

DECISION N°2018-0206/ARCOP/ORD

sur recours du groupement CCE/GENELEC/SOGECCAM contre les résultats provisoires de l'appel d'offres international n°2017-002/FDE/PASELAdd/ DG/DM pour l'électrification de quatre-vingt-dix (90) localités du Burkina (lots 02, 04 et 05).

**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 11 avril 2018 du groupement CCE/GENELEC/SOGECCAM contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

présidé par Madame Léa ZAGRE/RIMTOUMDA, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Madame Céline KONE/DIALLO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Moussa TRAORE, membre de l'ORD ;
- Madame BAYANE/ZONGO Irène, Messieurs Moïse BAKORBA et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Madame Perpétue L. OUEDRAOGO, Maitres Léon Patrice SARR de la LSP L@W SCP LEON PATRICE & SYLVA, et Ignace TOUGMA du cabinet d'avocat TOUGMA, tous agissant au nom et pour le compte du groupement CCE/GENELEC/SOGECCAM ;

- au titre de l'autorité contractante, Mesdames Haoua B. KASSAN et Yéri Hadiza KIENOU/KAMBOU, Monsieur Boubakar TAMBOURA, représentant le Fonds de développement de l'électrification (FDE) ;
- au titre des attributaires provisoires :
 - Monsieur Mohamed DIABY, représentant de l'entreprise GGI (lot 02);
 - Monsieur Théophile BAMA, administrateur du Groupement BTSI-ROADS ENERGY (lot 04) ;
 - Monsieur Patrice M. TCHIBINDA, représentant du Groupement GECEI-BETRAD (lot 05) ;

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 international 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 international n°2017-002/FDE/PASELAdd/DG/DM pour l'électrification de quatre-vingt-dix (90) localités du Burkina (lots 02, 04 et 05) ;

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 international ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2288 du 10 avril 2018, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au jeudi 12 avril 2018 ; que le groupement CCE/GENELEC/SOGEACAM a saisi l'ORD par lettre en date du mercredi 11 avril 2018 ; 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 1^{er} 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,

le Fonds de développement de l'électrification (FDE) a lancé l'appel d'offres international n°2017-002/FDE/PASELAdd/DG/DM pour l'électrification de quatre-vingt-dix (90) localités du Burkina (lots 02, 04 et 05) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre du groupement CCE/GENELEC/SOGEACAM non-conforme au dossier d'appel d'offre (DAO) au motif que la garantie de soumission présentée par le groupement n'a pas été établie au nom de tous les membres du groupement ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et soutient que ce grief n'est pas valable pour justifier la non-conformité ; qu'il a respecté toutes les exigences du DAO ; qu'un accord de groupement solidaire a été établi au nom de l'ensemble des membres du groupement et désignant la société CCE comme mandataire et chef de file du groupement ; que c'est dans ce cadre que la banque a délivré au nom du chef de file du groupement les cautions de soumission ; il relève en outre que les montants des cautions exigés dans le dossier ont été également respectés ; qu'il estime que l'établissement de telle caution ne porte aucun préjudice à l'autorité contractante, ce d'autant plus qu'elle est saisissable en cas de difficultés ; que la solidarité suppose que chaque membre du groupement puisse être poursuivi en cas de litige ;

par ailleurs dans une plainte additive les conseils du plaignant soutiennent que conformément à l'article 102 alinéa 5 du décret 2017-0049 ci-dessus cité, il est constant que la caution est une pièce administrative son absence ne peut être considérée comme un motif de non-conformité si le requérant n'a pas été invité à la compléter ; ensuite il note que conformément à l'article 30 du DAO, relative à la question de l'offre conforme pour l'essentiel, la non-conformité d'une offre ne peut résulter que de divergences ou d'omissions substantielles ; que ces dernières sont définies comme étant celles qui, d'abord limitent de manière substantielle la portée, la qualité ou les performances des équipements et services spécifiés dans le marché ou limitent d'une manière substantielle les droits du maître de l'ouvrage ou les obligations du soumissionnaire au titre du marché ; et enfin celle dont l'acceptation serait préjudiciable aux autres soumissionnaires ayant présenté des offres conformes pour l'essentiel ; il estime que le fait que la garantie de soumission ne soit pas au nom du groupement ne cadre avec aucune des situations sus listées ; que l'article 31 du DAO permet à l'autorité contractante de tolérer ce genre de non-conformité en demandant au groupement de faire corriger sa garantie de soumission ; que mieux le FDE aurait pu économiser environ 500 millions de FCFA sur les trois lots ou son client est le moins disant ;

il sollicite donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de le rétablir dans ses droits ;

sur la discussion,

considérant que les données particulières de l'appel d'offres (DPAO) ont requis des soumissionnaires de fournir des cautions de soumission ;

considérant qu'aux termes de l'article 20.4 des Instructions aux soumissionnaires (IS), toute offre non accompagnée d'une garantie de soumission ou d'une déclaration de garantie conforme pour l'essentiel, sera écartée par le maître de l'ouvrage comme étant non conforme ;

considérant que l'article 20.8 des IS dispose que : « la garantie de soumission ou la déclaration de garantie de l'offre d'un groupement d'entreprise doit être au nom du groupement qui a soumis l'offre. Si un groupement n'a pas été formellement constitué lors du dépôt de l'offre, la garantie de soumission, ou la déclaration de garantie de l'offre devra être au nom de tous les futurs partenaires » ;

considérant que le requérant soutient en plus des arguments ci-dessus évoqués, que certes une disposition du DAO a prévu que la caution doit être libellé au nom du groupement ; que cependant au regard de son accord de groupement qui dispose que celui-ci est solidaire et que cette solidarité suppose que tous les membres du groupement engagent leur responsabilité au même titre, la disposition ci-dessus visée ne peut leur être appliquée mécaniquement ; que dans ses conditions la caution qui est délivrée au nom du chef de fil du groupement engage les autres membres du groupement ; que mieux, il ne fait aucun doute que cette caution est saisissable ; qu'aucun grief résultant de ces cautions ne porte atteinte aux autres soumissionnaires et que conformément à l'article 30 des IS, cette irrégularité, qui

est mineure, doit être tolérée par l'autorité contractante et mieux celle-ci doit permettre aux soumissionnaires de corriger ce genre d'irrégularité ; qu'il n'y a aucune rupture de l'égalité si l'autorité contractante accepte ses cautions ; que dans tous les cas, la banque ne délivrera pas cette caution au nom de tous les membres du groupement car celui-ci n'est pas formalisé, il ne s'agit que d'un groupement ponctuel ;

considérant que la CAM fait observer, de prime abord, que la requête est tout de même surprenante et ce d'autant plus qu'elle porte sur des éléments qui sont clairement définis par le dossier ; que les cautions pour les lots 04 et 05 ne respectent pas les modèles types proposés par la banque ; que l'accord du bailleur doit être requis dans les cas où le soumissionnaire souhaiterait changer de modèle ; que le requérant n'a pas demandé l'avis du bailleur sur cette question ; que les articles 20.4 et 20.8 sont explicites sur la question ; que les règles qui régissent les cautions doivent être celles de la chambre de commerce internationale alors que celles du requérant sont régies par le droit sénégalais ; que la caution du lot 02 semble se rapprocher du modèle type, mais en réalité il n'en est rien ; que ces cautions manquent de précision sur l'engagement irrévocable et inconditionnelle de la banque qui se porte caution ; qu'ainsi rien qu'à ce limiter à ces éléments de forme les cautions doivent être rejetées ; que par ailleurs les cautions ne respectent pas les délais de validité car elles sont valables jusqu'au 08/12/2017 alors que le dossier les exige jusqu'au 08/01/2018 ; que plus grave, dans les cautions, il est mentionné CCE en tant qu'entreprise à part entière et non comme étant le mandataire du groupement ; qu'une autre lecture pouvait en être faite si elles étaient libellées au nom de CCE en tant que mandataire du groupement ; que ces cautions date de 2016 alors qu'il s'agit d'un dossier de 2018 ;

considérant que le requérant rejette tous les arguments ci-dessus développés dans la mesure où ils n'ont pas été mentionnés dans la publication des résultats ; que ceci est révélateur du traitement inégalitaire qui a été donné à son offre ; qu'étant dans l'espace OHADA, que la caution soit établie à Dakar comme à Ouagadougou, elle produit les mêmes effets ;

considérant que les attributaires provisoires n'ont pas fait de déclarations particulières ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que les cautions fournies par le requérant ont été établies au nom de CCE en tant qu'entreprise à part entière et non en tant que mandataire du groupement ; qu'il est aussi constant que ces cautions n'ont pas été établies au nom des membres du groupement et ce, contrairement aux exigences du dossier ; qu'ainsi le requérant ne s'est pas conformé aux articles 20.4 et 20.8 des IS ci-dessus cités ; que sans qu'il soit surabondamment besoin de viser d'autres dispositions du dispositif juridique du bailleur de fonds notamment le guide d'évaluation pour les marchés de travaux (point 5.4) ;

considérant que le requérant soutient par ailleurs qu'en vertu du principe de solidarité qui lie les membres du groupement et en vertu de l'acte uniforme de l'OHADA sur les suretés, au fond, les documents de garantie offerts par lui sont bien valables et peuvent être réalisés en cas de difficultés ; que sur ce point,

indépendamment du fait que la forme tient le fond en l'état, il importe d'une part de noter que l'accord de groupement, même s'il instaure une solidarité entre les membres du groupement, ne saurait ignorer les règles de la concurrence établies dans le DAO et qui servent de base à la saine évaluation des offres des soumissionnaires et d'autre part, que dans le cas d'espèce, il s'agit d'un financement extérieur régi par l'Accord de crédit IDA n°5291-BF Financement Additionnel n°H966-BF et ensemble ses annexes ; que dès lors, le droit applicable dans le cadre de cette procédure, c'est le droit du bailleur ; qu'en conséquence, il sied de noter que c'est à bon droit que l'offre du requérant a été déclarée non conforme sur la base de l'ensemble des règles juridiques ci-dessus rappelées ;

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 groupement CCE/GENELEC/SOGEACAM est recevable ;

-que l'appel d'offres 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 du groupement CCE/GENELEC/SOGEACAM n'est pas fondée ;

-qu'il sied de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres international n°2017-002/FDE/PASELAdd/ DG/DM pour l'électrification de quatre-vingt-dix (90) localités du Burkina (lots 02, 04 et 05) ;

-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 13 avril 2018

la Présidente de séance

Léa ZAGRE/RIMTOUMDA
Chevalier de l'ordre de National