



**Copie certifiée
Conforme à l'original**

**DECISION N°011/2016/ANRMP/CRS DU 06 MAI 2016 SUR LE RECOURS
DU BUREAU NATIONAL D'ETUDES TECHNIQUES ET DE DEVELOPPEMENT (BNETD)
CONTESTANT LES RESULTATS DE L'APPEL D'OFFRES N°RP 92/2015 RELATIF AU
CONTROLE ET A LA SURVEILLANCE DES TRAVAUX D'AMENAGEMENT DE LA ROUTE
DANANE-FRONTIERE GUINEE**

**LA CELLULE RECOURS ET SANCTIONS STATUANT EN MATIERE DE DIFFERENDS OU
DE LITIGES ;**

Vu le décret n°2009-259 du 6 août 2009 portant Code des Marchés Publics, tel que modifié par les décrets n°2014-306 du 27 mai 2014 et n°2015-525 du 15 juillet 2015 ;

Vu le décret n°2009-260 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP), tel que modifié par le décret n°2013-308 du 08 mai 2013 ;

Vu le décret n°2010-64 du 27 avril 2010 portant nomination des membres de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics ;

Vu le décret n°2014-242 du 08 mai 2014 portant nomination du Président de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics ;

Vu le décret n°2014-243 du 08 mai 2014 portant nomination du Secrétaire Général de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics ;

Vu l'arrêté n°661/MEF/ANRMP du 14 septembre 2010 fixant les modalités de saisine, les procédures d'instruction et de décision de la Cellule Recours et Sanctions de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) ;

Vu la requête du Bureau National d'Etudes Techniques et de Développement (BNETD) en date du 11 mars 2016 ;

Vu les écritures et pièces du dossier ;

En présence de Monsieur YEPIE Auguste, assurant l'intérim de Monsieur COULIBALY Non Karna, Président de la Cellule et de Messieurs AKO Yapi Eloi et TUEHI Ariel Christian Trésor, membres ;

Assistés de Docteur BILE Abia Vincent, Secrétaire Général Adjoint chargé des Recours et Sanctions, Rapporteur ;

Après avoir entendu le rapport de Docteur BILE Abia Vincent exposant les faits, moyens et conclusions des parties ;

Après avoir délibéré conformément à la loi ;

Par requête, en date du 11 mars 2016, enregistrée le même jour au Secrétariat Général de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics, sous le numéro 055, le Bureau National d'Etudes Techniques et de Développement (BNETD) a saisi l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP), à l'effet de contester les résultats de l'analyse des offres techniques de l'appel d'offres n°RP 92/2015, relatif au contrôle et à la surveillance des travaux d'aménagement de la route Danané-Frontière Guinée ;

LES FAITS ET LA PROCEDURE

L'Etat de Côte d'Ivoire a sollicité et obtenu, de la Banque Africaine de Développement (BAD), des fonds afin de couvrir le financement du Programme d'Aménagement de Routes et Facilitation du Transport au sein de l'Union du Fleuve Mano (PARFTUM), et a décidé de consacrer une partie de ces fonds pour effectuer des paiements, au titre de la prestation de contrôle et de surveillance des travaux d'aménagement et de bitumage de la route Danané-Frontière Guinée ;

A cet effet, le Ministère des Infrastructures Economiques, représenté par l'Agence de Gestion des Routes (AGEROUTE), a organisé la consultation n°RP 92/2015, constituée d'un lot unique ;

A l'issue de la manifestation d'intérêt, six (06) firmes ont été invitées pour participer à l'appel d'offres. Ce sont :

- le Groupement GERGEC / CINCAT INTERNATIONAL SA / TECHNICONSLUT ;
- le Groupement TR-ENGINEERING / AGTS ;
- le Groupement SEFCO INTERNATIONAL BURKINA FASO / SEFCO INTERNATIONAL COTE D'IVOIRE ;
- le CONSULTANT INGENIERIE ;
- le Groupement BTE / MOSAIQUE SA ;
- le BNETD ;

A la séance d'ouverture des plis, qui s'est tenue le 15 octobre 2015, seul le Groupement BTE / MOSAIQUE SA n'a pas soumis d'offres, les cinq (05) autres firmes ayant déposé des offres ;

A l'issue de la séance de jugement des offres techniques, tenue le 16 décembre 2015, la Commission d'Ouverture des plis et de Jugement des Offres (COJO) a jugé les cinq firmes qui avaient soumissionné, aptes pour l'étape de l'ouverture des offres financières ;

Par correspondance en date du 30 décembre 2015, l'AGEROUTE a transmis les rapports d'évaluation des offres techniques à la BAD qui a donné, par correspondance en date

du 15 février 2016, son avis de non objection sur les propositions de résultats, sous réserve du retrait de la soumission du BNETD, au motif que ce dernier ne semble pas jouir d'une autonomie financière, car il bénéficie d'une subvention financière régulière de l'Etat ivoirien, et qu'il n'est pas clairement établi qu'il jouisse d'une indépendance vis-à-vis de sa tutelle ;

Par correspondance en date du 23 février 2016, l'autorité contractante a notifié au BNETD les résultats de l'analyse des offres techniques, tenant compte de la réserve formulée par la BAD sur l'éligibilité de l'offre du BNETD.

Estimant que les résultats de l'analyse des offres techniques lui causent un grief, le BNETD a exercé un recours gracieux le 03 mars 2016 auprès de l'autorité contractante, à l'effet de les contester ;

Face au silence gardé par l'autorité contractante pendant plus de cinq (5) jours ouvrables, le BNETD a introduit un recours non juridictionnel auprès de l'ANRMP le 11 mars 2016, à l'effet d'obtenir sa qualification pour l'étape de l'ouverture des offres financières ;

LES MOYENS DE LA REQUETE

A l'appui de sa requête, le BNETD fait valoir que son statut juridique de société d'Etat n'est pas contraire aux conditions d'éligibilité des institutions financières internationales, d'autant plus que le BNETD a déjà exécuté des prestations sur des projets financés par lesdites institutions ;

Le requérant poursuit en indiquant que ce qui est désigné sous le vocable « subvention », n'est en réalité qu'une rémunération forfaitaire annuelle globale des appuis apportés par le BNETD aux ministères techniques lors de séminaires, commissions et comités techniques ainsi que des grandes rencontres avec les bailleurs de fonds ;

LES MOTIFS FOURNIS PAR L'AGEROUTE

Invitée par l'ANRMP à faire ses observations, l'autorité contractante, aux termes de sa correspondance n°0806/DG-BF/SJ/az du 21 mars 2016, a déclaré que le rejet de l'offre technique du BNETD résulte de l'Avis de Non Objection de la BAD qui s'impose à elle ;

Elle ajoute que conformément aux dispositions de l'article 9 du décret n°2015-475 du 1^{er} juillet 2015 portant procédures et modalités de gestion des projets et programmes financés ou cofinancés par les Partenaires Techniques et Financiers, l'AGEROUTE est tenue de « *passer marché conformément à l'accord de financement, aux directives du Partenaire Technique et Financier en matière de passation des marchés, au plan de passation des marchés, au manuel de procédures du projet et aux dispositions du Code des marchés publics de la République de Côte d'Ivoire, dans la mesure où celles-ci ne sont pas contraires aux dispositions des accords internationaux de financement* » d'une part, et à la section 6.04 des Accords de prêt n°5900150000352 et 21001150032545 signés le 4 juin 2015 entre la République de Côte d'Ivoire et la BAD qui stipule : « Acquisitions des Services : les services nécessaires à l'exécution du programme seront acquis tel que stipulé ci-après, conformément aux règles et Procédures pour l'utilisation des Consultants de la Banque, (édition de mai 2008, révisée en juillet 2012) en utilisant les dossiers-type de demande de proposition de la Banque » ;

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il ressort des faits et moyens ci-dessus exposés que le litige porte sur l'éviction d'un soumissionnaire au regard des critères d'éligibilité prévus par les directives du bailleur ;

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 167 du décret n°2009-259 en date du 6 août 2009 portant Code des marchés publics, tel que modifié par les décrets n°2014-306 du 27 mai 2014 et n°2015-525 du 15 juillet 2015, « **Les soumissionnaires s'estimant injustement évincés des procédures soumises aux dispositions du présent code peuvent introduire un recours formel, préalable à l'encontre des décisions rendues, leur causant préjudice, devant l'autorité à l'origine de la décision contestée (...).**

Ce recours doit être exercé dans les 10 jours ouvrables de la publication ou de la notification de la décision ou du fait contesté » ;

Qu'en l'espèce, il est constant que l'autorité contractante a notifié les résultats de l'analyse des offres techniques au BNETD le 23 février 2016 ;

Qu'ainsi, en saisissant l'autorité contractante d'un recours gracieux le 03 mars 2016, soit le septième (7^{ème}) jour ouvrable qui suit, le requérant s'est conformé aux dispositions de l'article 167 précité ;

Considérant par ailleurs, qu'aux termes de l'article 168.1 du Code des marchés publics, tel que modifié par les décrets n°2014-306 du 27 mai 2014 et n°2015-525 du 15 juillet 2015, « **Les décisions rendues, au titre du recours visé à l'article précédent, peuvent faire l'objet d'un recours effectif devant l'Autorité de régulation dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la publication ou de la notification de la décision faisant grief. En l'absence de décision rendue par l'autorité à l'origine de la décision contestée ou le supérieur hiérarchique le cas échéant, dans les cinq (5) jours ouvrables à compter de sa saisine, la requête est considérée comme rejetée. Dans ce cas, le requérant peut saisir l'Autorité de régulation dans le délai visé à l'alinéa précédent » ;**

Qu'en l'espèce, l'autorité contractante disposait d'un délai de cinq (5) jours ouvrables, expirant le 10 mars 2016, pour répondre au recours gracieux du BNETD ;

Que le silence gardé par l'autorité contractante pendant cinq (05) jours ouvrables équivalant à un rejet de sa requête, le BNETD disposait à son tour d'un délai de cinq (05) jours ouvrables expirant le 17 mars 2016, pour exercer son recours non juridictionnel ;

Que le requérant ayant introduit son recours non juridictionnel auprès de l'ANRMP le 11 mars 2016, soit le premier (1^{er}) jour ouvrable qui a suivi, il est par conséquent recevable, comme étant conforme aux dispositions réglementaires ;

SUR LE BIEN FONDE DE LA REQUETE

Considérant que dans sa requête en date du 11 mars 2016, le BNETD reproche à la Commission d'Ouverture des plis et de Jugement des Offres (COJO) d'avoir rejeté son offre technique au motif qu'il ne jouit pas d'une autonomie financière, car recevant des subventions de l'Etat ;

Que de son côté, l'autorité contractante indique que le rejet de l'offre du requérant a été décidé en application des dispositions, d'une part, de l'article 9 du décret n°2015-475 du 1^{er} juillet 2015 portant procédures et modalités de gestion des projets et programmes financés ou cofinancés par les Partenaires Techniques et Financiers, et d'autre part, de la section 6.04 des Accords de prêt n°5900150000352 et 21001150032545 signés le 4 juin 2015 entre la République de Côte d'Ivoire et la BAD ;

Qu'aux termes des dispositions de l'article 9 du décret n°2015-475 du 1^{er} juillet 2015 précité, « ***Il est fait obligation au projet de passer marché conformément à l'Accord de financement, aux directives du Partenaire Technique et Financier en matière de passation des marchés, au plan de passation des marchés, au manuel de procédures du projet et aux dispositions du Code des marchés publics de la République de Côte d'Ivoire, dans la mesure où celles-ci ne sont pas contraires aux dispositions des accords internationaux de financement*** » ;

Qu'en outre, aux termes des dispositions de la section 6.04 des Accords de prêt n°5900150000352 et 21001150032545 signés le 4 juin 2015 entre la République de Côte d'Ivoire et la BAD, « ***Acquisitions des Services : les services nécessaires à l'exécution du programme seront acquis tel que stipulé ci-après, conformément aux règles et Procédures pour l'utilisation des Consultants de la Banque, (édition de mai 2008, révisée en juillet 2012) en utilisant les dossiers-type de demande de proposition de la Banque*** » ;

Qu'enfin, aux termes des dispositions de l'article 1.11 (b) des directives de mai 2008, telles que révisées en juillet 2012, portant Règles et Procédures pour l'Utilisation des Consultants de la BAD, et reprises par la clause 6.3.3 des Instructions aux Candidats du dossier d'appel d'offres, « ***Les firmes publiques ou les institutions du pays de l'Emprunteur sont admises à participer, dans leur pays uniquement, si elles peuvent établir : (i) qu'elles jouissent de l'autonomie juridique et financière ; (ii) qu'elles sont gérées selon les règles du droit commercial ; et (iii) qu'elles ne sont pas des organes qui dépendent de l'Emprunteur ou de l'Emprunteur secondaire*** » ;

Qu'ainsi, pour être éligible, le BNETD en tant que société d'Etat doit remplir cumulativement les trois conditions d'éligibilité à l'appel d'offres ;

Considérant que le BNETD a été créé par le décret n°92-06 du 8 janvier 1992 tel que modifié par les décrets n°94-508 du 14 septembre 1994 et n°96-676 du 4 septembre 1996, et est régi par la loi n°97-519 du 04 septembre 1997 portant définition et organisation des sociétés d'Etat qui dispose en son article 4 que « ***la société d'Etat est une personne morale de droit privé, commerciale par sa forme*** ».

Qu'en outre, l'Acte uniforme de l'OHADA révisé le 30 janvier 2014 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dispose en son article 1^{er} que

« Toute personne morale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des Etats parties au traité à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (ci-après désignés les Etats parties) est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme.

...

En outre, les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique demeurent soumis aux lois non contraires au présent Acte uniforme qui sont applicables dans l'Etat partie où se trouve leur siège social » ;

Que par ailleurs, aux termes de l'article 8 du décret n°92-06 du 8 janvier 1992 tel que modifié par les décrets n°94-508 du 14 septembre 1994 et n°96-676 du 4 septembre 1996, les revenus du BNETD seront constitués par :

- « - **La dotation prévue au budget de l'Etat ;**
- **Les ressources extérieures prévues pour l'exécution des programmes de financement ;**
- **Les recettes d'exploitation et pour services rendus ;**
- **Les emprunts ;**
- **Les dons et legs » ;**

Considérant, à l'examen des différents textes applicables au BNETD, que s'il remplit la seconde condition d'éligibilité, à savoir être géré selon les règles du droit commercial, il reste que s'agissant de l'autonomie financière, il est constant que le BNETD bénéficie d'une dotation prévue au budget de l'Etat qui se traduit par une subvention annuelle ;

Que pour sa défense, le requérant soutient que cette subvention correspond à des prestations effectivement exécutées et facturées à l'Etat sous la forme d'une rémunération forfaitaire annuelle globale des appuis apportés par le BNETD aux ministères techniques lors de séminaires, commissions et comités techniques ainsi que des grandes rencontres avec les bailleurs de fonds ;

Que le BNETD soutient en outre que les ressources tirées desdites prestations sont classées dans la rubrique intitulée d'un commun accord avec ses Commissaires aux Comptes « Subvention » ;

Considérant que dans le cadre de l'instruction du dossier, l'ANRMP a, par correspondance en date du 25 mars 2016, demandé au BNETD de lui transmettre son bilan ainsi qu'une correspondance de ses Commissaires aux Comptes attestant que les subventions reçues de l'Etat de Côte d'Ivoire rémunèrent effectivement les prestations exécutées par le BNETD et facturées à l'Etat ;

Qu'en réponse, par correspondance n°DMAJ/DH/tmfa/00001370/02645/2016 du 08 avril 2016, le BNETD a transmis à l'ANRMP son bilan ainsi qu'une correspondance du Commissaire aux Comptes, le cabinet ECR International, confirmant que la méthode de comptabilisation sous forme de subventions reçues de l'Etat de Côte d'Ivoire rémunère effectivement des prestations exécutées hors convention par le BNETD et facturées à l'Etat de Côte d'Ivoire ;

Qu'invitée par l'ANRMP à lui faire part de ses observations et commentaires sur les documents transmis par le BNETD, la BAD a relevé, dans sa correspondance en date du 22 avril 2016, qu'il ressort du rapport général du Commissaire aux Comptes que « *le BNETD a perdu son capital six (6) fois, ce qui le rend éligible à l'application des articles 664 à 667 de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales* » ;

Qu'elle ajoute que « *le rapport du Commissaire aux Comptes indique également que les capitaux propres du BNETD étant inférieurs à la moitié de son capital social depuis 2010, cette situation aurait dû entraîner la tenue d'une Assemblée Générale Extraordinaire quant à la décision de dissolution ou de continuation de la société. Une telle perte de capital permet donc de considérer que son autonomie financière ne saurait être avérée* » ;

Que par ailleurs, pour la BAD si les subventions reçues de l'Etat de Côte d'Ivoire rémunéraient effectivement des prestations exécutées hors convention par le BNETD, elles auraient alors dû être comptabilisées dans un sous-compte du compte principal « *Travaux, Services vendus* » du SYSCOA et non comme subventions dans la mesure où une subvention ne doit être assortie d'aucune contrepartie ;

Que la BAD a donc maintenu sa position selon laquelle le BNETD ne jouit pas d'une autonomie financière, de sorte qu'il est inéligible à participer aux appels d'offres dans le cadre de projets financés par la BAD en Côte d'Ivoire ;

Qu'en réplique, le BNETD a expliqué, dans sa lettre n°DMAJ/DH/oec/00001628/03350/2016 en date du 28 Avril 2016, que concernant la situation des capitaux propres négatifs, la perte de ces capitaux n'a pu être valablement constatée au motif que la société a été dépourvue de conseil d'administration entre 2011 et 2014, en raison de la crise post-électorale qu'a connue la Côte d'Ivoire ;

Qu'il fait cependant remarquer qu'une Assemblée Générale Extraordinaire baptisée Assemblée Générale Mixte s'est tenue le 15 juin 2015 pour décider de la continuation de la société, et qu'au regard des dispositions de l'article 665 de l'Acte uniforme de l'OHADA sur les sociétés commerciales, il dispose de deux exercices, soit jusqu'en 2016, pour reconstituer ses capitaux ;

Que par contre, le BNETD reconnaît que la comptabilisation de ses prestations exécutées et facturées à l'Etat dans la rubrique « subvention » est une erreur car ne correspondant pas à la réalité ;

Considérant qu'il ressort des dispositions de l'article 9 du décret n°2015-475 du 1^{er} juillet 2015 portant procédures et modalités de gestion des projets et programmes financés ou cofinancés par les Partenaires Techniques et Financiers, ci-dessus citées et de l'article 5 du Code des marchés publics, qui dispose que « **Les marchés financés par des ressources extérieures sont soumis aux dispositions du Code des marchés publics, dans la mesure où celles-ci ne sont pas contraires aux dispositions des accords internationaux de financement** », que les critères d'éligibilité de la BAD qui sont des normes relevant des accords internationaux de financement s'imposent et que l'AGEROUTE, en tant qu'autorité contractante, est tenue de s'y conformer ;

Que la BAD fait essentiellement grief au BNETD de ne pas pouvoir justifier d'une autonomie financière, en raison, d'une part, de la perte de son capital de plus de la moitié, par six (6) fois, et d'autre part, du bénéfice d'une subvention de l'Etat ;

Qu'en l'espèce, il ressort des pièces comptables produites par le BNETD qu'il a effectivement reçu des subventions de l'Etat, mais sans qu'elles ne soient clairement comptabilisées comme étant une contrepartie forfaitaire des prestations exécutées et facturées par l'Etat ;

Que dans ces circonstances, c'est à bon droit que la BAD, en application des dispositions de ses directives sur l'éligibilité à ses appels d'offres pour le recrutement de Consultant, estime que le BNETD ne justifie pas d'une autonomie financière ;

Que c'est donc à tort que le BNETD reproche à l'AGEROUTE d'avoir rejeté son offre, et il y a lieu de le débouter de sa contestation comme étant mal fondée ;

DECIDE :

- 1) Déclare le recours introduit le 11 mars 2016 par le BNETD, recevable en la forme ;
- 2) Constate que le BNETD bénéficie d'une subvention annuelle de l'Etat, et connaît des difficultés financières depuis 2010 ayant conduit à la perte par six fois de plus de la moitié de son capital social ;
- 3) Dit que le BNETD ne fait pas la preuve qu'il jouit d'une autonomie financière pour être éligible aux appels d'offres pour le recrutement de Consultant sur financement de la BAD ;
- 4) Par conséquent, déboute le BNETD de sa contestation comme étant mal fondée ;
- 5) Dit que la suspension des opérations de passation, d'approbation, d'exécution, de contrôle ou de règlement de l'appel d'offres n°RP 92/2015 relatif au contrôle et à la surveillance des travaux d'aménagement de la route Danané-Frontière Guinée est levée ;
- 6) Dit que le Secrétaire Général de l'ANRMP est chargé de notifier au BNETD, à l'AGEROUTE et à la BAD, avec ampliation à la Présidence de la République et au Ministère auprès du Premier Ministre chargé du Budget, la présente décision qui sera publiée sur le portail des marchés publics et insérée dans le Bulletin Officiel des Marchés Publics à sa prochaine parution.

LE PRESIDENT PAR INTERIM

YEPIE AUGUSTE