

DECISION N°2020--L0442/ARCOP/ORD

sur recours de COGEA INTERNATIONAL et du Groupement EKS SA/SOGEDIM-BTP SARL/GTR contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2020-01/MSL/SG/DMP pour les travaux de réalisation d'infrastructures sportives du 11 décembre 2020 à Banfora au profit du Ministère des sports et des loisirs.

**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, ensemble ses modificatifs ;*
- 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 des 21 et 22 juillet 2020 de COGEA INTERNATIONAL et du Groupement EKS SA/SOGEDIM-BTP SARL/GTR contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Monsieur Mathurin KONE ;
- Monsieur Idrissa OUATTARA ;
- Messieurs Modeste YAMEOGO et Moïse BAKORBA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants,
 - Messieurs Ousmane BELEMVIRE, Saidou OUEDRAOGO et Lamine YAOLIRE respectivement agent, conseil et Président Directeur Général de COGEA INTERNATIONAL ;

- Messieurs Yacouba CONOMBO, Yves OUEDRAOGO, agents du Groupement EKS SA/SOGEDIM-BTP SARL/GTR ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Germain BESSIN, Issa BLAGNA et A. Rasmané SAWADOGO respectivement agent, ST-ISL et directeur des marchés publics du Ministère des Sports et des Loisirs ;
- au titre de l'attributaire provisoire : Messieurs Éric MINOUGOU et Hermann MINOUGOU respectivement Directeur de l'Administration des Finances et Directeur Général de MRJF Construction ;

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 ouvert accéléré 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 les recours concernent la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2020-01/MSL/SG/DMP pour les travaux de réalisation d'infrastructures sportives du 11 décembre 2020 à Banfora au profit du Ministère des sports et des loisirs ;

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 susvisée « 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 accéléré ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2883 du lundi 21 juillet 2020 et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mercredi 23 juillet 2020 ; que COGEA INTERNATIONAL et le Groupement EKS SA/SOGEDIM-BTP SARL/GTR ont saisi respectivement l'ORD par lettres en date du 21 et 22 juillet 2020 ; 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 1er 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,

le Ministère des sports et des loisirs a lancé l'appel d'offres ouvert accéléré n°2020-01/MSL/SG/DMP pour les travaux de réalisation d'infrastructures sportives du 11 décembre 2020 à Banfora à son profit ;

la commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré les offres de COGEA INTERNATIONAL et du Groupement EKS SA/SOGEDIM-BTP SARL/GTR non conforme aux motifs que l'agrément fourni par COGEA INTERNATIONAL dans son offre a expiré depuis le 03/05/2020 ; que le permis de conduire (catégorie C) du chauffeur de grue a expiré depuis le 30/03/2020 ; que les caractéristiques techniques du gazon sont absentes ; que l'offre du Groupement EKS SA/SOGEDIM-BTP SARL/GTR est non conforme car il n'a pas fourni l'échantillon du gazon de couleur blanche ni les pièces administratives complémentaires après l'expiration du délai accordé ; que la quittance du reçu qui a servi à l'achat du dossier est au nom de Sportinfrabow SA/SOGEDIM BTP Sarl et est différente de celle jointe à l'offre (au nom du groupement SGTR/EKS/SOGEDIM) ; que l'attestation de mise à disposition ainsi que le contrat de location d'une des niveleuses fournies au nom de KANAZOE Salifou sont absents ; qu'enfin, le formulaire MAT d'une des niveleuses fournies n'est pas conforme au canevas ;

les requérants contestent ces décisions de la CAM ;

COGEA INTERNATIONAL fait valoir que relativement à l'agrément expiré depuis le 03/05/2020, il a transmis une copie du récépissé de dépôt de demande de renouvellement de son agrément le 14 juillet 2020 avant la date de la délibération ; que du reste, la jurisprudence de l'ARCOP est restée constante à travers la décision n°2019-L0019/ARCOP/ORD du 22 janvier 2019 ;

que pour ce qui est du permis de conduire expiré, il a été légalisé le 10/07/2020 ; que le permis de conduire est exigé pour prouver les qualifications et capacités de l'employé ; que par ailleurs, le chauffeur de grue qu'il a proposé dispose d'un permis de conduire de catégorie supérieure (D et E) ; qu'en raison de la pandémie de la COVID 19, il n'a pas pu procéder aux formalités de renouvellement dudit document ; qu'il est en phase d'être renouvelé et le sera avant l'approbation du marché ;

que le grief tiré de l'absence de caractéristiques techniques du gazon laisse entrevoir qu'on serait en procédure de fourniture de biens d'équipements et non de travaux alors que la procédure est relative à des travaux se rapportant en tous les corps d'état ; que la facturation à tous les postes combinée à la fourniture d'échantillons conformes auxquels s'ajoute la méthodologie d'exécution démontrent suffisamment les caractéristiques techniques du gazon à poser ; que les caractéristiques techniques du gazon ont été exprimées à travers les formulaires de l'offre financière ; que ce tableau tel qu'exprimé est non seulement insuffisant mais n'est pas un canevas de spécifications techniques ; qu'il a du reste fourni une offre technique conforme à tous égards aux formulaires de propositions techniques ; qu'attendu que le DÀO a demandé de fournir deux (02) marchés similaires exécutés au cours des trois (03) dernières années ; que ce faisant, il a fourni quatre (04) marchés dont trois (03) avec le Ministère des Sports et un (01) avec l'ENAM ;

que les références similaires produites par l'attributaire provisoire ne sont pas conformes ;

qu'en effet, son directeur des travaux, son conducteur des travaux, ses deux (02) chefs de chantier, son topographe, son électricien et son spécialiste en pose de gazon synthétique ne disposent pas de références en nombre, en nature et en similarité tels qu'exigés par le DAO ; que la vérification des CV du personnel joints et les marchés similaires de l'attributaire attestera cette situation ; que l'attributaire provisoire excelle dans le domaine des routes (terre et bitume) et bâtiments et non dans la pose de gazon synthétique ; que si des pièces relatives à la pose de gazon synthétique ont été produites, il s'agit sans doute de faux documents visant à tromper la CAM ; que l'usage de faux documents est une infraction répréhensible ; que dans ce sens, l'article 38 du décret n°2015-1260/PRES/TRANS/PM/MEF du 09 novembre 2015 portant code d'éthique et de déontologie de la commande publique interdit aux soumissionnaires la fourniture de fausses informations dans leurs offres à travers les procédures de passation de la commande publique ;

le Groupement EKS SA/SOGEDIM-BTP SARL/GTR soutient qu'il a fourni un prospectus du gazon de couleur blanche qui est tout autant valable que l'échantillon et les pièces administratives complémentaire comme l'atteste l'accusé de transmission ;

que certes, la quittance du dossier est différente de celle jointe à l'offre, mais SOGEDIM BTP Sarl qui est le mandataire du groupement y figure ; qu'aucun texte ne mentionne qu'aucun membre de groupement ne peut être remplacé avant le dépôt du dossier ;

que si aucune attestation de mise à disposition ou contrat de location de la niveleuse du nom de KANAZOE Salifou n'a été fournie, c'est parce qu'il est le représentant de EKS et membre du groupement d'entreprises ;

que le formulaire MAT des deux niveleuses est conforme au canevas ;

que par ailleurs, un doute sérieux existe quant à l'authenticité et au nombre de références des marchés similaires de l'entreprise MRJF Construction SA dans ce domaine ;

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

sur la discussion,

Sur la plainte du Groupement EKS SA/SOGEDIM-BTP SARL/GTR

considérant que la CAM a rejeté l'offre du groupement EKS SA/SOGEDIM-BTP SARL/GTR motifs pris de ce qu'il n'a pas fourni l'échantillon du gazon de couleur blanche ni les pièces administratives complémentaires après l'expiration du délai accordé ; que la quittance du reçu qui a servi à l'achat du dossier est au nom de Sportinfrabow SA/SOGEDIM BTP Sarl et est différente de celle jointe à l'offre (au nom du groupement SGTR/EKS/SOGEDIM) ; que l'attestation de mise à disposition ainsi que le contrat de location d'une des niveleuses fournies au nom de KANAZOE Salifou sont absents ; qu'enfin, le formulaire MAT d'une des niveleuses fournies n'est pas conforme au canevas ;

Mais considérant que le requérant réfute tous ces motifs comme ci-dessus relaté dans les faits ; qu'il estime que c'est plutôt l'attributaire provisoire qui est non conforme parce que le nombre et la sincérité de ces références sont à questionner au regard de l'objet de la procédure ;

considérant que l'attributaire provisoire s'indigne des propos du requérant et soutient que ses références sont à tout point conformes aux exigences du DAO . que c'est plutôt l'offre de ce dernier qui doit être écartée au regard des incohérences et insuffisances manifestes relevées dans son offre ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que sur le point des pièces administratives, l'autorité contractante a, par correspondance, requis la production des pièces le 13 juillet 2020 dans un délai de 72 heures ; que le requérant a produit lesdites pièces le 16 juillet 2020 ; que sur ce point il y a lieu de dire que les 72 heures franches ont bien été respectées par le requérant que c'est à tort que ce motif a été soulevé contre son offre ;

que sur le point du gazon de couleur blanche, sa production physique n'est pas obligatoire dès lors qu'un prospectus ou un catalogue permet d'identifier clairement l'objet et ses caractéristiques conformément aux termes de la circulaire n°2017-20/ARCOP/CR du 17 mai 2017 ; que sur ce point également, c'est à tort que la CAM a soulevé ce moyen de non-conformité ;

que la quittance du reçu qui a servi à l'achat du dossier sa modification pour le compte d'une autre entité est un motif suffisant de rejet de l'offre du requérant ; qu'en réalité le groupement SGTR/EKS/SOGEDIM bénéficiaire de la modification aurait dû être tout simplement être écarté pour n'avoir pas acquis régulièrement le DAO sans qu'il y ait besoin de suppléer ce rejet par d'autres motifs ; que la CAM a bien procédé en soulevant ce motif contre son offre ;

que sur les motifs relatifs aux matériels, la non-acquisition régulière du DAO rend inutile leur appréciation sauf à signaler que la société EKS est une société anonyme dont le patrimoine ne saurait se confondre à celui de son Directeur général pour que le matériel acquis au nom de ce dernier soit également mis au compte de la société ; que dès lors il y a lieu de dire que la CAM a procédé comme de droit ;

que par contre sur la non-conformité des références de l'attributaire provisoire soulevée par le requérant, l'ORD note que le dossier a requis une expérience générale en construction au point 3.1 ; que le point 3.2.a exige une expérience spécifique de construction ; que l'annexe A des données particulières précise que « *La similitude portera sur la taille physique, la complexité, les méthodes/technologies ou autres caractéristiques telles que décrites dans la Section IV, Etendue des Travaux* » ; que ladite Section donne à ses articles 2.2 et 4 l'étendue des travaux avec un accent particulier sur les corps d'état sportifs ; que l'attributaire provisoire a produit au titre des références spécifiques deux (02) marchés : d'une part le marché de réalisation d'infrastructures scolaires équipées dans les régions du Sud-Ouest et des Haut bassins et d'autre part, le marché d'aménagement et de bitumage de voiries pour la commémoration du 11 décembre 2019 dans la ville de Ouargaye ; que s'il y a lieu de dire que l'offre du requérant comporte des références, il sied cependant de noter que la similitude avec les exigences techniques et technologiques du présent marché ne sont pas avérées ; que l'attributaire provisoire soulève que sur le point du gazon, il a sous-traité avec un spécialiste de la matière ; que sur ce point, il y a lieu de dire que la pose du gazon n'est qu'un élément de l'étendue des travaux ; que sur les autres caractéristiques spécifiques, les références de l'attributaire provisoire ne laissent pas convaincre qu'il a de l'expérience dans la réalisation d'infrastructures sportives ; qu'il y a donc lieu de conclure que la plainte du requérant est fondée sur ce point ;

Sur la plainte de COGEA INTERNATIONAL

considérant que la CAM a jeté l'offre de COGEA INTERNATIONAL aux motifs que l'agrément fourni a expiré depuis le 03/05/2020, que le permis de conduire (catégorie C) du chauffeur de grue a expiré depuis le 30/03/2020 et que les caractéristiques techniques du gazon n'ont pas été proposées ;

Mais considérant que le requérant rejette tous ces motifs comme ci-dessus relaté dans les faits ; qu'il estime que c'est plutôt l'attributaire provisoire qui est non conforme parce que la sincérité de ses références similaires est douteuse au regard de l'objet de la procédure ;

considérant que l'attributaire provisoire estime que COGEA INTERNATIONAL est mal placée pour parler de ses références parce que les marchés similaires que cette dernière a exécutés au cours de ces dernières années n'ont donné aucune garantie de fonctionnalité ;

considérant que le requérant a répliqué arguant que les dysfonctionnements constatés dans certaines localités sont dus à des mauvaises études techniques qui n'avaient pas pris en compte tout l'environnement des infrastructures ; que pour les autres localités, son entreprise a reçu des lettres de félicitation au regard de la qualité de l'exécution ; que sur la question de sa qualification, il dispose également d'un autre agrément B4 valide et qui est également requis bien que celui de T4 soit en cours de renouvellement ; qu'il est clair que depuis sa soumission jusqu'à ce jour, il est une entreprise qualifiée pour exécuter les travaux envisagés ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que sur le point des caractéristiques techniques du gazon, le DAC n'a donné les caractéristiques dudit gazon qu'au niveau du point VI du bordereau des prix unitaires et du point VI du devis quantitatif et estimatif ; qu'à l'examen, il ressort que le requérant a procédé de la même façon que l'autorité contractante en donnant les caractéristiques du gazon dans les mêmes pièces de l'offre financière ; qu'il y a donc lieu de dire que cette insuffisance ne peut être imputable à un soumissionnaire ; que du reste, l'attributaire provisoire n'a pas procédé autrement ;

que sur le point relatif à l'expiration du permis C du conducteur de grue, il sied de noter qu'un permis expiré ne peut en principe valoir régulièrement ; que cependant, au regard des circonstances particulières évoquées par le requérant et tenant d'une part à la maladie de la COVID 19 qui n'a pas permis le déplacement de l'intéressé pour obtenir le renouvellement à bonne date et d'autre part, au fait qu'un tel document ne peut être renouvelé avant son expiration, il y a lieu de dire qu'une telle insuffisance est mineure pour causer un rejet systématique d'une offre ; que sur ce point, il y a lieu de dire que l'offre du requérant est substantiellement conforme ;

que sur le point de l'expiration de l'agrément technique, la demande de renouvellement de l'agrément technique a été régulièrement introduite auprès de l'administration qui ne peut reprocher à une entreprise de n'avoir pas produit un document qu'elle-même était chargée de mettre à la disposition de cette dernière ; que le manque de diligences de l'administration dans le renouvellement de l'agrément ne saurait être préjudiciable au requérant ; qu'en outre, le requérant dit être titulaire d'un agrément B4 valide et que de ce fait, on ne peut conclure que l'entreprise n'est pas qualifiée ; que l'autorité contractante doit s'assurer que le requérant n'est pas qualifiée pour exécuter les travaux envisagés ; qu'au regard des principes fondamentaux de la commande publique, l'autorité contractante n'est pas fondée à rejeter l'offre sur ce point ;

que sur le point de la non-conformité des références de l'entreprise attributaire et de son personnel, il y a lieu de considérer le raisonnement mené sur le même point ci-dessus soulevé par le groupement SGTR/EKS/SOGEDIM ; que s'agissant en particulier du personnel visé et employé par MRJF, il n'y a pas de problème par rapport à leur position et qualification ; que cependant le point relatif à l'expérience technique et de gestion pertinente du formulaire PER-2, il y a des insuffisances dès lors que leur employeur n'a pas l'expérience requise ; qu'il y a donc lieu de dire que les références du personnel visé sont également non pertinentes ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte de COGEA INTERNATIONAL est fondée et celle du groupement SGTR/EKS/SOGEDIM est non fondée et d'infirmen ainsi les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours de COGEA INTERNATIONAL et du Groupement EKS SA/SOGEDIM-BTP SARL/SGTR sont recevables ;

-que l'appel d'offres ouvert accéléré 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 COGEA INTERNATIONAL est fondée ;

-que la plainte du Groupement EKS SA/SOGEDIM-BTP SARL/GTR n'est pas fondée ;

-d'infirmen les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2020-01/MSL/SG/DMP pour les travaux de réalisation d'infrastructures sportives du 11 décembre 2020 à Banfora au profit du Ministère des sports et des loisirs ;

-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 où besoin sera.

Ouagadougou, le 23 juillet 2020

Le Président de séance

Ibrahim SOKOTO