

DECISION N°2018-0306/ARCOP/ORD

sur recours du groupement SUZY CONSTRUCTION/SOYIS contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2018-0254/MI/SG/DMP pour les travaux d'aménagement et de bitumage de voiries pour la commémoration du 11 décembre 2018 dans les villes de Manga, Kombissiri et Pô (lot 06).

**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 08 mai 2018 du groupement SUZY CONSTRUCTION/SOYIS contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité (lot 06) ;*

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

en présence de :

- Madame Fatoumata TALL, 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, Madame Corinne OUEDRAOGO, Messieurs Saïdou OUEDRAOGO, Sébastien BAYALA et Kassoum KABORE, respectivement

conseillers juridiques et agents du groupement SUZY CONSTRUCTION-SOYIS ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Seydou GUIGUEMDE et Dié S. Laurent MILLOGO, Chefs de service de la DMP du Ministère des Infrastructures ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Hervé OUEDRAOGO, et Moumouni TOE, respectivement Juriste, et agent du groupement GTB/ETPS/GERBA TP ;

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°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 l'appel d'offres ouvert accéléré n°2018-0254/MI/SG/DMP pour les travaux d'aménagement et de bitumage de voiries pour la commémoration du 11 décembre 2018 dans les villes de Manga, Kombissiri et Pô (lot 06) ;

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 ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2307 du lundi 07 mai 2018, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mercredi 09 mai 2018 ; que le groupement SUZY CONSTRUCTION/SOYIS a saisi l'ORD par lettre en date du 08 mai 2018 ;

considérant qu'avant tout débat au fond, le conseil de l'attributaire provisoire a souhaité que le recours du groupement SUZY CONSTRUCTION-SOYIS soit déclaré irrecevable ; que sa prétention s'est fondé sur le caractère confidentiel des moyens invoqués par le requérant de sorte qu'un concurrent ne peut s'en prévaloir pour formuler son recours ; que mieux, l'ORD ne statue pas sur la base d'éléments devinés mais plutôt sur des faits violant la réglementation de la commande publique ;

considérant que l'ORD, a noté que le moyen soulevé par le conseil de l'attributaire provisoire ne fait pas partie des motifs d'irrecevabilité prévus de façon limitative par l'article 28 du 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 ; que le recours du groupement SUZY CONSTRUCTION-SOYIS respecte tous les critères de recevabilité prévus par le texte ; qu'il s'en suit que le motif d'irrecevabilité n'est donc pas fondée ;

que dès lors, en l'absence de tout motif d'irrecevabilité, la requête est recevable ;

AU FOND :

sur les faits,

le Ministère des infrastructures (MI) a lancé l'appel d'offres ouvert accéléré n°2018-0254/MI/SG/DMP du 19/03/2018 pour les travaux d'aménagement et de bitumage de voiries pour la commémoration du 11 décembre 2018 dans les villes de Manga, Kombissiri et Pô (lot 06) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre du groupement SUZY CONSTRUCTION/SOYIS conforme au dossier d'appel d'offres (DAO) mais ne lui a pas attribué le marché car n'étant la moins disante ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que d'abord, la nature du groupement de l'attributaire provisoire n'est pas conforme à la réglementation du fait qu'il implique un partage de responsabilité ; que l'article 41 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01/02/2017 dispose que les membres de groupement sont solidairement responsables pour le contrat dans son entier ; qu'ensuite, la production des procès-verbaux de réception provisoires constitue une entorse à la réglementation ; que ni le DAO type sur les marchés de travaux, ni le CCAG de 2009 applicables à ces marchés n'admettent des P.V de réception provisoires pour servir de projets similaires ; que la pièce 4 portant renseignement sur les qualifications et les capacités des soumissionnaires en son point 1.3 dispose que la fourniture des P.V de réception définitive ou attestation de bonne fin est une exigence ; que sur ce point, la réglementation précise que le marché n'est pleinement exécuté tant qu'un PV de réception définitive n'est pas délivré » ; que l'admission des PV de réception provisoire par l'administration constitue une tolérance illégale qui doit être considéré comme nulle et de nul effet ; que le DAO constitue la règle du jeu en ce qui concerne ses mentions valides ; qu'il y a eu entorse à la concurrence et au traitement égalitaire des concurrents, créant un préjudice à son égard ;

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 40 du décret n°2017-0049 ci-dessus cité ne permet que le groupement solidaire, interdisant ainsi tout groupement conjoint ;

considérant que l'article 35 des instructions aux soumissionnaires du DAO relativement à l'évaluation des qualifications et de la capacité du soumissionnaire exige entre autres la page de garde et de signature, les procès-verbaux de réception définitive ou les attestations de bonne fin de travaux pour la justification des marchés similaires de chaque soumissionnaire ; qu'il est constant que ces dispositions des Instructions aux soumissionnaires ne peuvent être changées ;

considérant cependant que le point A-35 des données particulières a modifié les instructions aux soumissionnaires en allégeant la justification des marchés similaires à travers l'exigence des procès-verbaux de réception provisoire sans réserves ;

qu'également la Pièce n°04 a requis des soumissionnaires de « Joindre obligatoirement les copies des pages de garde et de signature des marchés similaires, des procès-verbaux de réception définitive ou attestations de bonne fin délivrées par le maître d'ouvrage »

considérant que le requérant a fait valoir que l'offre de son concurrent attributaire ne saurait 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 ; 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 entreprises GTB, ETPS et GERBA TP ; que l'article 1 de ladite convention consacre la responsabilité solidaire entre les membres ; qu'également, aux termes de l'article 25 de la directive n°04/2005/CM/UEMOA du 9 décembre 2005 « En cas de groupement solidaire, l'acte d'engagement est un groupement unique qui indique le montant total du marché et l'ensemble des prestations que les membres du groupement s'engage solidairement à réaliser » ; qu'au vu de tous ces moyens, la CAM a jugé que la nature du groupement de l'attributaire provisoire était solidaire et non conjoint contrairement aux prétentions du requérant ;

que s'agissant de la non production des PV de réception provisoire au lieu de PV de réception définitive ou attestations de bonne fin délivrées par le maître d'ouvrage, la CAM a défendu sa position en relevant que l'analyse s'est faite conformément au dossier ; que le DAO a requis la possibilité de justifier la qualification et la capacité par des PV de réception provisoire sans réserve ou définitive ; que tous les soumissionnaires ont été évalués sur cette base y compris le requérant ; qu'en définitive, l'offre de l'attributaire a été jugée conforme aux exigences du DAO sur ce point ;

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 ; que s'agissant des PV de réception provisoire sans réserve, il s'est conformé aux exigences du dossier en la matière ;

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 membres en fonction notamment des parties de travaux dont ils seront respectivement chargés ; que l'article 2 relatif aux principes de collaboration, précise qu'«à ce titre, ils (les membres du groupement) partagent les obligations issues de la réalisation des travaux et jouissent des droits et avantages qui en découlent. Cette participation est établie sur la base de 50% pour la société GTB SARL, 25% pour la société ETPS SARL et 25% pour la société GERBA-TP SARL ; qu'il s'agit bien d'un groupement conjoint en violation des textes en vigueur ci-dessus cités qui consacrent plutôt le groupement solidaire ; qu'il apparaît ainsi une répartition des charges et obligations respectives des membres du groupement pour les parties des travaux qu'elles auront personnellement menées ; qu'il s'en suit qu'il n'y a pas de solidarité entre les trois (03) membres du groupement ; que la plainte du requérant est donc fondée sur ce point ;

que s'agissant du second moyen du requérant, l'ORD note que le présent DAO a admis les procès-verbaux de réception provisoire sans réserve comme preuve de la qualification et des capacités des soumissionnaires en qui concerne les marchés similaires ;

que cette admission est contraire à l'esprit et à la lettre des termes du dossier type d'appel d'offres travaux de 2009 qui a servi de référence à l'élaboration du présent dossier ;

qu'en effet, les instructions aux soumissionnaires et la pièce n°04 du DAO font allusion aux PV de réception définitive comme pièce justificative des marchés similaires ; que cette modification sans une autorisation préalable doit être considérée comme étant nulle et non avenue ; que, du reste, le CCAG applicable aux marchés de travaux ne considère qu'un marché est totalement exécuté et le titulaire libéré de ses engagements que lorsque le PV de réception définitive est obtenu ;

qu'en exigeant les PV de réception provisoire, l'autorité contractante n'a pas suffisamment défendu l'intérêt général dans la mesure où elle a admis des pièces qui ne garantissent pas de la bonne qualité des travaux exécutés ; qu'enfin, un élément de fait a conforté la position de l'ORD ; qu'il s'agit en l'occurrence des dégâts apparus après une première pluie sur des travaux réceptionnés provisoirement dans le cadre de la célébration du 11 décembre 2017 à Gaoua ; qu'ainsi, la plainte est également fondée sur ce point ;

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

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours du groupement SUZY CONSTRUCTION/SOYIS est recevable ;

-que l'appel d'offres 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 du groupement SUZY CONSTRUCTION/SOYIS est fondée ;

-qu'il sied d'infirmier les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2018-0254/MI/SG/DMP pour les travaux d'aménagement et de bitumage de voiries pour la commémoration du 11 décembre 2018 dans les villes de Manga, Kombissiri et Pô (lot 06) ;

-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 14 mai 2018

le Président de séance

Amado OUEDRAOGO

*Chevalier de l'Ordre du Mérite de la Santé
et de l'Action sociale*