

**PROCES-VERBAL DE CONCILIATION PARTIELLE N°2024-
C0130/ARCOP/ORD**

sur demande de conciliation du Cabinet d'avocat Etienne SENI agissant au nom et pour le compte de l'Etablissement KIENDREBEOGO Inoussa (EKI) avec le Ministère de l'économie et des finances (MEF) et le Programme d'appui au développement des économies locales (PADEL) dans le cadre de l'exécution du marché n°14/00/10/08/04/2019/00010 pour la construction d'infrastructures socioéconomiques (629 boutiques, 22 blocs de hangars de marché, 2 hall central de marché et 6 marchés communaux) dans la Région de l'EST au profit du PADEL.

**L'ORGANE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS
STATUANT EN MATIERE DE CONCILIATION :**

- 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 1^{er} février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage public déléguée ;*
- Sur** *demande de conciliation par lettre en date du 23 septembre 2024 du Cabinet d'avocat Etienne SENI agissant au nom et pour le compte de l'Etablissement KIENDREBEOGO Inoussa (EKI) dans le cadre de l'exécution du marché ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Monsieur Sébastien SANOU, membre de l'ORD ;
- Monsieur Issoufou YELEMOU, membre de l'ORD ;
- Madame K. Irène BAYANE/ZONGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Monsieur Etienne SENI, représentant l'Etablissement KIENDREBEOGO Inoussa (EKI) ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Moustapha NIGNAN, Donald OUEDRAOGO, Hassane Yves C. SANON, Do Patrice SANOU et Arouna OUATTARA, représentant le PADEL ;

dresse le présent procès-verbal de conciliation partielle fondé sur les éléments de forme et de fond exposés ci-après ;

EN LA FORME :

sur la compétence,

considérant que le marché ci-dessus-cité reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MEF/MINEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public;

considérant que l'ORD est compétent pour statuer sur toutes les questions relatives à l'exécution d'un marché public conformément aux dispositions des articles 31 et 32 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;

considérant que la requête concerne la demande de conciliation du Cabinet d'avocat Etienne SENI agissant au nom et pour le compte de l'Etablissement KIENDREBEOGO Inoussa (EKI) avec le MEF et le PADEL dans le cadre de l'exécution du marché n°14/00/10/08/04/2019/00010 pour la construction d'infrastructures socioéconomiques (629 boutiques, 22 blocs de hangars de marché, 2 hall central de marché et 6 marchés communaux) dans la Région de l'EST au profit du PADEL ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORD est compétent pour en connaitre ;

sur la recevabilité,

considérant que la demande de conciliation du Cabinet d'avocat Etienne SENI agissant au nom et pour le compte de l'Etablissement KIENDREBEOGO Inoussa (EKI) avec le MEF et le PADEL a été introduite conformément aux dispositions de l'article 31 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 précité;

qu'il convient de la déclarer recevable ;

AU FOND :

sur les faits,

le requérant expose que le marché a été conclu pour un montant de deux milliards cinq cent soixante-dix-huit millions six cent sept mille deux cent vingt-sept (2 578 607 227) F CFA TTC avec un délai d'exécution de six (06) mois ; que le 18 avril 2019 le PADEL notifiait l'attribution du marché suivant appel d'offres restreint, pour la construction d'infrastructures socioéconomiques (696 boutiques, 22 blocs (lot de 10) de hangars de marché, 2 hall central de marché, 6 marchés communaux) dans la région de l'Est ;

que le 29 juillet 2019 lui, tout comme toutes les autres entreprises attributaires, ont été invités à transmettre les plans d'exécution au plus tard le 31 août 2019 ; que le 26 août 2019, il a été invité à une reconnaissance de site fixé à la date du 28 août 2019 par le bureau de suivi, la société Tous Azimuts Ingénierie Conseil SARL ; que le lancement des travaux n'est intervenu que le 24 septembre 2019 et avec un démarrage effectif fixé à la date du 18 octobre 2019 ; que suite à la conclusion du contrat, il a rencontré des difficultés liées à la mise en place des différentes cautions bancaires, ce qui a justifié la conclusion, le 04 décembre 2019, d'un avenant portant sur le changement de la domiciliation bancaire du marché ;

qu'après cette situation qui a eu à paralyser le démarrage des travaux, il a rencontré plusieurs autres difficultés, liées à la situation sécuritaire qui s'est dégradée dans plusieurs localités où sont situés les sites du marché à exécuter, mais aussi à la pandémie du Covid 19 qui a paralysé tout le monde entier et le Burkina Faso en particulier ;

qu'à la reprise des activités post Covid 19, il a sollicité une prolongation des délais d'exécution pour tenir compte de ces difficultés indépendantes de sa volonté (cas de force majeure) ;

que par ailleurs, les difficultés d'exécution liées au problème sécuritaire qui s'est dégradé au fil du temps ne lui ont pas laissées d'autres options, comme à beaucoup d'autres entreprises dans la même situation, que de solliciter la délocalisation des sites concernés par plusieurs correspondances restées sans suite ; que face à ce silence, il a été contraint de requérir les services d'un officier ministériel pour dresser un procès-verbal de constats circonstanciers de l'impossibilité d'accès de certains sites pour faits de terrorisme ;

qu'à ces difficultés qui sont des cas de force majeure, il y a lieu de faire noter la lenteur du PADEL dans le paiement des décomptes ; que pourtant contractuellement l'Administration a 60 jours calendaires au plus tard et pour compter du dépôt de la facture, pour payer les différents décomptes, ce qui dans le cas d'espèce, force est de constater que des retards de 12 mois et 27 jours, de 08 mois et de 06 mois ont été accusés par l'Administration ; que ces retards dans le paiement des décomptes N°1, N°2 et N°3 lui ont créé d'énormes difficultés, à savoir des soucis d'approvisionnement avec les fournisseurs de matériaux de construction, retards de paiements de salaires de certains employés, ouvriers, retards bancaires impliquant des agios et autres ;

que tous ces incidents (blocages) dans l'exécution du marché ont toujours été portés à la connaissance du PADEL, et du bureau en charge du suivi-contrôle des travaux ; que malgré toutes ses correspondances, aucune réponse ne lui a été donnée ; qu'il a donc été surpris de recevoir la notification de la résiliation de son marché par correspondance n°2024-02149/MEFP/SG/PADEL du Ministre de l'Economie, des Finances et de la Prospective (MEFP) en date du 23 juillet 2024, laquelle résiliation est motivée par le constat du défaut d'achèvement des travaux alors que le délai contractuel est largement expiré ;

qu'en clair, l'examen de cette lettre de résiliation laisse comprendre, en apparence, que le retard accusé par l'achèvement des travaux relève de sa faute ; que pourtant, les faits et circonstances de l'exécution de ces travaux donnent de constater que le retard accusé ne relève pas de sa faute ; que d'une part, l'exécution du marché a été confrontée à un cas de force majeure qu'est la pandémie de la COVID-19 ;

qu'en effet, les contraintes de la pandémie de la COVID 19 n'ont pas permis aux fabricants de satisfaire toutes les demandes de clients en termes de matériaux, ce qui fait que la demande est restée forte par rapport à l'offre, d'où la hausse des prix exacerbés par le coût du transport international ; qu'il a également assisté aux restrictions et barrières entre les localités, et l'interdiction de rassemblement pour éviter la propagation de la maladie ; que par courrier en date du 03 avril 2020, il sollicitait une prorogation de délai contractuel de trois (03) mois, pour tenir compte de cette situation indépendante de sa volonté ;

que d'autre part, l'inaccessibilité de certains sites situés en zone rouge (insécurité) est la cause réelle du défaut d'exécution des travaux sur ces sites ; qu'en rappel, la zone de l'Est est le lieu d'exécution du marché, devant se faire dans les localités de Kantchari, Logobou, Botou, Gayeri Madjoari, Kompienga, Partiaga et Matiacoli ; qu'il se trouve que la situation sécuritaire dans ces zones s'est considérablement dégradée et qu'il n'a pas manqué d'aviser l'autorité contractante en joignant le taux d'exécution ; qu'un très long temps s'est écoulé avant qu'il n'y ait changement de sites ; que ce n'est que le 19 août 2022, soit plus de deux (02) années d'attente que le PADEL a accédé à cette demande de changement de site ; que pourtant pour d'autres entreprises ayant conclu d'autres lots du même marché, le PADEL a répondu très promptement à leurs demandes de délocalisation, laissant entrevoir la discrimination faite dans le suivi de l'exécution de ce marché ;

que de plus, il a été donné de constater que les travaux qui devaient être effectués sur le site de Fada N'Gourma sont bloqués du fait de l'indisponibilité du site, ainsi que les plans architecturaux du marché des fruits et cela malgré ses multiples relances ; qu'en clair, dans ces circonstances, le maître d'ouvrage a été contraint de procéder à des changements de sites, ce qui a évidemment nécessité de sa part une démobilisation de son matériel et de son personnel des premiers sites et leur remobilisation sur les nouveaux sites situés à des centaines de kilomètres, avec pour conséquence la consommation du délai contractuel et les dépenses imprévus par lui ;

que d'une troisième part, l'indisponibilité de certains sites en raison de conflit élevé par les populations locales (Commune de Fada) est l'une des causes du retard accusé par la réalisation des travaux sur ce site, ce qui a été notifié au PADEL ; qu'en effet, il a rencontré des difficultés sur les sites de l'ONEA (arrêt des travaux sur ordre du Maire), site de la SONABEL (occupation par les riverains) et le site du marché de fruits (occupation par les commerçants, absence des plans architecturaux) ;

que d'une quatrième part, il y a eu le paiement tardif des différents décomptes par le PADEL, alors que contractuellement il avait tout au plus 60 jours pour le faire ;

qu'à titre illustratif, afin de faciliter l'exécution des prestations, la facture de l'avance de démarrage a été déposée le 27 décembre 2019 ; que ledit paiement n'interviendra que le 30 janvier 2020 par la BOAD et 29 avril 2020 par l'Etat burkinabè, alors que suivant l'alinéa 1 de l'article 172 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et délégations de service public, l'autorité contractante avait jusqu'au 11 février 2020 pour régler l'avance de démarrage ; que la facture du décompte 1 a été déposée le 29 juin 2020 ; que le paiement n'interviendra que les 06 novembre 2020 (part de l'Etat burkinabè) et le 31 décembre 2020 (part de la BOAD), alors que l'autorité contractante avait jusqu'au 29 août 2020 pour régler le décompte 1 ; que la facture du décompte 3 a été déposée le 14 février 2022 et le paiement n'interviendra que les 24 mai 2022 (part de la BOAD) et le 04 novembre 2022 (part de l'Etat burkinabè), alors que l'autorité contractante avait jusqu'au 14 avril 2022 pour régler le décompte 3 ; que la facture du décompte 4 a été déposée le 20 décembre 2022 et le paiement n'interviendra que les 1^{er} mars 2022 (part de la BOAD) et le 26 janvier 2023 (part de l'Etat burkinabè), alors que l'autorité contractante avait jusqu'au 20 février 2023 pour régler le décompte 4 ;

que d'une cinquième part, pour les autres sites délocalisés finalement longtemps après, il est toujours dans l'attente de la notification de l'ordre de démarrage des travaux ; que pour ce cas, sa responsabilité ne peut être engagée en ce sens que c'est l'autorité contractante qui doit mettre à sa disposition toutes les conditions nécessaires en vue d'une exécution parfaite des travaux ;

que d'une sixième part, la variation substantielle à la hausse des coûts des matériaux de construction en raison de l'inflation et le défaut d'actualisation du prix du marché sont aussi une cause des difficultés d'exécution, les conditions de soumission de l'offre et d'attribution subséquente ayant véritablement changé (par exemple le prix de la tonne de fer a doublé), ce qui a bouleversé l'économie du contrat ;

que selon le cahier des charges, « il revient au maître d'ouvrage public de mettre à la disposition de l'entreprise en charge des travaux, les emprises ou immeubles nécessaires à l'opération libres de toute occupation ou servitude » ; qu'en l'espèce qu'il est constant que de nombreux sites n'étaient pas libres de toute occupation, en attestent les conflits fonciers élevés par les populations rappelées ci-dessus ;

que suivant la clause 20.2.2 du Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG), « Dans le cas d'intempéries dépassant le seuil fixé au CCAP, entraînant un arrêt de travail sur les chantiers, les délais d'exécution des travaux sont prolongés. Cette prolongation est notifiée à l'entrepreneur par un ordre de service qui en précise la durée, laquelle est égale au nombre de journées réellement constatées au cours desquelles le travail a été arrêté du fait des intempéries, conformément auxdites dispositions, en défalquant s'il y a lieu, le nombre de journées d'intempéries prévisibles indiquées au CCAP » ;

que suivant la clause 20.2.2 du Cahier des Clauses Administratives Particulières du marché, « Le nombre de jours d'intempéries prévisibles a été arrêté à quinze (15) jours » ;

que suivant la même disposition du CCAP, « l'insécurité, l'inondation, la sécheresse, l'incendie » sont considérés comme des intempéries entraînant une prolongation des délais d'exécution des travaux lorsque leur durée excède quinze (15) jours ;

qu'en l'espèce, il est constant que l'arrêt de travaux pour cause d'insécurité sur certains sites a excédé largement le seuil de quinze (15) pour bénéficier de la prolongation de délai ;

que suivant la clause 11.4.3 du Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG), « Si les prix du marché sont fermes, « Le montant du marché est actualisable conformément aux dispositions prévues dans le CCAP » ; qu'en l'espèce, le prix du marché est convenu ferme et est donc actualisable en application de la formule prévue dans la clause 11.4.3 du Cahier des Clauses Administratives Particulières (CCAP) ;

qu'attendu par ailleurs que la théorie de l'imprévision est une théorie du droit administratif selon laquelle « Lorsque des circonstances indépendantes de la volonté du cocontractant et imprévisibles lors de la conclusion du contrat administratif viennent bouleverser l'économie du contrat sans pour autant rendre impossible son exécution et entraînant un déficit pour le cocontractant, celui-ci, tout en demeurant strictement tenu de poursuivre l'exécution de ses obligations, a droit à l'aide de l'administration pour surmonter la difficulté survenue en prenant en charge une partie du déficit provoqué par ces circonstances » ;

qu'en l'espèce, il n'est pas contesté qu'il a rencontré des incidents d'exécution, indépendants de sa volonté, comme exposé ci-dessus ;

que la variation du coût des matériaux de construction est un événement imprévisible lors de la conclusion du marché, ce qui a fortement impacté les coûts et délais de réalisation ; que l'entreprise n'a donc pas personnellement et intentionnellement manqué à ses obligations contractuelles, qu'elle a même continué l'exécution des travaux objet du marché en dépit du refus de l'actualisation du prix du marché sollicitée ; que dans ces circonstances, elle a droit à l'aide de l'administration pour surmonter la difficulté survenue en prenant en charge une partie du déficit provoqué par la variation des prix ; qu'aussi, la passation d'un nouveau marché pour achever les travaux par une autre entreprise va coûter plus cher à l'Etat que de continuer avec son entreprise avec un prix actualisé, celle-ci étant déjà mobilisée sur les sites qu'il connaît mieux ;

qu'il sollicite une conciliation avec le Ministère de l'Economie, des Finances et de la Prospective (MEFP) et le Programme d'Appui au Développement des Economies Locales (PADEL), le bureau de suivi-contrôle dûment appelé, à l'effet de s'entendre sur les réclamations suivantes :

- la rétractation de la décision de résiliation du marché, dont le taux d'exécution énoncé est fortement contesté ;
- la délocalisation des sites problématiques ;
- l'actualisation du prix du marché et la passation d'un avenant au marché constatant l'actualisation ;
- la prolongation du délai d'exécution et la passation d'un avenant constatant cette prolongation ;

- la résiliation partielle du marché uniquement pour le site inaccessible pour raison de sécurité et la réformation du motif de cette résiliation pour cause de force majeure pour la zone inaccessible pour cause d'insécurité ;
- le prononcé de la réception partielle des travaux exécutés ;

il sollicite donc de l'ORD une conciliation afin qu'une solution soit trouvée ;

sur la discussion,

considérant que le présent marché a été conclu sous l'empire du décret n°2017-0049/PRES/PM/MEF/MINEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public ; que de ce fait, le cahier des clauses administratives générales (C.C.A.G.) du dossier standard pour la passation des marchés de travaux s'applique à tous les marchés publics passés par les personnes morales de droit public ou de droit privé ;

considérant que le requérant sollicite les réclamations ci-après au regard des difficultés ayant entravés l'exécution du marché :

- la rétractation de la décision de résiliation du marché, dont le taux d'exécution énoncé est fortement contesté ;
- la délocalisation des sites problématiques ;
- l'actualisation du prix du marché et la passation d'un avenant au marché constatant l'actualisation ;
- la prolongation du délai d'exécution et la passation d'un avenant constatant cette prolongation ;
- la résiliation partielle du marché uniquement pour le site inaccessible pour raison de sécurité et la réformation du motif de cette résiliation pour cause de force majeure pour la zone inaccessible pour cause d'insécurité ;
- le prononcé de la réception partielle des travaux exécutés ;

considérant que l'autorité contractante relève qu'au moment de l'attribution du marché, deux autres entreprises avaient aussi en charge l'exécution de travaux similaires ; que les deux autres comparativement au requérant ont un taux d'exécution assez satisfaisant ; que plusieurs rencontres techniques ont eu lieu avec le requérant dont la dernière en date du 14 mars 2023, le requérant a sollicité la résiliation du marché puis l'établissement d'un état contradictoire ; que le 03 mai 2023, les travaux ont été arrêtés et le 24 août 2023, l'état contradictoire a été produit ; qu'à cette dernière date, elle n'a pas eu connaissance que le requérant a effectué d'autres travaux ; qu'elle estime avoir suffisamment accompagné le requérant dans le cadre de l'exécution du marché ; qu'ainsi, elle n'entend pas à ce jour revenir sur sa décision de résiliation du marché ; qu'elle rejette également les autres points de réclamation à savoir la délocalisation des sites problématiques, l'actualisation du prix du marché, la prolongation du délai d'exécution ainsi que la passation d'un avenant, le prononcé de la réception partielle des travaux exécutés ; que, cependant, elle consent à réviser le motif de résiliation pour prendre en compte les sites inaccessibles pour raison d'insécurité

considérant que le requérant prend acte de la position de l'autorité contractante et se réserve le droit de se pourvoir autrement ;

considérant que les parties sont parvenues à s'entendre en vue d'une conciliation partielle et qu'il y a lieu d'établir un procès-verbal de conciliation partielle ;

sur ce

CONSTATE :

- **qu'il est compétent ;**
- **que la demande de conciliation du Cabinet d'avocat Etienne SENI agissant au nom et pour le compte de l'Etablissement KIENDREBEOGO Inoussa (EKI) avec le MEF et le PADEL est recevable ;**
- **que le marché susvisé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0050/ PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;**
- **une conciliation partielle entre le Cabinet d'avocat Etienne SENI agissant au nom et pour le compte de l'Etablissement KIENDREBEOGO Inoussa (EKI) et le PADEL dans le cadre de l'exécution du marché n°14/00/10/08/04/2019/00010 pour la construction d'infrastructures socioéconomiques (629 boutiques, 22 blocs de hangars de marché, 2 hall central de marché et 6 marchés communaux) dans la Région de l'EST au profit du PADEL ;**
- **qu'un accord partiel ayant été trouvé entre les parties, le présent procès-verbal de conciliation partielle est dressé conformément aux dispositions de l'article 31 du décret n°2017-0050 pour servir et valoir ce que de droit.**

Ouagadougou, le 23 octobre 2024

L'autorité contractante

le requérant

Le Président de séance

Lévi SAWADOGO