
**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2021-L0170/ARCOP/ORD

sur recours de l'ENT. COMPAORE MAHAMADI (ECM) (lot 01) et de CEDEL SARL (lot 04) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accélère n°2021-002/AHD-MATD/AOOA-Tv/AG pour les travaux de construction d'une compagnie type d'incendie et de secours à GAOUA, au profil de la Brigade Nationale des Sapeurs-Pompiers (BNSP), pour le compte du MATD.

**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 20 et 21 avril 2021 de l'ENT. COMPAORE MAHAMADI (ECM) et de CEDEL SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité (lots 01 et 04) ;*

présidé par Madame Pascaline SANOU, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Guy SANOU, membre de l'ORD ;
- Monsieur Charles Marie B. SORGHO, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :

- Madame Sakinatou SOMBIE et Messieurs Saïdou OUEDRAOGO et Mahamadi COMPAORE, respectivement agent, Conseil et Directeur général de l'ENT. COMPAORE Mahamadi (ECM) ;
 - Madame Sakinatou SOMBIE et Messieurs Abdoussalame KONKOBO et Saïdou OUEDRAOGO, respectivement agents et conseil de CEDEL SARL ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Mamadou NAGALO et Jean Paul ZAGRE, représentants de l'Agence habitat et développement (AHD) ;
- au titre des attributaires provisoires :
- Me Moumounou GNESSIEN et Messieurs Abou Thierry Hubert TOE et Jean OUEDRAOGO, conseil et représentants de l'entreprise SICOBAT (lot 01) ;
 - Monsieur Ismaïla GANSORE, directeur technique de SATEL SA (lot 04) ;

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 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°2021-002/AHD-MATD/AOOA-Tv/AG pour les travaux de construction d'une compagnie type d'incendie et de secours à GAOUA, au profil de la Brigade Nationale des Sapeurs-Pompiers (BNSP), pour le compte du MATD ;

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 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°3073 du mardi 13 avril 2021, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au jeudi 15 avril 2021 ; que l'ENT. COMPAORE MAHAMADI (ECM) et CEDEL SARL ont exercé des recours préalables auprès de l'autorité contractante en date du jeudi 15 avril 2021 ; que face aux réponses insatisfaisantes de celle-ci en date du 19 avril 2021, les requérants ont saisi l'ORD par lettres en date des mardi 20 et mercredi 21 avril 2021 ; 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,

l'Agence habitat et développement (AHD) a lancé l'appel d'offres ouvert accéléré n°2021-002/AHD-MATD/AOOA-Tv/AG pour les travaux de construction d'une compagnie type d'incendie et de secours à GAOUA, au profil de la Brigade Nationale des Sapeurs-Pompiers (BNSP), pour le compte du MATD ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré :

l'offre de l'ENT. COMPAORE MAHAMADI (ECM) conforme mais elle ne lui a pas attribué le marché en raison du caractère non moins disant de son offre ; quant à l'offre de CEDEL SARL, elle a été déclarée non conforme aux motifs qu'il a proposé des ouvrages annexes I Guérites (guérite * 2 = 3.512.500 au lieu de une = 1.756.250) soit une variation de + 0,96% ; qu'il n'a pas fourni les attestations de

disponibilité du Directeur des travaux et des trois (03) chefs de chantier Electricité ;
qu'il a produit le reçu d'achat de : - 03 meubles, - 04 échafaudages mobiles à roues et qu'il a fourni 08 échelles sans la mention « PAYE LIVRE » ;

les requérants contestent cette décision de la CAM ;

l' ENT. COMPAORE MAHAMADI (ECM) fait valoir que le présent DAO, à sa page 45, a exigé des soumissionnaires un chiffre d'affaires minimum annuel moyen de cinq cent millions (500.000.000) F CFA au cours des trois (03) dernières années (2017, 2018 et 2019) ; qu'il a la certitude que l'attributaire provisoire ne satisfait pas à cette exigence ; qu'en effet dans le cadre de l'appel d'offres international n°2020-0025/MENAPLN/SG/DMP du 25 novembre 2020 où le montant minimum était de quatre-vingt-dix millions (90.000.000) F CFA, l'entreprise SICOBAT avait pu justifier un seul marché similaire (PNUD) et le 2^{ème} avec PREFA présentant un PV de réception provisoire signé seulement par le bureau de contrôle et le coordonnateur du PREFA ; que soit le chiffre d'affaires n'est pas du domaine des travaux, soit il a été falsifié ; qu'alors après ses vérifications, l'entreprise SICOBAT dispose des chiffres d'affaires ci-après : 2017 : Néant ; 2018 : 505.880.780 F CFA et 2019 : 941.883.300 F CFA ; qu'ainsi son chiffre d'affaires minimum annuel moyen des trois (03) dernières années est de 482.580.027 F CFA, ce qui est inférieur à l'exigence de 500.000.000 F CFA du DAO ;

que pour ce qui est des références similaires, le présent DAO a exigé des soumissionnaires, deux (02) marchés similaires au cours des trois (03) dernières années avec une valeur minimum de deux cent millions (200.000.000) F CFA chacun ; qu'il est certain que l'attributaire provisoire ne satisfait pas à cette exigence ; qu'en effet, à PAAQE, il a été exigé des marchés de même similarité qu'à l'AHD mais de montants inférieurs (02 marchés de 90.000.000 F ont été exigés à MENAPLN/PAAQE alors que 02 marchés similaires de 200.000.000 F ont été exigés à l'AHD ; qu'ainsi, à travers l'appel d'offre ouvert accéléré n°2018-005/MAAH/SG/CAP-M/DG/PRM, l'offre de l'entreprise SICOBAT avait été rejetée pour marchés similaires fournis non conformes ; que suivant l'appel d'offre ouvert accéléré n°2019-004-MESRSI/SG/UNB/PRM, son offre avait été rejetée pour un seul marché fourni conforme au lieu et place de deux (02) marchés ;

quant à CEDEL SARL, il soutient que ces griefs tels que publiés ne sont ni fondés, ni justifiés pour écarter son offre ; que le dossier à sa page 38, a exigé des soumissionnaires la fourniture d'attestation de disponibilité pour le directeur et conducteur des travaux et chefs de chantier ; qu'en se référant à la page 42 du dossier type travaux, il n'est pas exigé d'attestation de disponibilité relativement au personnel ; qu'ainsi, toute exigence contraire est nulle et non avenue au regard du dossier standard d'appel d'offres pour la passation des marchés de travaux ; qu'une telle exigence résulte d'une modification non autorisée du DAO type et ne saurait être invoquée pour évaluer une offre ; qu'en effet, les décisions n°2020-L0404/ARCOP/ORD du 14 juillet 2020 (SOGICA SARL et de WILL COM SARL c/Commune de Ziga) et n°2020-L0301/ARCOP/ORD du 17/06/2020 (MALFORMIE SARL c/Commune de Ballavé) peuvent l'attester ; que même si l'exigence d'attestation de disponibilité est réglementaire, elle devient sans objet pour un personnel permanent de l'entreprise, conformément à la décision n°2020-

L0356/ARCOP/ORD du 01 juillet 2020 (SOFATU SARL et K. G. PRES C/ Commune de Dourtenga) ;
que le dossier, à sa page 39 mentionne en NB de joindre obligatoirement les pièces justificatives du matériel pour l'exécution des travaux ; que le DAO type travaux sur le formulaire MAT, mentionne en NB de joindre les copies légalisées des cartes grises du matériel proposé s'il y a lieu et si le soumissionnaire en est propriétaire, une attestation de mise à disposition du matériel proposé si location, reçu d'achat du matériel demandé et tout autre document justificatif ; qu'ainsi, il a fourni une liste notariée accompagnée de reçus d'achat ; qu'il s'agisse du dossier type ou du dossier AHD, il n'a été exigé que le reçu d'achat doit comporter la mention acquittée ; que cette exigence est nulle et de nul effet, conformément au DAO standard ; qu'en témoigne les décisions n°2021-L0152/ARCOP/ORD (SAAT SA et SONACO C/ DREA Centre Nord) et n°2021-L153/ARCOP/ORD (ALLIBUS C/ DREA Centre Nord) du 19 avril 2021 ; que surabondamment sur ce point, la décision n°2020-L0357/ARCOP/ORD du 01 juillet 2020 conclut que l'absence de la liste notariée n'est pas un motif de non-conformité si le matériel a été justifié par des reçus d'achat ; qu'aussi, l'absence de la mention « payé et livré » n'est pas suffisant pour rejeter la facture, sauf à prouver qu'elle n'est pas authentique ; qu'un tel grief est contraire aux principes de commerce car on peut payer à crédit et disposer ou être propriétaire ; qu'ainsi l'acquiescement n'est pas la condition sine qua non de la preuve de propriété ou de disposition ;

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

sur la discussion,

sur la plainte de l'Entreprise COMPAORE MAHAMADI (ECM), lot 01,

considérant que le DAO a exigé des soumissionnaires la justification d'un chiffre d'affaires annuel moyen de 500.000.000 francs CFA au cours des trois (03) dernières années ; qu'il a également requis deux (02) marchés similaires au cours des trois (03) années d'une valeur minimum de 200.000.000 francs CFA

considérant que le requérant a rappelé ses arguments ci-dessus exposés ; que l'offre de l'attributaire est effectivement conforme ;

considérant que la CAM a soutenu, que suite, aux recours préalables des soumissionnaires, elle a entrepris de procéder à l'authentification des marchés similaire et du chiffre d'affaire proposé » ; qu'elle a présenté séance tenante à l'ORD et aux parties les réponses des vérifications qui révèlent que les allégations contre l'attributaire provisoire ne sont pas établies ; que seul le marché similaire conclu sous le financement du PNUD n'a pas encore été confirmé par une réponse de l'institution onusienne ; qu'il reste que SICOBAT a déjà les deux (02) marchés requis confirmés par les vérifications effectuées ;

considérant que l'attributaire provisoire a d'abord plaidé pour que le recours de ECM soit déclarée irrecevable dans la mesure où il n'allègue pas d'une violation caractérisé de la réglementation de la commande publique et tire des conclusions sans fournir une motivation conséquente ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la plainte de l'ENTREPRISE COMPAORE MAHAMADI (ECM) n'est pas fondée ; qu'en effet, les résultats des vérifications du chiffre d'affaires et des marchés similaires confirment l'authenticité des références de l'attributaire provisoire ; qu'il convient donc de confirmer les résultats provisoires (lot 01) ;

sur la plainte de la société CEDEL SARL (lot 04),

considérant que le DAO a requis la justification du matériel par diverses pièces dont les reçus d'achat ; que les attestations de disponibilité ont également été demandées pour le personnel ;

considérant que l'offre du requérant a été écartée comme étant non conforme pour les griefs ci-dessus relevés ;

considérant que la CAM a expliqué qu'elle a traité les offres conformément aux prescriptions techniques du DAO ; qu'elle a juste voulu avoir des assurances que le personnel présenté sera effectivement présent lors de l'exécution des travaux, et ce, en dépit de sa qualité d'employés permanents de la société ;

considérant que l'attributaire provisoire, SATEL SA, n'a pas fait d'observations particulières ;

considérant que l'ORD a noté, après avoir entendu les parties et procédé à des vérifications, que l'attestation de disponibilité du personnel n'est pas une pièce exigible car non prévue par le dossier standard des marchés de travaux ; qu'en conséquence, le DAO n'aurait pas dû en faire une condition du dossier à plus forte raison l'utiliser comme base d'élimination d'un soumissionnaire (CEDEL SARL) ; que s'agissant de la mention « payé-livré » sur les reçus d'achat, elle n'est pas obligatoire au regard des règles commerciales et comptables ; que son défaut sur le document n'emporte pas que la facture n'a pas été acquittée ; qu'en conséquence, il s'agit d'un moyen de disqualification très faible que l'ORD ne saurait cautionner ; qu'il s'en suit que la plainte de CEDEL SARL doit être déclarée fondée avec pour conséquence l'infirmer les résultats de ce lot ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire en substance que la plainte de ECM (lot 01) n'est pas fondée et que celle de CEDEL SARL (lot 04), par contre, est fondée de telle sorte qu'il y a lieu d'infirmer les résultats provisoires uniquement au lot 04 ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours de l'ENT. COMPAORE MAHAMADI (ECM) et de CEDEL SARL sont recevables ;

-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 de ENTREPRISE COMPAORE MAHAMADI (ECM) n'est pas fondée ; qu'en effet, les résultats des vérifications du chiffre d'affaires et des marchés similaires confirment l'authenticité des références de l'attributaire provisoire (lot 01) ;

-que la plainte de CEDEL est fondée ; que l'absence des attestations de disponibilité du personnel et de la mention « payé livré » sur les reçus d'achat ne peuvent justifier le rejet d'une offre au regard notamment des dispositions du dossier standard en matière de travaux (lot 04) ;

-de confirmer les résultats provisoires au lot 01 et de les infirmer au lot 04 de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2021-002/AHD-MATD/AOOA-Tv/AG pour les travaux de construction d'une compagnie type d'incendie et de secours à GAOUA, au profil de la Brigade Nationale des Sapeurs-Pompiers (BNSP), pour le compte du MATD ;

-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 avril 2021

La Présidente de séance

Pascaline SANOU