

DECISION N°2020-L0464/ARCOP/ORD

sur demande de retrait de MRJF Construction SA de la décision rendue par l'ORD en sa séance du 23 juillet 2020, suite aux recours de l'entreprise 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°2015-1260/PRES-TRANS/PM/MEF 039-2016/AN du 09 novembre 2015 portant code d'éthique et de déontologie de la commande publique ;
- Vu** le décret n°2017-0050/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 portant attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;
- Vu** le décret n°2017-0049/PRES/PM/MENEFID 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/MENEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;
- Sur** recours par lettre en date du 27 juillet 2020 de MRJF Construction SA contre la décision rendue par l'ORD en sa séance du 23 juillet 2020 ;

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

en présence de :

- Monsieur Sylvestre OUEDRAOGO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Dieudonné SOUDRE, membre de l'ORD ;
- Messieurs Modeste YAMEOGO et Ferdinand Y. KINDA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties:

- au titre du requérant, Monsieur Hermann MINOUGOU et Maître Moumouni GNESSIEN respectivement Directeur général et Conseil de MRJF Construction SA ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Issa BLAGNA, Victor KOURAOGO et A. Rasmané SAVADOGO respectivement secrétaire technique-ISL, DAF et DMP du Ministère des Sports et des Loisirs ;
- au titre de COGEA INTERNATIONAL, Madame W. Corinne OUEDRAOGO, messieurs O. Abdoul Karim OUEDRAOGO, Saidou OUEDRAOGO, Tarik SAWADOGO et Lamine YAOLIRE respectivement juristes, assistant juridique, Directeur technique et Directeur général de ladite entreprise ;

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 susvisé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MENEFID 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/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 ci-dessus visé, l'ORD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ; que, par ailleurs, l'article 39 alinéa 1^{er} du décret n°2017-0050 ci-dessus visé dispose que les décisions de l'ORD, en tant qu'actes administratifs, sont susceptibles de retrait dans un délai de quinze (15) jours ouvrables à compter de leur prononcé ;

considérant que MRJF Construction SA a saisi l'ORD à l'effet de voir retirer sa décision rendue en sa séance du 23 juillet 2020 ;

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 39, alinéa 1 du décret n°2017-0050 ci-dessus visé, « Les décisions de l'Organe de règlement des différends sont exécutoires dès leur prononcé sauf en cas de retrait dans les quinze (15) jours ouvrables suivant la date de prononcé de celles-ci » ; considérant que la décision attaquée est intervenue le 23 juillet 2020 ; que le délai pour introduire une demande de retrait auprès de l'ORD courait jusqu'au 14 août 2020 ; que MRJF Construction SA a saisi l'ORD par lettre en date du 27 juillet 2020 ; qu'il apparait que la condition de délai susmentionnée a été respectée par le requérant ;

qu'en conséquence, elle est recevable et mérite d'être appréciée au fond ;

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 ;

la commission d'attribution des marchés (CAM) avait déclaré l'offre MRJF Construction SA conforme et attributaire provisoire du marché pour un montant toutes taxes comprises de huit cent cinquante-quatre millions deux cent quatre-vingt-un mille trois cent (854.281.300) F CFA avec un délai d'exécution de cinq (05) mois ;

par contre, l'offre de COGEA INTERNATIONAL avait été déclarée non conforme aux motifs que l'agrément technique fourni 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 ; qu'il y a absence de caractéristiques techniques relatives au gazon ; dans le même sens, l'offre du groupement EKS SA/SOGEDIM BTP SARL /GTR a été écartée pour échantillon du gazon couleur blanche non fourni, les pièces administratives complémentaires non fournies à l'expiration du délai accordé ; que de plus, le reçu d'achat du dossier libellé au nom de SPORTINFRABOW SA/SOGEDIM BTP SARL est différent de celui joint à l'offre (SGTR /EKS SA/SOGEDIM BTP SARL) ; qu'il n y a pas d'attestation de mise à disposition ou de contrat de location d'une niveleuse fournie au nom de KANAZOE Salifou ; qu'enfin, le formulaire MAT d'une niveleuse est non conforme au canevas ; l'entreprise COGEA INTERNATIONAL et le groupement EKS SA/SOGEDIM BTP SARL /GTR avaient contesté les griefs formulés contre leurs offres et remis en cause la conformité de l'offre de l'attributaire provisoire ;

COGEA INTERNATIONAL faisait valoir que concernant la fourniture de l'agrément déjà expiré, il a régulièrement fourni une copie du récépissé de dépôt de demande de renouvellement qui a été faite le 14 juillet 2020, soit avant la date de la délibération ; que par ailleurs, il est titulaire d'un autre agrément B4 valide ; que pour ce qui est du grief sur le permis de conduire expiré, un permis légalisé en date du 10/07/2020 a été fourni ; que par ailleurs, l'employé dispose d'un permis de conduire de catégorie supérieure (D et E) ; qu'avec la pandémie de la COVID 19 les formalités de renouvellement n'ont pas pu s'effectuer ; qu'en outre, pour ce qui est de l'absence de caractéristiques techniques du gazon, il a soutenu que ce grief tel que formulé laisse croire que la procédure renvoie à un marché de fourniture de biens ou d'équipements ; qu'il s'agit d'une procédure relative à un marché de travaux se rapportant à tous les corps d'états ; 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 ;

qu'également, il a renseigné les caractéristiques dans les formulaires contenus dans son offre financière ; que le tableau, le formulaire joint dans le DAO à la page 38 dont se fonde la CAM n'est pas un canevas de spécifications techniques ; que par ailleurs, l'offre de l'attributaire provisoire méritait d'être écartée pour non-conformité des références similaires produites par ce dernier ; qu'également le personnel proposé ne disposait pas de projets similaires en nombre, en nature et en similarité tel qu'exigé par le DAO ; que la vérification des CV du personnel joints et les marchés similaires de l'attributaire attesteront cela ; que, l'attributaire provisoire n'est pas dans le domaine envisagé ; que si l'attributaire provisoire a pu les fournir, il doit s'agir de documents non authentiques toute chose qui est contraire aux dispositions du décret n°2015-1260/PRES/TRANS/PM/MEF du 09 novembre 2015 portant code d'éthique et de déontologie de la commande publique qui doit être appliqué à cet effet ; que le groupement EKS SA/SOGEDIM BTP SARL/GTR avait remis en cause la conformité de l'offre de l'attributaire initial, MRJF Construction SA relativement à ses références similaires joints ;

après examen des plaintes, l'ORD avait par décision n°2020-L0442/ARCOP/ORD décidé que :

« la plainte de COGEA INTERNATIONAL est fondée aux motifs que le renouvellement de l'agrément technique a été régulièrement introduit auprès de l'administration et que l'expiration du permis de conduire étant un élément non substantiel au regard du contexte sanitaire ;

que la plainte du groupement EKS SA/SOGEDIM BTP SARL/GTR n'est pas fondée sur le point du reçu d'achat et de l'absence de la mise à disposition de la niveleuse ;

que les deux plaintes sont fondées sur le point de l'absence de marchés similaires et du manque d'expérience du personnel visé de l'attributaire provisoire ;

d'infirmes 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 » ;

contre cette décision MRJF Construction SA sollicite le retrait en soutenant qu'elle est manifestement empreinte d'erreur de droit et manque de base légale ;

que l'article 11.1 des IC du DAO et le point 11.1 des données particulières de l'appel d'offres exigent une copie légalisée de l'agrément pour l'exercice de la profession d'entrepreneur du bâtiment Catégorie B4 ou T4 couvrant la région des cascades ; que COGEA INTERNATIONAL a fourni dans le cadre de la présente procédure un agrément technique expiré depuis le 03 mai 2020 ; qu'à l'ouverture des plis (13 juillet 2020), COGEA INTERNATIONAL ne disposait pas d'un agrément valide et s'est contenté de transmettre à l'autorité contractante le 14 juillet 2020, un récépissé de dépôt de la demande de renouvellement dudit agrément ;

que la demande de renouvellement d'agrément ne vaut pas agrément et la décision n°2019-L0019/ARCOP/ORD du 22 janvier 2019 invoquée à tort par COGEA INTERNATIONAL ne mentionne nulle part que la demande de renouvellement technique suffit à emporter la conviction de la CAM sur l'exigence de l'agrément technique ; que ladite décision est plutôt relative à l'égalité de traitement entre les entreprises nationales et les entreprises étrangères en termes d'exigence de l'agrément technique et de capacités techniques ;

que par ailleurs, l'ORD dans une de ses décisions du 26 avril 2020, précisait que «l'interprétation extensive ne doit pas conduire à écarter l'exigence de l'agrément R4 ; qu'en effet, toute entreprise ayant fait la preuve de démarches pour l'obtention de l'agrément requis et qui l'a produit par la suite avant la délibération de la CAM doit être prise en compte » ;

qu'en l'espèce, COGEA INTERNATIONAL ne peut invoquer cette jurisprudence pour la simple raison qu'elle n'a pas produit avant la délibération du 15 juillet 2020 de la CAM, l'agrément technique valide exigé par le DAO ; que ce faisant, la décision querellée manque de base légale ;

que c'est du reste la position soutenue par le juge administratif burkinabè dans l'affaire SEONE Abdoulaye (EGC-BGC) contre l'ARCOP, l'ACOMOD et RTF, lorsqu'il argumentait que « RTF ne pouvait aucunement, en l'espèce, être considéré comme disposant d'un agrément valide, alors même qu'aucun acte clair et explicite de l'administration ne le matérialise ; que ne détenant au moment de son acte de candidature que son agrément technique périmé, elle ne disposait en vérité, d'aucun agrément dans son dossier ; que par suite, son dossier ne devrait être accepté ; qu'ayant alors opté de la retenir comme attributaire provisoire du marché en cause, en tenant compte de son nouvel agrément technique obtenu le 07 juin 2016, soit après le dépôt et l'ouverture des plis (situation qui n'est autre qu'un complément de dossier), aussi bien l'ACOMOD-BURKINA que l'ARCOP ultérieurement saisie de cette affaire, ont rendu des décisions entachées d'excès de pouvoir ; qu'ainsi, convient-il, de faire droit à la demande formulée par Monsieur SEONE Abdoulaye, et, en conséquence, prononcer l'annulation de la décision n°2016-L0497/ARCOP/ORD du 22 septembre 2016 » ;

qu'ainsi, même si COGEA INTERNATIONAL avait produit un agrément technique valide après l'ouverture des plis, son offre aurait été déclarée non conforme tout comme elle demeure non conforme pour avoir produit un simple récépissé de dépôt de la demande de renouvellement de cet agrément ; que la décision n°2020-L0442/ARCOP/ORD du 23 juillet 2020 manque de base légale et viole l'article 11.1 des données particulières de l'appel d'offres, l'article 37 alinéa 3 du décret n°2017-049/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 et est en contradiction flagrante avec la jurisprudence constante des juridictions administratives sur la question ;

que ses références techniques et l'expérience de son personnel sont conformes ; qu'attendu que l'ORD a déclaré la plainte de COGEA INTERNATIONAL fondée sur le point de la conformité de ses références similaires en pose de gazon synthétique ;

qu'une telle décision est entachée d'erreur de fait et de droit en ce que la similarité des marchés au titre de la justification de la capacité et de la qualification de l'entrepreneur ne s'apprécie pas en termes d'identité d'objet ou de contenu du marché, mais plutôt en termes de complexité, de taille et de méthodes de réalisation ; qu'à ce titre, le critère de qualification 3.2a) exige deux marchés similaires de construction en précisant que la similarité portera sur la taille physique, la complexité, les méthodes/technologies ou autres caractéristiques telles que décrites dans la section IV, étendue des travaux ; que le présent appel d'offres est relatif à des travaux de réalisation d'infrastructures sportives et non exclusivement de pose de gazon synthétique ; que la description donnée par l'autorité contractante à la page 100 du DAO (cahier des clauses techniques) renvoie à des travaux d'aménagement, d'assainissement, de reconstruction de la plateforme de jeux avec pose de gazon synthétique ; que les marchés qu'il a fournis sont similaires aux travaux, objet de l'appel d'offres qui se décomposent en travaux d'aménagement de terrains et en construction de bâtiments ; que la seule pose de gazon synthétique ne peut être en l'espèce l'élément prédominant et substantiel pour juger de la capacité et de la qualification du soumissionnaire pour exécuter le marché ; que suivant la jurisprudence de l'ORD, le marché similaire ne signifie pas marché identique ;

qu'en outre, il a été exigé des soumissionnaires de fournir un contrat de sous-traitance avec un spécialiste en pose de gazon synthétique ; qu'il a satisfait à cette exigence ;

que d'ailleurs, dans le contrat de sous-traitance, Sportinfrabouw NV atteste avoir employé Monsieur BAYALA Adama de 2008 à 2019 en tant que chef d'équipe dans la construction d'infrastructures sportives dont la pose de gazon artificiel et naturel ;

que cette société partenaire de la société du spécialiste en pose de gazon a fourni de nombreuses attestations de bonne exécution de contrats analogues qui ont été exécutés pendant que Monsieur BAYALA Adama y travaillait ; que toutes ces pièces ont été produites dans l'offre ;

que sur l'expérience de son personnel clé en pose de gazon synthétique, l'ORD ne saurait soutenir qu'il ne possède pas d'expérience en pose de gazon, l'appel d'offres n'ayant pas pour seul objet la pose de gazon ;

qu'aux termes de la décision n°2020-L0054/ARCOP/ORD du 20 février 2020 infirmant les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2020-01/CB/M/DMP/SCP pour les travaux d'aménagement et de construction de bâtiment, l'ORD déclarait que « la majeure partie des prestations est constituée des travaux de génie civil de sorte que l'ingénieur en génie civil proposé au poste de chef de chantier est conforme » ; que par analogie, en l'espèce, la majeure partie des travaux est constituée des travaux d'aménagement et de construction de bâtiments ; que tout son personnel dispose d'expérience pour les postes clés de travail pour lesquels ils sont proposés conformément aux exigences du DAO en termes de nombre de projets similaires au poste ; que les projets similaires aux postes du directeur des travaux, du chef de chantier, du topographe et de l'électricien ne peuvent s'assimiler en pose de gazon comme l'entreprise COGEA INTERNATIONAL tente de le faire croire ;

que par ailleurs, COGEA INTERNATIONAL n'a pas donné les caractéristiques techniques du gazon qui ont pourtant été exigées ; que quoique prévu dans le cadre du devis, il reste que le soumissionnaire est tenu de faire une telle précision surtout que la pose par certaines entreprises de gazons synthétiques continue de poser des difficultés en termes de qualité et d'utilité ; que ce grief retenu par la CAM contre l'offre de COGEA INTERNATIONAL demeure fondé ;

sur la discussion,

considérant que le requérant sollicite le retrait de la décision n°2020-L0442/ARCOP/ORD du 23 juillet 2020, suite au 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 ;

considérant qu'au terme de l'article 11.1 c des IC les candidats doivent disposer d'un agrément de catégorie B4 ou T4 couvrant la région des cascades ;

considérant que le requérant a noté que la précédente décision rendue par l'ORD mérite d'être retirée sur ce point car l'entreprise COGEA INTERNATIONAL n'a pas régulièrement joint dans son offre un agrément technique valide au moment du dépouillement ;

considérant que l'entreprise COGEA INTERNATIONAL argue que son offre ne peut être rejetée car elle satisfait aux diligences pour le renouvellement de son agrément T4 ; que par ailleurs, elle dispose d'un agrément de catégorie B4 en cours de validité ; que cette procédure de renouvellement a été régulièrement introduite auprès de l'autorité compétente dont la preuve a été portée à la connaissance de la CAM ;

considérant que l'ORD après avoir écouté les parties et procédé aux vérifications documentaires nécessaires note que la décision mérite d'être confirmée ; qu'en plus du fait que l'entreprise COGEA INTERNATIONAL a régulièrement fait la preuve du renouvellement de son agrément technique T4 avant la délibération de la CAM, l'ORD relève que celle-ci dispose d'un agrément de catégorie B4 en cours de validité couvrant la région des cascades conformément aux termes du dossier d'appel à concurrence ; que l'entreprise COGEA INTERNATIONAL a donc la qualification requise ; que bien que l'agrément B4 ne figure pas dans son dossier, sa qualification ne peut être remise en cause au regard des principes fondamentaux de la commande publique ;

que le dossier a également requis deux (02) marchés similaires spécifiques ; que la similitude portera sur la taille physique, la complexité, les méthodes/technologies ou autres caractéristiques telles que décrites dans la section IV, étendue dans des travaux ;

considérant également que le requérant sollicite le retrait de la décision sur le fondement que les marchés joints dans son offre contrairement aux prétentions de ses concurrents et de l'ORD sont similaires ; que le personnel proposé dispose de projets similaires justifiés dans son offre ; qu'aussi, l'entreprise COGEA INTERNATIONAL n'a pas fait de propositions techniques du gazon ;

considérant que l'ORD après avoir procédé aux vérifications documentaires nécessaires a noté 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 pour les références spécifiques, seul le marché relatif aux travaux d'aménagements et de bitumage de voiries peut être considéré alors que le dossier exige deux références ; qu'au nom du principe de l'efficacité, l'ensemble de son expérience en construction peut combler cette insuffisance ; qu'également sur ce fondement l'expérience de son personnel est justifiée ; que donc, l'ORD décide de retirer la décision n°2020-L0442/ARCOP/ORD du 23 juillet 2020 dans son volet relatif aux références similaires et à l'expérience du personnel clé de MRJF Construction SA ; que cependant, sur les autres moyens notamment les griefs reprochés à l'entreprise COGEA INTERNATIONAL ne sont pas fondés car celle-ci a justifié sa capacité technique relative à l'agrément technique B4 ou T4 requis et a proposé les prescriptions techniques du gazon confirmé par la CAM de sorte que la décision mérite d'être confirmée sur ces points ;

qu'au regard de ce qui précède, il convient de dire que la plainte du requérant est partiellement fondée ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que la demande de retrait de MRJF Construction SA est recevable ;

-que l'appel d'offres susvisé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-que la demande de retrait de MRJF Construction SA est partiellement fondée ; que sur les références spécifiques, seul le marché relatif aux travaux d'aménagements et de bitumage de voiries peut être considéré alors que le dossier exige deux références ; qu'au nom du principe de l'efficacité, l'ensemble de son expérience en construction peut combler cette insuffisance ;

-qu'en outre, l'entreprise COGEA INTERNATIONAL est titulaire d'un agrément B4 et celui de T4 est en cours de renouvellement alors que le dossier a requis l'un ou l'autre; que sur ce point, la demande de retrait n'est pas fondée ;

-de retirer la décision rendue par l'ORD en sa séance du 23 juillet 2020 en ce qui concerne les références similaires et l'expérience du personnel clé de MRJF Construction SA ;

-de statuer à nouveau, et de maintenir la décision rendue par l'ORD en sa séance du 23 juillet 2020, suite au recours de COGEA INTERNATIONAL 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 en ce qui concerne l'agrément de l'entreprise COGEA INTERNATIONAL.

-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 30 juillet 2020

La Présidente de séance

Léa ZAGRE/RIMTOUMDA
Chevalier de l'Ordre national