

**DECISION N°2016-0483/ARCOP/ORAD**

sur recours de Faso Construction et Services (FCS) et du Groupement ENITAF/TECHNIBAT BTP contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2016-003/SG/SOGEMAB du 22 janvier 2016 pour la construction d'une unité technique en R + 3 à Ouaga 2000 au profit de la Société de gestion de l'équipement et de la maintenance biomédicale (SOGEMAB).

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

- Vu** le décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;
- Vu** le décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public et ensemble ses modificatifs ;
- Vu** le décret n°2008-374/PRES/PM/MEF du 02 juillet 2008 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;
- Sur** recours par lettres en date du 09 septembre 2016 de Faso Construction et Services (FCS) et du Groupement ENITAF/TECHNIBAT BTP contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;

présidé par Monsieur Serge Louis Marie P. TOE, membre de l'Organe de règlement amiable des différends (ORAD) ;

en présence de :

- Monsieur Pierre NACOULMA, membre de l'ORAD ;
- Monsieur Doudou DOUMBIA, membre de l'ORAD ;
- Messieurs Modeste YAMEOGO, Moïse BAKORBA et B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORAD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants, Messieurs A. Aziz BELEM et Moumounou GNESSIEN, représentant Faso Construction et Services (FCS) et Messieurs N. Barthélémy ZONGO, Valentin TIENDREBEOGO et Hinsi BIHOUN, représentant le groupement ENITAF/TECHNIBAT BTP ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs T. Firmin SOME, Jules KINDA et Moussa SIRIMA, tous représentants de la SOGEMAB ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Hervé OUEDRAOGO, Saïdou OUEDRAOGO, Messan BROOHM et Tewendé SANDWIDI, représentant le groupement ESDP-SA/CENTRO/GERBATP SARL ;

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 les résultats provisoires de l'appel d'offres sus visé restent soumis aux dispositions du décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public et ses modificatifs n°2012-123/PRES/PM/MEF du 02 mars 2012 et n°2013-1148/PRES/PM/MEF du 12 décembre 2013 ;

considérant qu'aux termes de l'article 28 du décret n°2014-554 ci-dessus visé, l'ORAD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ;

considérant que les recours concernent les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2016-003/SG/SOGEMAB du 22 janvier 2016 pour la construction d'une unité technique en R + 3 à Ouaga 2000 au profit de la Société de gestion de l'équipement et de la maintenance biomédicale (SOGEMAB) ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORAD est compétent pour en connaître ;

#### **sur la recevabilité,**

considérant qu'aux termes de l'article 30 du décret n°2014-554 ci-dessus visé, « Tout candidat ou soumissionnaire s'estimant injustement évincé des procédures de passation de la commande publique, doit, avant de saisir l'ORAD, exercer un recours auprès de l'autorité contractante.

Ce recours est une demande écrite indiquant les références de la procédure de passation et exposant les motifs de sa réclamation. Il est adressé à l'autorité contractante avec accusé de réception ou déposé contre récépissé. Il doit invoquer une violation caractérisée des textes en la matière. Il doit être exercé dans un délai de trois (03) jours ouvrables à compter de la publication de l'avis d'attribution dans la revue de la commande publique, de la communication de la lettre d'invitation ou du dossier de demande de propositions.

L'autorité contractante est tenue de répondre à cette réclamation dans un délai de trois (03) jours ouvrables au-delà duquel le défaut de réponse sera constitutif d'un rejet implicite du recours.

En cas de rejet implicite, le requérant dispose de deux (02) jours ouvrables pour saisir l'ORAD. En cas de notification d'une réponse de rejet, il dispose de cinq (05) jours ouvrables pour saisir l'ORAD. » ;

considérant que l'avis d'appel d'offres ci-dessus cité a été publié dans le quotidien des marchés publics n°1870 du jeudi 1<sup>er</sup> septembre 2016, et que le délai de recours préalable auprès de l'autorité contractante courait jusqu'au 06 septembre 2016; que Faso Construction et Services (FCS) et Groupement ENITAF/TECHNIBAT BTPont exercé leurs recours préalables auprès du Directeur Général de la Société de Gestion de l'Equipement et de la Maintenance Biomédicale(SOGEMAB) par lettres en date du 05 septembre 2016; que celui-ci leur a notifié une réponse défavorable par lettre en date du 07 septembre 2016; que si tant est que les requérants n'étaient pas satisfaits, ils disposaient d'un délai de cinq (05) jours pour saisir l'ORAD ; que c'est ce à quoi ils ont satisfait par lettres en date du 09 septembre 2016 ;

*sur le recours de FCS*

considérant qu'en sus des dispositions pertinentes ci-dessus, le recours de FCS est conforme aux dispositions de l'article 33 du décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique précité ; qu'il y a lieu de le déclarer recevable ;

*sur le recours du Groupement ENITAF/TECHNIBAT-BTP*

considérant que le groupement élève devant l'ORAD trois (03) moyens en soutien à sa demande ; que ces trois (03) moyens concernent respectivement, l'incohérence entre le personnel requis pour l'agrément B4 et celui de l'attestation de situation cotisante, la non-conformité de l'offre de l'attributaire provisoire et l'erreur manifeste sur le montant publié de son offre ;

mais considérant que les deux derniers moyens n'ont pas été portés préalablement à la connaissance de l'autorité contractante ; qu'il appert qu'ils doivent être déclarés irrecevables pour défaut de recours préalable conformément aux dispositions de l'article 30 du décret n°2014-554 ci-dessus ; que dès lors seul le premier moyen est recevable ;

**AU FOND :**

**sur les faits,**

la SOGEMAB a lancé un avis d'appel d'offres n°2016-003/SG/SOGEMAB du 22 janvier 2016 pour la construction d'une unité technique en R + 3 à Ouaga 2000 à son profit ;

la CAM a déclaré non-conforme au dossier d'appel d'offres (DAO) l'offre du Groupement ENITAF/TECHNIBAT BTP au motif que ENITAF n'a pas le personnel déclaré à la CNSS requis conformément aux exigences de l'agrément de la catégorie B4 ;

pour l'entreprise Faso Construction et Services(FCS), la CAM estime que le requérant a un(01)marché résilié en 2011 qu'il n'a pas signalé dans le tableau intitulé « marchés résiliés au cours des cinq(05) dernières années », et pour le fait également que l'effectif du personnel n'est pas requis pour l'agrément de la catégorie B4 ;

pour le groupement ENITAF/TECHNIBAT BTP, cette observation de la CAM ne peut prospérer parce qu'il a satisfait à la condition du personnel minimum requis par les données particulières pour l'exécution du marché ; et l'application d'une autre condition n'ayant pas été requise, la CAM ne saurait en inventer pour apprécier la conformité de l'offre technique d'un soumissionnaire ;

Faso Construction et Services (FCS) conteste les résultats provisoires arguant que les motifs de non-conformité découverts par la CAM ne sont pas fondés ; en ce qui concerne le motif de non-conformité tiré du marché résilié non renseigné dans le tableau des « marchés résiliés au cours des cinq (05) dernières années », il estime que ce motif ne saurait prospérer parce que le tableau ne peut être considéré comme un critère d'évaluation de la qualification et de la capacité du soumissionnaire ; selon lui, il s'agit de simples renseignements et non de critères d'évaluation prévus au point A-35 des données particulières dont le défaut peut entraîner le rejet d'une offre ; en guise de second argument, le requérant fait valoir qu'il s'agit d'une « omission mineure qui ne saurait remettre en cause la conformité pour l'essentiel de l'offre » ; en effet, il ne s'agit pas d'une divergence ou d'une réserve importante dans le sens de l'article 33 des Instructions aux soumissionnaires ;

s'agissant du deuxième motif de non-conformité de son offre, FCS souligne qu'il n'a pas de base légale au regard de l'abrogation de l'article 15 des Instructions aux soumissionnaires (IS) par l'arrêté n°2010-247/MEF/CAB portant fixation des pièces administratives exigées des candidats aux marchés publics et son modificatif (arrêté n°2011-156/MEF/CAB) ; en effet, c'est l'article 15 des IS qui pose le principe de la concordance entre le personnel sur l'attestation de situation cotisante et celui requis pour l'obtention de l'agrément technique ; le requérant explique sa position par le fait que l'arrêté de 2010 est l'acte qui est le « siège de la matière des pièces administratives » alors qu'il n'a pas requis que la déclaration du personnel corresponde aux conditions de la délivrance de l'agrément technique ; ainsi, l'article 15 des IS qui a servi à rejeter son offre n'est plus applicable ; par ailleurs, le requérant relève que le grief en question remet en cause la validité de l'attestation de situation cotisante dont il ne peut se détacher ;

or, en tant que pièce administrative, son absence ou son invalidité n'est pas éliminatoire ; que du reste, ce motif de la CAM constitue une violation des dispositions pertinentes de l'arrêté n°2007-022/MTSS/SG/DGT/DER du 10 septembre 2007 fixant la liste des secteurs d'activités dans lesquels il est d'usage de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée ;

### **sur la discussion**

*sur la question de l'exigence de cohérence entre le personnel requis pour l'obtention de l'agrément technique et celui déclaré à la CNSS au moment de la soumission*

considérant que l'article 15 des instructions aux soumissionnaires relatif aux documents constitutifs de l'offre exige pour les entreprises établies ou ayant leur base fixe au Burkina Faso, « **une attestation de situation cotisante à ses obligations sociales correspondant aux conditions de son agrément technique si applicable** » ; que ce dossier type a été adopté par circulaire n°2009-1790/MEF/CAB du 14 juillet 2009 ;

considérant que l'application de cette disposition a fait l'objet de plaintes devant l'ORAD qui, jusque-là, avait confirmé la position des CAM ;

mais considérant d'une part l'application systématique et généralisée de la disposition et d'autre part, les dispositions pertinentes de l'article 98 du Code du travail et celles des arrêtés ci-dessus rappelés par les requérants, dit que cette exigence viole les principes fondamentaux de la commande publique notamment les principes d'efficacité et de libre accès à la concurrence ; que de ce fait, il y a lieu de noter que les plaintes des requérants sont fondées sur ce point ;

*sur le mauvais renseignement du Tableau 1.5 de la pièce 4 par FCS*

considérant que le **Tableau 1.5** est relatif aux « **Marchés résiliés au cours des cinq (05) dernières années** » ; que « **ce tableau doit être obligatoirement renseigné ; la rétention de l'information est assimilée à une fraude et sanctionnée comme telle** » ;

considérant que FCS reconnaît avoir mal renseigné le tableau en déclarant n'avoir aucun marché résilié ; que cependant ce tableau n'est qu'un simple renseignement et non un critère d'évaluation des offres ; qu'en tout état de cause le DAO ne donne aucune conséquence du non-respect de cette obligation sur la conformité de l'offre ;

considérant que la PIECE 4 est relative aux renseignements sur les qualifications et les capacités des soumissionnaires ; que dans l'évaluation des offres pour déterminer leur conformité, l'appréciation des qualifications et de la capacité est une étape importante ; que l'article 35 des IS du DAO dispose que « **L'évaluation tiendra compte des capacités financières, techniques et de production du soumissionnaire. Elle sera fondée sur un examen des preuves des qualifications et des capacités du soumissionnaire conformément aux dispositions de l'article 4 du présent document** » ; que l'article 4 des IS visé

exige un certain nombre d'informations détaillées pour apprécier la qualification et la capacité des soumissionnaires ; que le Tableau 1.5 en cause dans le cas d'espèce est requis obligatoirement à cet effet ; que l'ayant mal renseigné en retenant des informations sur les marchés résiliés, la CAM ne peut que rejeter l'offre conformément au risque de tomber sous le coup des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 157 du décret n°2008-173 ci-dessus visé ;

par ces motifs ;

**DECIDE :**

**-qu'il est compétent ;**

**-que les recours de Faso Construction et Services (FCS) et du Groupement ENITAF/TECHNIBAT BTP sont recevables conformément aux points de recevabilité ci-dessus relevés pour chaque requérant ;**

**-que l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions du décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;**

**-que le recours de Faso Construction et Services (FCS) n'est pas fondée au regard du motif du mauvais renseignement du tableau 1.5 de la pièce 4 du DAO ;**

**-que le recours du Groupement ENITAF/TECHNIBAT BTP est fondée ;**

**-qu'il convient d'infirmes les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2016-003/SG/SOGEMAB du 22 janvier 2016 pour la construction d'une unité technique en R + 3 à Ouaga 2000 au profit de la Société de gestion de l'équipement et de la maintenance biomédicale (SOGEMAB) pour tenir compte des mentions ci-dessus ;**

**-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 15 septembre 2016  
Le Président de séance

**Serge Louis Marie P. TOE**