

DECISION N°2018-535/ARCOP/ORD

sur recours de ENERLEC (lot 03), de COGEA INTERNATIONAL (lot 05), de Total Accès (lot 05), du Groupement Total Accès/Total Accès RCI (lots 03 et 04) et de EGPZ SARL (lot 1B) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres national ouvert n°2018-01/FBDES pour les travaux de construction du siège du Fonds burkinabé de développement économique et social (FBDES).

**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 en dates des 03 et 07 août 2018 de ENERLEC, COGEA INTERNATIONAL, EGPZ, de Total Accès et du Groupement TOTAL ACCES/TOTAL ACCES RCI contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Madame Fatoumata TALL, membre de l'ORD ;
- Monsieur Silamana SOMANDA, membre de l'ORD ;
- Messieurs Tahirou SANOU, Moïse BAKORBA et A. Dramane SAKANDE assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :

- Monsieur Harouna SORGHO, représentant de l'entreprise ENERLEC ;
 - Messieurs Lamine YAOLIRE, Saïdou OUEDRAOGO et T. Somwaoga KARGOUGOU respectivement Directeur Général, Assistant juridique et Agent de l'entreprise COGEA INTERNATIONAL ;
 - Messieurs Enock SOME et Alain YARO, respectivement Directeur Général et Commercial de TOTAL ACCES ;
 - EGPZ SARL, régulièrement convoqué, mais absent ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Eric OUEDRAOGO, R. Cheik TRAORE et Oumarou CISSE, respectivement AC/comptable du FBDES et Agents/MUH ;
- au titre des attributaires provisoires :
- l'entreprise PMS (lot 1B) régulièrement convoquée, mais absente ;
 - l'entreprise COGEA INTERNATIONAL (lot 3), représentée par les personnes ci-dessus citées ;

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 susvisé 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 national ouvert n°2018-01/FBDES pour les travaux de construction du siège du Fonds burkinabé de développement économique et social (FBDES) à Ouaga 2000 au profit du Ministère de l'économie, des finances et du développement (lots 03, 04 et 05) ;

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 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 ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2370 du jeudi 02 août 2018, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 07 août 2018 ; que ENERLEC, COGEA INTERNATIONAL, Total Accès, le Groupement Total Accès/Total Accès RCI et EGPZ SARL ont saisi l'ORD par lettres des 03 et 07 août 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 1^{er} 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 ;

que cependant, par lettre en date du 08 août 2018, l'entreprise EGPZ SARL a retiré sa plainte ; qu'il convient de noter que son recours est devenu sans objet ;

que par ailleurs, au regard des informations communiquées par l'autorité contractante sur l'offre de EGPZ SARL, il convient de l'entendre en conséquence en matière disciplinaire ;

AU FOND :

sur les faits,

le Fonds burkinabé de développement économique et social (FBDES) a lancé l'appel d'offres national ouvert n 2018-01/FBDES pour les travaux de construction

du siège de ladite structure à Ouaga 2000 au profit du Ministère de l'économie, des finances et du développement (lots 03, 04 et 05) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de l'entreprise ENERLEC au (lot 03), non conforme au dossier d'appel d'offres aux motifs que l'identité du Directeur des travaux courant fort est différente sur le Diplôme et la CNIB légalisés et qu'il y a absence de certificat d'individualité ; qu'il est déjà affecté sur le chantier DGPN-MINEFID Fada ; qu'elle a fourni pour ce dernier, un Diplôme d'Ingénieur Technologue (Bac+4) au lieu de Diplôme d'Ingénieur en électricité, Electrotechnique (Bac+5) demandé, et qu'il est déjà affecté sur le chantier des travaux de l'Université de Fada ; que le Chef de chantier courant fort est déjà affecté sur le chantier DGPN ; que le plan de charge est non fourni et non conforme au DAO ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir qu'il est mentionné sur le Diplôme du Directeur des travaux, DOANNIO Aubin Didier Ingénieur Génie Industriel option électricité, né le 23 mai 1971 à Ouagadougou et sur la pièce d'identité, DOANNIO Aubin Didier Aristide Henwassi, Ingénieur Electricien, né le 23 mai 1971 à Ouagadougou ; qu'en plus, tous les documents concernés (cv, diplôme, CNIB, engagement de disponibilité) sont dûment signés par le titulaire ; que le Diplôme du Directeur des travaux est un Diplôme d'Ingénieur Technologue Bac +5 avec comme spécialité le Génie Electrique, obtenu à l'Ecole Nationale Supérieure Universitaire de Technologie (ENSUT) de Dakar ; que comme exigé dans le tableau donnant la qualification et l'expérience du personnel clé (Tableau1.7), il a précisé l'affectation du personnel proposé ; que pour les lots secondaires (électricité, climatisation, téléphone), le personnel d'encadrement peut intervenir sur plusieurs chantiers à la fois parce que les interventions se font de façon ponctuelle à des étapes bien précises ; que pour le plan de charge, aucun modèle ne figure dans le DAO ; qu'il a fourni un tableau des marchés en cours d'exécution avec leur pourcentage d'avancement et a joint un plan de charge donnant le maximum d'informations sur la charge de l'entreprise ; qu'il ne comprend pas comment un plan de charge non fourni peut ne pas être conforme ; qu'il pense avoir proposé l'offre économiquement la plus avantageuse avec une différence de 213 897 715 FCFA;

au (lot 05), la CAM a écarté l'offre de l'entreprise COGEA INTERNATIONAL pour correction d'une variation financière de -35% et a déclaré la procédure infructueuse;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir qu'après vérification des calculs de son offre financière, elle a constaté que le montant corrigé et publié par l'administration ne prenait pas en compte les montants du volet système de contrôle et celui du système de vidéo surveillance qui s'élèvent respectivement à 28 264 540 FCFA et 83 125 100 FCFA ; qu'en faisant la somme de toutes les rubriques, on trouve un montant total général de 333 561 220 TTC au lot 05 ; qu'il reconnaît certes qu'il y a une erreur de calcul dans son offre financière, mais que cette erreur n'entraîne pas une variation de -35%, qu'elle est au contraire à -2% qui est dans l'intervalle toléré (+-15%) ;

quant au Groupement TOTAL ACCES/TOTAL ACCES RCI, son offre a été déclarée non conforme aux lots 03, 04 et 05 pour acte d'engagement non signé par le mandataire désigné du groupement ;

le Groupement conteste cette décision de la CAM et fait valoir que pour les lots 03 et 04, l'acte d'engagement a été signé par le mandataire du groupement sur la base d'une procuration établie le 27 juin 2018 en bonne et due forme et donnant pouvoir au Directeur commercial de TOTAL ACCES Burkina Faso ; que l'entreprise TOTAL ACCES Burkina Faso n'est pas allée en groupement au lot 05 de cet appel d'offres ;

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

sur la discussion,

sur le recours de l'entreprise ENERLEC (lot 03),

considérant qu'il est requis un Directeur de travaux courant fort, ingénieur en électricité, électronique ou équivalent ; qu'il ressort de l'article 37.7 que le matériel essentiel et le personnel ne doivent pas être affectés sur d'autres chantiers en cours dont le taux d'exécution est inférieur à 75% ;

considérant que le requérant soutient que le certificat d'identification n'est pas obligatoire, car au regard des signatures, il s'agit de la même personne ; qu'un technologue signifie simplement que le titulaire du diplôme est un ingénieur dont la durée de l'étude est un BAC+5 ; que la CAM aurait pu vérifier l'authenticité du diplôme et son équivalence avant d'en tirer les conséquences ; que le dossier n'a pas donné un modèle de plan de charge ; que celui qu'il a proposé est conforme ; qu'en plus l'article 37.7 ne doit pas lui être appliqué, car les personnes incriminées relèvent du personnel d'encadrement, qui ne sont pas à temps plein sur les chantiers ;

considérant que la CAM fait observer que le diplôme fourni n'est pas un diplôme d'ingénieur BAC +5 ; qu'il a fourni un diplôme d'ingénieur technologue BAC+4 ; que toutes les informations corroborent pour dire qu'il s'agit d'un BAC+4 ; que la différence de prénoms entre le diplôme et la CNIB doit être prouvée par un certificat d'individualité, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ; que pour le plan de charge, il y a des incohérences ; qu'en effet il y a une partie du personnel qui est affectée sur des chantiers en cours d'exécution de moins de 20% ; qu'il n'y a pas de détails sur l'affectation du matériel ;

considérant que l'attributaire provisoire note que le plan de charge du requérant n'est pas conforme aux exigences du dossier ; qu'il y a bel et bien un modèle de plan de charge dans le dossier (point 1.4c) ; que le personnel incriminé n'est pas un personnel d'encadrement ; que mieux son offre est anormalement basse ; que les informations tirées du site de l'université de Dakar sont claires, car le diplôme du requérant est un BAC+4 ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que l'incohérence sur le prénom du Directeur des travaux est une irrégularité mineure ; qu'elle ne saurait être érigée en motif de non-conformité ; que par contre l'ORD note que le plan de charge fourni ne remplit pas les conditions du dossier ; que certains membres du personnel sont affectés sur des chantiers dont le taux d'exécution est inférieur à 75% contrairement au point 37.7 ci-dessus cité ; que contrairement aux informations données par le requérant, il a été établi que le diplôme de technologue qu'il a fourni est un BAC+4 au lieu de BAC +5 requis ; que c'est donc à bon droit que son offre n'a pas été retenue pour ces motifs ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée et de confirmer ainsi les résultats provisoires ;

sur le recours du Groupement TOTAL ACCES/TOTAL ACCES RCI (lots 03 et 04) ;

considérant que le requérant note que pour des raisons personnelles le Directeur de la société mandataire n'a pas pu signer les pages de l'offre ; qu'il a donc donné procuration au Directeur commercial ; que cette procuration est belle et bien valable ;

considérant que la CAM a noté que la décision a été prise après avis du DGCMEF ; que le mandat donné par le chef de file n'est pas valable ; qu'il aurait fallu encore que les deux membres du groupement redonnent mandat au présent signataire de l'offre ;

considérant que l'attributaire provisoire du lot 03 note que la procuration modifie l'accord du groupement de manière substantielle ; que le fait pour le Directeur général de désigner le Directeur commercial porte atteinte à l'autonomie de la volonté des parties ; que le Directeur général a été désigné en tant que personne physique, qu'il ne saurait à son tour donner une autre procuration ; que c'est à bon droit que son offre a été rejetée ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, note que la procuration donnée par le Directeur général au Directeur commercial dans le cas d'espèce est valable ; qu'en effet, il a été désigné dans l'accord du groupement, un chef de file en l'occurrence TOTAL ACCES ; que ce chef de file ainsi désigné agit par le biais de son Directeur général ; que les statuts d'une société sont clairs sur les personnes habilitées à l'engager ; que dans cette logique, il est tout à fait admis que le Directeur général donne une procuration au Directeur commercial pour représenter la société en cas d'indisponibilité ; qu'il n'y a aucune violation de l'autonomie de la volonté des parties au groupement, car en aucun cas ils n'ont désigné le Directeur général, en tant que personne physique, mais en tant que représentant légal de la société TOTAL ACCESS ; qu'interdire ce type de procuration, portera atteinte au bon fonctionnement de la société ; que c'est à tort que la CAM a retenu ce grief ; que cependant, l'attribution devra se faire conformément à la limitation définie par l'avis d'appel d'offres ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et d'infirmier ainsi les résultats provisoires du lot 04 et ce, sur la base du critère de limitation des lots ;

sur le recours de TOTAL ACCES (lot 05) ;

considérant que la CAM a noté qu'il s'agit d'une erreur d'appréciation ; que les plis se sont mélangés avec ceux du groupement ;

considérant que le requérant et l'attributaire provisoire n'ont pas fait de déclarations particulières ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la procuration donnée par le Directeur dans le cas d'espèce est valable ; que mieux, l'autorité contractante reconnaît son erreur d'appréciation ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et d'infirmier ainsi les résultats provisoires ;

sur le recours de COGEA INTERNATIONAL (lot 05) ;

considérant que le requérant note que toutes les rubriques de son offre financière n'ont pas été prises en compte ; que certaines rubriques ne pouvaient pas être prises en compte dans le modèle de cadre de devis donné dans le dossier ; qu'ainsi, il a élaboré un autre tableau pour prendre en compte les montants liés à ces deux rubriques (volets) ;

considérant que la CAM note qu'elle s'est basée sur le récapitulatif fait par le requérant pour apprécier l'offre ; qu'à la suite des explications données, il est constant qu'elle doit reprendre l'évaluation de l'offre financière ;

considérant que le requérant note qu'en tout état de cause si la plainte de TOTAL ACCES est conforme au lot 05, sa plainte devient sans objet, car elle n'est pas la moins disante ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la correction de l'offre du requérant n'a pas été faite dans les règles de l'art ; que la CAM ne doit pas se limiter au récapitulatif, mais plutôt aux sous-totaux, car en cas de contradiction entre lesdites parties de l'offre, ces derniers priment ; que la correction n'est pas régulière ;

que par ailleurs l'ORD note que dans un souci d'efficacité, et au regard du fait que l'offre de TOTAL ACCES devient conforme à ce lot, il convient de dire que la plainte du requérant est sans incidence sur les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-de prendre acte du document de demande de retrait déposé ce jour par EGZP SARL et des informations communiquées par l'autorité contractante sur l'offre de l'intéressé ; de l'entendre en conséquence en matière disciplinaire (lot 1B) ;

-que la plainte de ENERLEC au lot 03 n'est pas fondée sur le diplôme du Directeur des travaux et le plan de charge ;

-que la plainte de Total Accès est fondée au lot 05, la procuration donnée au Directeur commercial étant valable ;

-que la plainte du Groupement Total Accès/Total Accès RCI aux lots 03 et 04 est fondée, la procuration donnée au Directeur commercial étant valable ; que cependant, l'attribution devra se faire conformément à la limitation définie par l'avis d'appel d'offres ;

-que la plainte de COGEA INTERNATIONAL au lot 05 est fondée, car la correction n'a pas été faite dans les règles de l'art ; que cependant, elle est sans incidence sur les résultats provisoires ;

-de confirmer les résultats provisoires des lots 1B et 03 et d'infirmer ceux des lots 4 et 05 de l'appel d'offres national ouvert n°2018-01/FBDES pour les travaux de construction du siège du Fonds burkinabé de développement économique et social (FBDES) ;

-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 août 2018

le Président de séance

Firmin BAGORO