c'est ce qui explique que le processus en cours de révision de l'arrêté n°2012-225/MEF/CAB du 02 juillet 2012 ci-dessus cité, a exclu du projet la distinction des pick up par catégories ;

considérant que l'autorité contractante a relevé qu'elle ne saurait confirmer l'intervention d'un concurrent auprès du ministre ; que, cependant, elle a affirmé ne pas pouvoir s'engager à relancer l'appel d'offres avec la même catégorie ; que cette réponse doublée du fait qu'il n'y a pas de preuves de l'insuffisance technique du dossier querellé ou de l'évolution du besoin des bénéficiaires, rend cette annulation douteuse ;

considérant que l'ORAD, après avoir entendu les parties et procédé aux vérifications nécessaires, a relevé que l'autorité contractante n'est pas parvenue à justifier les insuffisances techniques alléguées pour annuler l'appel d'offres ; que, mieux, elle a admis que c'est plutôt l'évolution des besoins des services bénéficiaires des véhicules qui l'a conduite à procéder ainsi ; que cette évolution des besoins en si peu de temps n'a également pas pu être démontrée alors qu'un travail préalable avait été fait pour prendre en compte lesdits besoins ;

considérant que si l'administration peut modifier ou annuler un dossier d'appel à concurrence en cours, il lui revient de le faire conformément aux textes en vigueur et dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique notamment celui de la transparence ;

qu'au regard de ce qui précède, il est constant que la décision d'annuler l'appel d'offres concerné n'est pas justifiée ; qu'il s'agit d'une annulation abusive qui méconnaît les droits des requérants ; qu'il convient donc de dire que leurs plaintes sont fondées et d'inviter l'autorité contractante à en tirer les conséquences de droit ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours des sociétés DIACFA et SEA-B sont recevables ;

-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 les plaintes de sociétés DIACFA et SEA-B sont fondées ;

-qu'il sied de dire que l'annulation de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2016-008/MFPTPS/SG/DMP pour l'acquisition de véhicules pour le compte du programme de modernisation de l'administration publique est abusive et d'inviter l'autorité contractante à en tirer les conséquences de droit ;

-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 23 août 2016

Le Président de séance

Serge Louis Marie P. TOE