

**DECISION N°2018-0035/ORD**

sur recours de l'Entreprise de Toutes Constructions (ETC) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert national n°2017/13/PPCB/PM/ SG/BGPL pour l'exécution des travaux de réhabilitation du réseau d'irrigation de 62 ha du périmètre semi-californien aménagé à Bagré.

**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 ;*
- Vu** *le décret n°2017-0051/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 23 janvier 2018 de l'Entreprise de Toutes Constructions (ETC) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert national ci- dessus cité ;*

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

en présence de :

- Madame Céline KONE/DIALLO, membre de l'ORD
- Monsieur Idrissa OUATTARA, membre de l'ORD ;
- Messieurs B. Adama OUEDRAOGO et Y. Ferdinand KINDA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Sylvain KABORE et Saïdou OUEDRAOGO, respectivement directeur technique et conseiller juridique de l'Entreprise de Toutes Constructions (ETC) ;

- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Dieudonné TOUGMA, SPM de Bagrèpôle ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs T. Martial GUETCHO, Abdoul Kader SINARE, Halidou LINGANI et Théophile BATAKO, respectivement directeur technique de l'entreprise GJF SARL, directeur technique de l'entreprise ERI, chargés du projet du groupement GJF SARL / ERI SARL ;

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 ouvert national 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 de l'appel d'offres ouvert national n°2017/13/PPCB/PM/ SG/BGPL pour l'exécution des travaux de réhabilitation du réseau d'irrigation de 62 ha du périmètre semi-californien aménagé à Bagré ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORD est compétent pour en connaitre ;

#### **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 sus visée « 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 cité ont été publiés dans le journal Sidwaya n°8572 du vendredi 19 au dimanche 21 janvier 2018, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 23 janvier 2018 ;

considérant que l'ORD a relevé la non publication desdits résultats dans la revue des marchés publics conformément aux textes en vigueur ; qu'il a, cependant, constaté qu'outre la publicité effectuée dans le journal sus cité, les soumissionnaires ont reçu notification des résultats ; qu'il s'en suit qu'ils ont tous pu régulièrement exercer leur droit de recours ; que ce faisant et en prenant en compte le principe de l'efficacité, l'ORD a décidé d'apprécier le recours sans tenir rigueur du défaut de publication dans le canal prévu par les textes en vigueur ;

considérant que l'Entreprise de Toutes Constructions a saisi l'ORD, par lettre en date du 23 janvier 2017 ; 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,**

Bagrèpôle a lancé un appel d'offres ouvert national n°2017/13/PPCB/PM/ SG/BGPL pour l'exécution des travaux de réhabilitation du réseau d'irrigation de 62 ha du périmètre semi-californien aménagé à Bagré ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de l'Entreprise de Toutes Constructions (ETC) conforme et l'a classée en 4<sup>ème</sup> position à l'issue de l'examen détaillé des offres ; ensuite, elle a relevé que la variation de l'offre financière de plus de 10.000.000 FCFA provient de la non prise en compte dans le total général de l'item 801 ;

le requérant conteste cette décision de la CAM arguant que l'offre de l'attributaire provisoire n'est pas conforme pour trois (03) motifs ;

dans un premier temps, il critique la forme de constitution du groupement qui consacre un partage de responsabilités entre les deux (02) membres contrairement aux dispositions de l'article 41 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01/02/2017 ; en effet, il ressort du texte que les membres d'un groupement sont solidairement responsables pour le contrat dans son entier ;

dans un second temps, le requérant reproche au groupement attributaire, de ne pas avoir présenté ses rapports financiers conformément au point 1.9 de la pièce 4 du DAO relative aux renseignements sur la capacité des soumissionnaires qui en fait une obligation si le montant du marché est supérieur ou égal à 75 millions ;

enfin, il est reproché à l'attributaire de ne pas avoir mentionné les noms des membres du groupement sur la caution et la ligne de crédit conformément au modèle donné ;

il sollicite donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires ;

#### **sur la discussion,**

considérant que le dossier d'appel d'offres (DAO) autorise le groupement en faisant allusion au groupement solidaire et conjoint ; que, cependant, l'article 41 du décret n°2017-0049 ci-dessus cité ne permet que le groupement solidaire, interdisant ainsi tout groupement conjoint ;

considérant par ailleurs que le point 1.9 de la pièce 4 du DAO relative aux renseignements sur la capacité des soumissionnaires fait obligation aux soumissionnaires de fournir leurs rapports financiers si le montant du marché est supérieur ou égal à 75 millions ;

considérant que le requérant, ETC, a fait valoir que l'offre de son concurrent attributaire ne pouvait être déclarée conforme au regard des éléments ci-dessus cités ;

considérant que la CAM, avant tout propos, s'est étonnée de la précision des éléments de plainte du requérant en soupçonnant une fuite d'informations sur les travaux d'évaluation des offres ; que l'attributaire provisoire s'est également posé la question de la source des informations de son concurrent ; qu'ensuite, elle a noté, en ce qui concerne la forme du groupement, qu'elle n'avait pas trouvé de problème à l'analyse de l'accord de groupement entre les deux (02) entreprises ; que s'agissant de la non production des bilans financiers qu'elle a reconnue, la CAM a défendu sa position en relevant qu'elle a mis l'accent sur le chiffre d'affaires (CA) que l'attributaire provisoire a bien fourni ; qu'en effet, selon elle, le CA est un élément du bilan et des états financiers qu'elle a préféré mettre en exergue et c'est ce qui expliquerait qu'il ait été mentionné dans les données particulières ; qu'en plus, dans les instructions aux soumissionnaires, il est permis de donner soit le CA ou le bilan financier ; qu'en définitive, seule le CA doit être considéré comme obligatoire, car les données particulières priment sur les autres parties du DAO ;

considérant qu'en réplique, l'attributaire provisoire a affirmé que le partage financier mentionné dans l'accord de groupement ne renvoie pas à un partage des responsabilités entre les membres ; que la responsabilité est solidaire entre les membres sur l'ensemble des travaux ;

qu'en ce qui concerne le bilan financier, l'attributaire provisoire estime qu'il n'était pas obligatoire au regard des dispositions du DAO ; qu'en effet, l'article 32 des instructions aux soumissionnaires relatif à l'examen des pièces constitutives de l'offre, seuls l'absence et la non-conformité des points 2 à 10 peuvent entraîner le rejet de l'offre ; que les bilans financiers n'en faisant pas partie, le groupement GJF/ERI en a déduit que les offres ne peuvent pas être écartées sous ce motif ; qu'ainsi, s'ils étaient requis, les rapports financiers devaient être mentionnés dans les données particulières ; qu'enfin, sur la forme de sa caution de soumission et de sa ligne de crédit, il relève que lesdits documents portent bien le nom du groupement ;

considérant que l'ORD a enjoint à Bagrêpôle de se conformer à la réglementation nationale en publiant notamment ses résultats dans la revue des marchés publics ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que l'accord de groupement établi fait ressortir sans ambiguïté un partage de responsabilité entre les deux (02) membres en fonction notamment des parties de travaux dont ils seront respectivement chargés ; qu'il s'agit bien d'un groupement conjoint en violation des textes en vigueur qui consacrent plutôt le groupement solidaire ; que la plainte de ETC est donc fondée sur ce point ;

qu'en ce qui concerne l'exigibilité des rapports financiers, l'ORD a jugé qu'ils étaient obligatoires au regard des dispositions du point 1.9 de la pièce 04 ; qu'il est effectivement établi que les données particulières prévalent, en cas de contradiction, sur les autres pièces du DAO ; qu'en l'espèce, cependant, il n'y a pas de contradiction entre la pièce 04 et les données particulières qui mentionnent uniquement le CA ; que les soumissionnaires, en plus du CA, devaient produire les autres éléments des rapports financiers ; que dans le souci d'une meilleure analyse des offres, l'autorité contractante peut demander les rapports au-delà du CA qui peut ne pas fournir tous les éléments souhaités ; qu'il faut également noter que le DAO est constitué d'un ensemble de pièces qui se complètent et dont l'appréciation doit être globale ; que sur le moyen de l'article 32 des instructions aux soumissionnaires (IS), l'ORD note que cette disposition n'est pas pertinente car elle ne concerne que l'examen préliminaire et non l'examen au fond régi par les articles suivants des IS ; qu'il convient donc de constater que le recours est également fondé sur ce point ;

qu'enfin, sur le dernier point relatif à la forme des caution et ligne de crédit, l'ORD a rejeté la plainte du requérant comme étant non fondée ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est partiellement fondée notamment sur la forme du groupement et l'exigibilité des rapports financiers ;

par ces motifs ;

**DECIDE :**

**-qu'il est compétent ;**

**-que le recours de l'Entreprise de Toutes Constructions est recevable ;**

**-que l'appel d'offres ouvert national sus visé reste soumis 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 l'Entreprise de Toutes Constructions est fondée pour l'essentiel ;**

**-qu'il sied d'infirmer en définitive les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert national n 2017/13/PPCB/PM/ SG/BGPL pour l'exécution des travaux de réhabilitation du réseau d'irrigation de 62 ha du périmètre semi-californien aménagé à Bagré ;**

**-de renvoyer la CAM à tirer les conséquences de la présente décision ;**

**-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 25 janvier 2018

Le Président de séance

**Ibrahim SOKOTO**