

DECISION N°2018-0001/ARCOP/ORD

sur recours des Groupements SO.SA.F/CTS et COPIAFAX BURKINA/KF contre les résultats provisoires de l'appel d'offres accéléré n°2017-002-TVX/MOD/FKD/OUAGA II/MESRSI pour les travaux d'aménagement des voiries prioritaires de l'Université Ouaga II.

**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 ;*
- 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 respectives en date des 02 et 08 janvier 2018 des groupements SO.SA.F/CTS et COPIAFAX/KF contre les résultats provisoires de l'appel d'offres accéléré ci- dessus cité ;*

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

en présence de :

- Monsieur Prosper L. THIOMBIANO, membre de l'ORD
- Monsieur Puraogo G. KAFANDO, membre de l'ORD ;
- Madame BAYANE/ZONGO Irène, Messieurs Modeste YAMEOGO et B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :
Messieurs Ali TIENDREBEOGO et Souleymane SAKANDE, représentants du groupement SO.SA.F/CTS,

Messieurs M. Christian SOMBIE et Saïdou OUEDRAOGO, respectivement représentant et Conseiller juridique du Groupement COPIAFAX/KF ;

- au titre de l'autorité contractante, Madame Haoua BARRY et Monsieur Achille BELEMGNEGRE, représentants de FASO KANU DEVELOPPEMENT ;
- au titre des attributaires provisoires, Messieurs M. Christian SOMBIE et Saïdou OUEDRAOGO, respectivement représentant et Conseiller juridique du Groupement COPIAFAX/KF ;

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 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 le recours concerne la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres accéléré n°2017-002-TVX/ MOD/FKD/OUAGA II/MESRSI pour les travaux d'aménagement des voiries prioritaires de l'Université Ouaga II ;

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 sus visée « 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 accéléré ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2215 du jeudi 28 décembre 2017, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 02 janvier 2018 ; que le groupement SOSAF/CTS a saisi directement l'ORD par lettre en date du 02 janvier 2018 tandis que le groupement COPIAFAX/KF a exercé un recours préalable auprès de l'autorité contractante en date du 02 décembre 2017 ; que face à la réponse non satisfaisante de cette dernière, le groupement COPIAFAX/KF a décidé de saisir l'ORD, par lettre en date du 08 janvier 2018 ; 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,

FASO-KANU DEVELOPPEMENT a lancé l'appel d'offres accéléré n°2017-002-TVX/MOD/FKD/OUAGA II/MESRSI pour les travaux d'aménagement des voiries prioritaires de l'Université Ouaga II ;

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

-l'offre du groupement SOSAF/CTS non conforme au dossier d'appel d'offres (DAO) au motif que KABORE Jonas est directeur des travaux dans son CV et sur son attestation de travail et non directeur de chantier comme demandé dans le DAO ; elle lui a également reproché le fait que le nom inscrit sur le CV et l'attestation TIENDREOGO Abdoul Karim est différent du nom sur le diplôme TIENDREOGO Abdou Karim ; elle relève aussi que le chiffre d'affaires fourni est non requis ; elle note que dans la lettre d'engagement le groupement SOSAF/CTS s'engage pour un délai de six (06) mois et a fourni un planning exécution de quatre (04) mois ;

-l'offre du groupement COPIAFAX/KF conforme au dossier d'appel d'offres et il a été déclaré attributaire provisoire ;

les requérants contestent cette décision de la CAM ;

-le groupement SO.SA.F/CTS affirme que les griefs relevés ne sont pas pertinents pour prévaloir au rejet de son offre ; il soutient que pour ce qui concerne le 1^{er} grief, dans le langage du Ministère des infrastructures le nom directeur des travaux équivaut au nom directeur de chantier car ils ont tous la même fonction ; que ce sont des agents chargés de diriger les travaux ou les chantiers ; il note que s'agissant du 2^{ème} grief , la petite faute commise dans l'écrit du prénom Abdoul et non Abdou ne saurait constituer un motif sérieux pour écarter son offre ; il estime qu'il s'agit d'une erreur matérielle qui n'entache pas l'identité de la personne ; il soutient que concernant le 3^{ème} grief, il n'a pas compris le reproche car il a fourni tous les bilans et les attestations de chiffres d'affaires des deux membres du groupements tel que requis dans le DAO ; enfin, en ce qui concerne le dernier grief, le fait d'avoir proposé un délai d'exécution plus court 04 mois au lieu de 06 mois constitue un avantage pour l'autorité contractante ; il relève que cela ne peut être considéré comme une faute à même de l'écarter sur cette base ;

-le groupement COPIAFAX/KS pour sa part, conteste la conformité du groupement SO.SA.F/CTS ; il relève que ce dernier ne dispose ni du personnel ni du matériel tel que requis dans le DAO ;

ils sollicitent donc de l'ORD de les rétablir dans leurs droits ;

sur la discussion,

considérant que le point A-35 des données particulières a requis des soumissionnaires d'« avoir réalisé un chiffre d'affaires annuel moyen pour les travaux d'infrastructures (travaux public en génie civil) au cours des cinq (05) dernières années (2012-2016) d'un montant équivalent à six cent quatre-vingt millions (680 000 000) FCFA ; pour les entreprises burkinabé, le chiffre d'affaire sera attesté par le service des impôts. Pour les entreprises étrangères la structure compétente en la matière du pays du siège de l'entreprise » ;

considérant que le groupement SO.SA.F/CTS note que les griefs tel que relevé par la CAM ne constituent pas des éléments sérieux pour déclarer son offre non conforme ; que pour preuve relativement au 1^{er} grief un directeur de chantier et un directeur de travaux représente un seul et même métier ; que la seule différence est que le directeur de chantier est responsable d'un chantier, alors que le directeur de travaux en gère plusieurs à la fois ; que sur ce point ce motif n'est pas valable ; que s'agissant de la faute orthographe commise dans le prénom Abdoul et non Abdou, il estime que le CV a pour but de vérifier l'identité de la personne ; que si la CAM avait des doutes sur l'authenticité du diplôme fourni, elle aurait dû procéder à des vérifications ; que pour ce qui concerne le 3^{ème} grief, il n'a pas compris ce qui lui est reproché ; que le DAO a exigé un chiffre d'affaires, obligation à laquelle il a satisfait en fournissant tous les bilans des deux membres du groupements ;

que concernant le 4^{ème} grief, il a estimé qu'au regard de la diminution du volume ou de la quantité des travaux, il est à mesure d'exécuter les travaux dans un délai de 04 mois au lieu des 06 mois requis ; qu'au regard de ces éléments, son offre est conforme à tout point de vue ;

considérant que la CAM note que les observations qu'elle a relevées résulte d'une analyse du dossier ; que le dossier a exigé un directeur de chantier et non un directeur de travaux ; que les deux termes sont différents et les agents accomplissent des tâches différentes ; qu'ainsi, elle a jugé bon de relever ce grief ; que s'agissant du personnel requis, TIENDREBEOGO Abdoul Karim a été proposé, mais une incohérence a été constatée dans l'écrit du prénom ; que Abdou est différent de Abdoul ; qu'au regard donc de l'absence d'un acte d'individualité pour confirmer l'identité de la personne, alors ce grief relevé est fondé ; que concernant le chiffre d'affaires, celui proposé par le groupement est insuffisant ; que sur cette base, elle n'a pas retenu son offre ; que relativement au délai d'exécution des travaux, le groupement s'est engagé dans sa lettre d'engagement pour un délai de 6 mois et dans son planning d'exécution, il a proposé un délai de 04 mois sans aucune justification ; que ce délai ainsi proposé constitue une variante et les variantes ne sont pas autorisées dans la présente procédure et ceux conformément à l'article 26 des instructions aux soumissionnaires ;

considérant que le requérant en réplique soutient que le grief tel que relevé dans le quotidien des marchés ne fait pas allusion à une insuffisance du chiffre d'affaires ; que tout compte fait, le chiffre d'affaires fourni est largement suffisant ; que c'est en raison de l'insuffisance des références financières individuelles que les deux (02) entreprises ont choisi de participer sous forme de groupement ; qu'ainsi, il a joint aussi bien les bilans et les chiffres d'affaires de SOSAF et de CTS ; que ces documents peuvent être vérifiés respectivement auprès de la Direction des impôts du Burkina Faso et du Mali ;

considérant que la CAM rétorque en faisant valoir que seul le chiffre d'affaires de SO.SA.F a été fourni ; que l'analyse a porté sur ce seul document qui s'est avéré insuffisant au exigence du DAO ; que le chiffre d'affaires de CTS n'a pas été retrouvé ; que le grief tel que relevé énonce clairement que le chiffre d'affaires fourni est insuffisant ; que pour preuve toutes les offres ont été apportées et qu'elle sollicite l'ORD de procéder aux vérifications utiles ;

considérant que le groupement COPIAFAX/KF en sa qualité de requérant et d'attributaire provisoire fait observer qu'avant tout débat au fond, il émet un doute quant à la qualité du signataire de la requête du groupement SO.SA.F/CTS ; qu'il est apposé P/O suivi de la signature ; qu'il s'est interrogé sur la validité de la signature en liant avec l'acte du groupement ; que s'agissant de l'offre du groupement COPIAFAX/KF, il note que ce dernier n'a pas respecté les exigences du DAO sur sa capacité en matière de matériel et de personnel ; qu'à travers son recours préalable, il s'est avéré que ce dernier a proposé du personnel dont l'attestation de travail a été délivrée par l'entreprise CGE ; que cette dernière n'est pas un membre du groupement ; que dans ce cas, il devait joindre une attestation de disponibilité pour justifier valablement que ce personnel sera effectivement employé à l'exécution du marché ;

que ne l'ayant pas fait, ce motif mérite ainsi d'être ajouté au titre des griefs déjà relevés ; que par ailleurs, un directeur de chantier n'est pas synonyme de directeur de travaux ; que ces deux agents ont des attributions et des missions différentes ; qu'ainsi ce grief est fondé ; que concernant le chiffre d'affaires, le grief tel que relevé est assez compréhensible ; que cela peut sous-entendre que la pièce fournie n'est pas celle requise ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que, s'agissant de la question de forme soulevé par le groupement COPIAFAX/KF contre la requête du groupement SO.SA.F/CTS, l'apposition de la mention « P/O » à côté de la signature qui signifie par ordre ou pour ordre indique que la personne qui l'a signée a reçu l'ordre de la personne ayant pouvoir de signature ; que ledit acte engage la responsabilité de celui qui a donné pouvoir de signature ; qu'il constate que c'est SO.SA.F le signataire en sa qualité de chef de file du groupement ; que la requête ayant été émise par ce dernier est valable ; qu'il n'y a donc pas de défaut de qualité du signataire ; qu'ainsi la requête est valablement constituée et recevable ;

que, cependant, s'agissant des griefs reprochés au groupement SO.SA.F/CTS, il note que concernant le grief sur la qualité du personnel proposé, un directeur de chantier dispose des mêmes missions, attributions qu'un directeur de travaux ; qu'à travers l'exigence du personnel minimum, le but est de s'assurer à travers les CV et attestations de travail des aptitudes du personnel à mener à bien leurs tâches ; que le requérant a satisfait à cette obligation ; qu'ainsi, c'est à tort que la CAM n'a pas retenu l'offre sur cette base ;

que pour ce qui concerne l'irrégularité relevée sur le prénom Abdoul porté CV et Abdou sur le diplôme, il note que, l'authenticité des pièces n'étant pas remise en cause, ce défaut constitue une erreur matérielle mineure et ne saurait entraîner le rejet de l'offre ; qu'en conséquence, la CAM n'est pas fondée de relever ce grief ;

que relativement au chiffre d'affaires, le grief tel que publié ne fait allusion ni à une insuffisance du chiffre d'affaires ni à une absence du chiffre d'affaires d'un des membres du groupement ; qu'il n'est pas clairement spécifié ; qu'également, aucun élément n'a été apporté pour confirmer l'absence du chiffre d'affaires de CTS ; que mieux dans le rapport d'analyse, il constate la mention « chiffre d'affaires fourni non requis » ; que cela sous-entend chiffre d'affaires fourni mais non demandé ; qu'ayant constaté donc le chiffre d'affaires de SO.SA.F, alors il présume que celui de CTS a été également joint puisqu'ils sont en groupement ; que dans tous les cas, le défaut de chiffre d'affaires ne lui a pas été reproché ; que, par conséquent, ce grief ne saurait prospérer ;

que s'agissant du planning d'exécution de 04 mois proposé au lieu de 06 mois demandé, cela n'est pas constitutif d'une variante ; que la variante est une offre alternative présentant une modification de certaines spécifications décrites dans le dossier d'appel à concurrence ; que la proposition du groupement SO.SA.F/CTS n'est pas une modification du dossier mais traduit plutôt la capacité de ce dernier à exécuter le marché dans un délai plus bref ; que donc, c'est à tort que l'offre a été rejetée sur cette base ;

que, par ailleurs, après avoir procédé à la vérification du bien-fondé des allégations du groupement COPIAFAX/KF, il relève que le dossier n'a pas demandé des attestations de disponibilité pour le personnel exigé ; que le groupement SO.SA.F/CTS a fourni un personnel en nombre requis et justifié leur capacité à travers les attestations de travail, les CV et les diplômes légalisés demandés ; que lesdits documents ont été exigés pour vérifier leur qualification dans les postes requis ; que le défaut d'attestation de disponibilité ne saurait donc être reproché au groupement SO.SAF/CTS alors que le DAO n'a pas exigé cette pièce ; que, sur ce point, c'est à bon droit que la CAM n'a pas relevé cela au titre des griefs ; que la plainte du groupement COPIAFAX/KF n'est pas fondée ;

qu'il attire l'attention de la CAM que l'entreprise TSR-GTI a participé à la présente procédure seule et en groupement avec l'entreprise SA M.COMPANY ; que cette double participation est irrégulière et constitue un conflit d'intérêts ; que ces offres auraient dû être écartées sans faire l'objet d'analyse au fond ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du groupement SO.SA.F/CTS est fondée alors que celle du groupement COPIAFAX/KF n'est pas fondée ; qu'il convient donc d'infirmes les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours du groupement SO.SA.F/CTS et COPIAFAX/KF sont recevables ;

-que l'appel d'offres 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 du groupement SO.SA.F/CTS est fondée ;

-que la plainte du groupement COPIAFAX/KF n'est pas fondée ;

-qu'il sied d'infirmes les résultats provisoires de l'appel d'offres accéléré n°2017-002-TVX/MOD/FKD/OUAGA II/MESRSI pour les travaux d'aménagement des voiries prioritaires de l'Université Ouaga II ;

-d'enjoindre à FASO KANU DEVELOPPEMENT de tirer les conséquences de la présente décision exécutoire ;

-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 08 janvier 2018

Le Président de séance

Ibrahim SOKOTO