

DECISION N°2018-0109/ARCOP/ORD

sur recours de la SCPA THEMIS-B, agissant au nom et pour le compte de PPI-BF SA (lot 01) et du Cabinet d'avocat Arnaud OUEDRAOGO, agissant au nom et pour le compte de SOTRADEMA SA (lot 02) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres international n°045/2016/ONEA/DG/DP-AEP/ZIGA II pour la fourniture et la pose de réseaux, la réalisation de branchements et de bornes fontaines ;

**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 lettres en date du 21 février 2018 de la SCPA THEMIS-B, agissant au nom et pour le compte de PPI-BF SA, et du Cabinet d'avocat Arnaud OUEDRAOGO, agissant au nom et pour le compte de SOTRADEMA SA, contre les résultats provisoires de l'appel d'offres international ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Monsieur Mathurin KONE, membre de l'ORD ;
- Monsieur Moussa TRAORE, membre de l'ORD ;
- Monsieur Tahirou SANOU, assisté de Madame BAYANE/ZONGO Irène et Messieurs Modeste YAMEOGO, B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :

Maitre Moumouni GNESSIEN et Monsieur Bertrand BUREAU, respectivement Avocat conseil et Chef de département hydraulique de PPI-BF SA ;

Madame Awa SOUMAHORO, Maitre S. Ali NADIA et Monsieur El Houssaine BAALLA, respectivement Secrétaire, Avocat conseil et Directeur Afrique de SOTRADEMA SA ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Jean Raphaël COMPAORE, Valentin SIRIMA et Jean Joseph ZONGO, respectivement Directeur des marchés publics, DP.AEP, et Agent service technique de l'ONEA ;
- au titre des attributaires provisoires :

pour le lot 1, Madame Awa SOUMAHORO, Maitre S. Ali NADIA et Monsieur El Houssaine BAALLA, respectivement Secrétaire, Avocat conseil et Directeur Afrique de SOTRADEMA SA ;

pour le lot 2, Mesdames Sonia BAMBARA, Rida OUEDRAOGO et Messieurs Amidou NATALI, Eric COMPAORE, Bouba YAGUIBOU, respectivement Juristes, Chargé de mission, Conseil et Avocat conseil de ASI BF SA ;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

rend la présente décision fondée sur la régularité des recours, les faits et moyens exposés ci-après ;

EN LA FORME :

sur la compétence,

considérant que l'appel d'offres international sus visé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} 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 les recours concernent la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres international n°045/2016/ONEA/DG/DP-AEP/ZIGA II pour la fourniture et la pose de réseaux, la réalisation de branchements et de bornes fontaines ;

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 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 ouvert ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2252 du lundi 19 février 2018, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 21 février 2018 ; que la SCPA THEMIS-B, agissant au nom et pour le compte de PPI-BF SA, et le Cabinet d'avocat Arnaud OUEDRAOGO, agissant au nom et pour le compte de SOTRADEMA SA, ont saisi l'ORD par lettres en date du 21 février 2018 ; que, par ailleurs, les recours sont conformes aux autres conditions de recevabilité prévues à l'article 28 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

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

AU FOND :

sur les faits,

l'Office national de l'eau et de l'assainissement a lancé l'appel d'offres international n°045/2016/ONEA/DG/DP-AEP/ZIGA II pour la fourniture et la pose de réseaux, la réalisation de branchements et de bornes fontaines ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré :

-l'offre de PPI-BF SA conforme à l'examen préliminaire du lot 1 du dossier d'appel d'offres (DAO) ; cependant, le marché a été attribué à SOTRADEMA SA en raison du caractère moins disant de son offre ;

-l'offre de SOTRADEMA SA non qualifiée pour être attributaire des deux lots du dossier d'appel d'offres (DAO) au motif que le nombre de branchements présenté au lot 2 est de 7 352 alors que le DAO en exige 10 000 pour être attributaire des deux (02) lots ;

les requérants contestent cette décision de la CAM ;

-le conseil de PPI-BF SA fait valoir que les présents résultats provisoires font suite à l'exécution par l'ONEA de la décision n°2017-0863/ARCOP/ORD qui avait infirmé les résultats de cet appel d'offres publiés dans la revue des marchés publics n°2163 du mardi 17 octobre 2017 et attribuant à PPI-BF SA le lot 1 du marché ; il relève que suite à une procédure de référé suspension engagée par PPI-BF SA, le tribunal administratif a, par ordonnance n°005/2018 du 19 janvier 2018, ordonné la suspension de l'exécution de la décision n°2017-0863/ARCOP/ORD du 20 octobre 2017 ; il note que non satisfaite de la décision de justice, l'ARCOP, agissant par l'Agent Judiciaire du Trésor, a interjeté appel ; que le Conseil d'Etat vidant sa saisine le 21 février 2018, a confirmé l'ordonnance querellée en toutes ses dispositions ; qu'en conséquence, l'exécution de la décision n°2017-0863/ARCOP/ORD du 20 octobre 2017 demeure suspendue et ce depuis le 19 janvier 2018 ; il soutient donc que ce sont premiers résultats publiés en date du 17 octobre 2017 qui valent depuis le prononcé de la suspension de l'exécution de la décision n°2017-0863/ARCOP/ORD qui les avait infirmés le 20 octobre 2017 ; il fait observer que l'ONEA ne peut pas publier de nouveaux résultats en exécution de cette décision ORD sus visée sans se rendre coupable d'entrave à l'exécution d'une décision de justice ; qu'au regard de l'article 12 de la loi n°011-2016/AN du 26 avril 2016 portant création ,composition attributions et fonctionnement des tribunaux administratif et procédure applicable devant eux « le recours contre une décision administrative n'a pas d'effet suspensif s'il n'en est autrement ordonné sur demande expresse d'une partie conformément aux dispositions du chapitre 4 de la présente loi » ;

-le conseil de SOTRADEMA SA rappelle, pour sa part, que la présente procédure a connu de nombreuses irrégularités ; il soutient que c'est suite aux différentes contestations aux lots 1 et 2 que l'ORD avait déclaré la plainte de SOTRADEMA SA fondée et infirmé les résultats provisoires par décision n°2017-0863/ARCOP/ORD du 20 octobre 2017 ; il relève que malgré la demande de retrait de ladite décision, l'ORD l'a réconforté dans ses droits en rejetant la demande à travers la décision n°2017-740/ARCOP/ORD du 13 novembre 2018 ; il fait valoir que cette publication rectificative a passé outre les décisions de l'ORD ; il constate que la CAM a procédé à une nouvelle évaluation des offres et a relevé de façon incompréhensive un grief au lot 2 en déclarant l'offre non conforme ; il fait observer qu'à la lecture du DAO, il n'y a aucune différence de critères entre les deux lots pouvant valablement justifier le grief relevé ; il estime que cela constitue une incohérence de décisions et une entorse aux règles de la concurrence ; il soutient que le grief, sans aucune pertinence, arbitraire est inapte à justifier la non-conformité de SOTRADEMA SA ;

il mentionne qu'exiger 10 000 branchements pour un même marché avant de prétendre aux deux lots est contraire aux termes des prescriptions contractuelles et constitue une manipulation des règles du jeu ; enfin, il conclut en relevant que SOTRADEMA SA aurait pu très bien justifier de plus 10 000 branchements pour un même marché si le besoin se présentait ;

ils sollicitent donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de les rétablir dans leurs droits ;

sur la discussion,

sur le recours de PPI-BF SA (lot 01)

considérant que le requérant relève que cette publication rectificative des résultats provisoires de la présente procédure d'appel d'offres constitue une entrave à l'exécution d'une décision de justice ; que la décision n°2017-0863/ARCOP/ORD rendue par l'ORD en sa séance du 20 octobre 2017 et infirmant les résultats provisoires a été suspendue par le juge administratif en date du 19 janvier 2018 et confirmée par le Conseil d'Etat le 21 février 2018 ; qu'ainsi, l'ONEA devait s'abstenir de toute autre analyse ou publication ; que les seuls résultats qui valent depuis le 19 janvier 2018 sont les premiers résultats publiés dans le quotidien des marchés en date du 17 octobre 2018 ; qu'il sollicite de l'ORD le respect des décisions de justice ;

considérant que la CAM note qu'elle a publié les résultats rectificatifs suite à la décision n°2017-0863/ARCOP/ORD du 20 octobre 2017 infirmant les résultats provisoires ; qu'elle était absente lors de la procédure de référé suspension ; que, certes, elle a appris la suspension de l'exécution de la décision de l'ORD mais que n'ayant pas été informée officiellement, elle a jugé bon de ne pas en tenir compte ;

considérant que l'attributaire provisoire, SOTRADEMA SA n'a pas fait de commentaires particuliers en ce qui concerne le lot 01 ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et procédé aux vérifications utiles, a relevé qu'il est constant que cette publication rectificative des résultats provisoires résulte de la mise en œuvre de la décision n°2017-0863/ARCOP/ORD rendue en date 20 octobre 2018 qui infirmait les résultats provisoires ; que suite à une procédure de référé suspension engagée par PPI SA, le Président du tribunal administratif de Ouagadougou a, par ordonnance n°005/2018 du 19 janvier 2018, ordonné la suspension de l'exécution de la décision ORD sus visée ; que mieux, le Conseil d'Etat a confirmé l'ordonnance querellée ; que vu ces décisions du juge administratif, la décision n°2017-0863/ARCOP/ORD est suspendue ; qu'en conséquence, les premiers résultats de l'appel d'offres international n°45/2016/ONEA/DG/DP-AEP/ZIGA II publiés dans la revue des marchés publics n°2163 du 17 octobre 2017 ne sont plus remis en cause en attendant la décision finale de la juridiction saisie ; qu'il invite l'ONEA au respect strict des décisions de justice sus visées ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et d'infirmier ainsi les résultats provisoires ;

sur le recours de SOTRADEMA SA (lot 02)

considérant que le requérant fait valoir que les griefs tels que relevés au lot 02 révèle une volonté délibérée de la CAM de ne pas lui attribuer le marché conformément à la décision ORD du 20 octobre 2017 ; qu'il a respecté toutes les exigences du DAO ; qu'il a apporté la preuve de justification de plus de 10 000 branchements dans les références similaires jointes ;

considérant que la CAM soutient que cette publication rectificative résulte des conséquences tirées de la décision ORD ci-dessus visée ; qu'elle a réexaminé les offres conformément aux prescriptions du DAO ; qu'au point 2.4.2 (b) des critères de qualification, il a été requis « pour prétendre aux deux (02) lots, avoir deux (02) expériences similaires et avoir réalisé 10 000 branchements privés d'eau potable » ; que SOTRADEMA SA a justifié de 7 352 branchements, inférieur pour être attributaire des deux lots ; que, sur cette base, elle a jugé que son offre n'est pas conforme pour le lot 02 ;

considérant que l'attributaire provisoire du lot 02, ASI BF SA, fait valoir que les termes des critères d'évaluation et de qualification ne souffrent pas d'ambiguïtés ; qu'il a été exigé que pour être attributaire des deux lots, il faut justifier au titre des références similaires requise 10 000 branchements ; que SOTRADEMA SA a pris connaissance des critères contenus dans le DAO et a délibérément choisi de ne pas prétendre aux deux (02) lots en ne respectant pas la quantité des 10 000 branchements requis au titre des critères de qualifications ; que sur cette base, l'analyse de la CAM est objective et sa non qualification est méritée ;

considérant que PPI SA fait observer qu'en vertu de l'ordonnance n°005/2018 du 19 janvier 2018 rendue par le juge administratif et suspendant la décision n°2017-0863/ARCOP/ORD rendue par l'ORD en séance du 20 octobre 2017, l'ONEA n'aurait pas dû publier un rectificatif des résultats provisoires ; que les seuls résultats valides à ce jour sont ceux publiés le 17 octobre 2017 ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et procédé aux vérifications utiles, a relevé qu'il est constant que, par ordonnance n°005/2018 du 19 janvier 2018, le juge administratif a ordonné la suspension de l'exécution de la décision n°2017-0863/ARCOP/ORD du 20 octobre 2017 ; que mieux, le Conseil d'Etat a confirmé l'ordonnance querellée ; qu'au regard de ces décisions de justice, la décision n°2017-0863/ARCOP/ORD sus visée est suspendue ; qu'en conséquence, les premiers résultats de l'appel d'offres international n°45/2016/ONEA/DG/DP-AEP/ZIGA II publiés dans le quotidien des marchés publics n°2163 du 17 octobre 2017 ne sont plus remis en cause en attendant la décision finale de la juridiction saisie ; qu'il invite l'ONEA à la mise en œuvre des décisions de justice ;

que, par ailleurs, il convient de relever que conformément aux critères de qualification, SOTRADEMA SA n'a pas respecté les exigences des critères de qualification ; que la quantité des branchements justifiée est insuffisante pour être attributaire des deux lots ; qu'en conséquence, l'analyse de la CAM sur ce point est objective ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours de la SCPA THEMIS-B, agissant au nom et pour le compte de PPI-BF SA, et du Cabinet d'avocat Arnaud OUEDRAOGO, agissant au nom et pour le compte de SOTRADEMA SA, sont recevables ;

-que l'appel d'offres ouvert international sus visé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-que la plainte de la SCPA THEMIS-B, agissant au nom et pour le compte de PPI-BF SA, est fondée ;

-que la plainte du Cabinet d'avocat Arnaud OUEDRAOGO, agissant au nom et pour le compte de SOTRADEMA SA, n'est pas fondée ;

-qu'il sied d'infirmes les résultats provisoires l'appel d'offres international n°045/2016/ONEA/DG/DP-AEP/ZIGA II pour la fourniture et la pose de réseaux, la réalisation de branchements et de bornes fontaines ;

-d'inviter la CAM à respecter les décisions de justice en tirant toutes les conséquences de droit y afférentes ;

-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 26 février 2018

le Président de séance

Ibrahim SOKOTO