

DECISION N°2019-L0664/ARCOP/ORD

sur demande de retrait de COGEA INTERNATIONAL SARL de la décision rendue par l'ORD en sa séance du 09 décembre 2019, suite au recours de GENERAL-BUSINESS SERVICES SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2019-090/MINEFID/SG/DMP pour l'acquisition et l'installation d'autocommutateurs de combinés téléphoniques et batterie de condensateur au profit des hôtels administratifs (lot 02).

**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/MENEFID du 01 février 2017 portant attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;*
- Vu** *le décret n°2017-0049/PRES/PM/MENEFID 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/MENEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 12 décembre 2019 de l'entreprise COGEA INTERNATIONAL contre la décision n°2019-L0646/ARCOP/ORD rendue par l'ORD en sa séance du 09 décembre 2019, suite au recours de GENERAL-BUSINESS SERVICES SARL ;*

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

en présence de :

- Monsieur Idrissa OUATTARA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Salifou OUOBA, membre de l'ORD ;
- Messieurs B. Adama OUEDRAOGO et Y. Ferdinand KINDA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, messieurs T. Somwaoga KARGOUGOU, Saïdou OUEDRAOGO, Soumaïla SAWADOGO et Lamine YAOLIRE, respectivement, agent, conseil, agent et gérant de COGEA INTERNATIONAL SARL ;
- au titre de l'autorité contractante, messieurs Sékougnien BAKO et Tasséré BONKOUNGOU, tous deux agents à la DMP du MINEFID ;
- au titre de GENERAL-BUSINESS SERVICES SARL, messieurs Leger COULIBALY et N. Maxime YE, respectivement, assistant administratif et directeur général de ladite entreprise ;

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 susvisé reste soumise aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MENEFID 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/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 ci-dessus visé, l'ORD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ; que, par ailleurs, l'article 39 alinéa 1^{er} du décret n°2017-0050 ci-dessus visé dispose que les décisions de l'ORD, en tant qu'actes administratifs, sont susceptibles de retrait dans un délai de quinze (15) jours ouvrables à compter de leur prononcé ;

considérant que l'entreprise COGEA INTERNATIONAL a saisi l'ORD à l'effet de voir retirer sa décision n°2019-L0646/ARCOP/ORD rendue en sa séance du 09 décembre 2019, suite à son recours contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;

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 39, alinéa 1 du décret n°2017-0050 ci-dessus visé, « Les décisions de l'Organe de règlement des différends sont exécutoires dès leur prononcé sauf en cas de retrait dans les quinze (15) jours ouvrables suivant la date de prononcé de celles-ci » ;

considérant que la décision attaquée est intervenue le 09 décembre 2019 ; que le délai pour introduire une demande de retrait auprès de l'ORD courait jusqu'au 02 janvier 2020 ; que la société COGEA INTERNATIONAL a saisi l'ORD par lettre en date du 12 décembre 2019, qu'il apparaît que la condition de délai susmentionnée a été respectée par le requérant ;

qu'en conséquence, sa requête est recevable et mérite d'être appréciée au fond ;

AU FOND :

sur les faits,

le Ministère de l'économie, des finances et du développement (MINEFID) a lancé l'appel d'offres ouvert n°2019-090/MINEFID/SG/DMP pour l'acquisition et l'installation d'autocommutateurs de combinés téléphoniques et batterie de condensateur au profit des hôtels administratifs (lot 02) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) avait déclaré initialement l'offre de GENERAL-BUSINESS SERVICES SARL conforme au lot 02 et attribué le marché à l'entreprise COGEA INTERNATIONAL ; que, par la suite, une publication rectificative intervenue dans le quotidien n°2720 du 05 décembre 2019 déclarait l'offre de GENERAL-BUSINESS SERVICES SARL non-conforme pour insuffisance de son chiffre d'affaires au lot 02 ;

GENERAL-BUSINESS SERVICES SARL avait contesté cette décision de la CAM en soutenant que les chiffres d'affaires moyens requis dans la commande publique ne sont pas cumulables ; que lorsqu'un candidat ou un soumissionnaire désire participer à plusieurs lots de la procédure, la prise en compte du chiffre d'affaires dans un premier lot ne diminue pas la capacité financière ni, le quantum du chiffre d'affaires du soumissionnaire au lot suivant ;

considérant que l'ORD, après avoir examiné les différentes pièces, par décision du 09 décembre 2019, a conclu que la plainte de GENERAL-BUSINESS SERVICES SARL est fondée et, par conséquent, a infirmé les résultats provisoires de l'appel d'offres suscité ;

contre cette décision la société COGEA INTERNATIONAL a introduit une demande de retrait et a fait valoir que l'exigence d'un montant différent par lot, et au regard de la nature et de la finalité du chiffre d'affaires, l'interprétation non équivoque est qu'en cas de lot multiple, il y a cumul ; que les capacités financières requises ne sauraient se confondre à celles techniques (marchés similaires, agrément, inscription à un ordre) ; qu'en effet, quand il est requis une capacité financière, la taille ou le volume doit être toujours précisé par le DAO, ce qui a été fait à travers la présente procédure ; qu'ainsi, l'article 83 alinéa 3 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, en disposant que le DAO fixe les conditions imposées aux candidats pour souscrire à un (01) ou plusieurs lots et les modalités de leur attribution,

le DAO en exigeant qu'il faut un montant bien déterminé par lot pour la caution de soumission, la ligne de crédit et le chiffre d'affaires, attend de tout soumissionnaire un montant cumulé si ce dernier veut participer à plusieurs lots ;

que le chiffre d'affaires (capacité financière) exigé étant toujours fonction du volume financier du marché à passer, si le DAO était à lot unique, il serait de 270 000 000 FCFA ; que, dès lors, GBS SARL ne pouvait même pas conquérir pour un seul lot ; que l'allotissement multiple ne saurait dénaturer la finalité de l'exigence du chiffre d'affaires ; que, c'est donc à tort, que la décision attaquée laisse penser que la fourniture de caution, chiffres d'affaires, ligne de crédit du lot le plus élevé dans une procédure vaut pour les autres lots en cas d'allotissement multiple ;

qu'en conséquence, il sollicite de l'ORD le retrait de cette décision ;

sur la discussion,

considérant que le requérant a noté que le dossier ayant requis 120 000 000 FCFA et 150 000 000 FCFA de chiffre d'affaires respectivement pour les lots 01 et 02 ; qu'il s'agit d'une capacité financière qui est distincte des capacités techniques ; que cela sous-entend un cumul desdites capacités ; qu'il s'agit là du sens de l'allotissement de la procédure ; qu'en lot unique, l'autorité contractante aurait exigé 270 000 000 FCFA ; que cette décision de l'ORD qui prononce le non cumul du chiffre d'affaires ne tient pas compte de cet élément important ;

considérant que GBS Sarl a précisé que le dossier d'appel d'offres (DAO) n'a pas prévu le cumul des chiffres ; que l'autorité contractante aurait pu poser clairement le principe du cumul dans le DAO ; qu'il sollicite de l'ORD la confirmation de sa première décision ;

considérant que la CAM a expliqué que l'exigence de chiffre d'affaires par lot avec des montants différents est une preuve suffisante qu'un soumissionnaire, pour espérer être attributaire auxdits lots, doit satisfaire cumulativement aux montants requis ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que le chiffre d'affaires étant requis par lot, tout candidat doit satisfaire aux conditions requises par lot ; que le chiffre d'affaires est un élément de capacité financière et non de capacités technique ; que conformément à l'article 39.3 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID, il est constant que le chiffre d'affaires est un élément de capacité financière dont la détermination est fonction du volume de l'enveloppe prévisionnelle du marché tel que établi dans les dossiers standards d'acquisition ; que c'est la preuve que le niveau de chiffre d'affaires requis est intimement lié au volume financier du marché ou des marchés auxquels l'on est candidat ;

que, du reste, l'un des objectifs de l'allotissement des procédures est de permettre à la petite et moyenne entreprise (PME) d'y prendre part en se contentant du lot pour lequel elle a les capacités techniques et financières ;

qu'a contrario, le candidat qui s'estime fort pour participer à tous les lots doit nécessairement justifier de pouvoir remplir toutes les conditions cumulées de l'ensemble desdits lots ;

qu'il s'en suit en définitive que les chiffres d'affaires doivent être cumulés selon le nombre de lots auxquels le candidat soumissionne ;

considérant, cependant, que la décision antérieure n°2019-L0646/ARCOP/ORD du 09 décembre 2019 a prévu autrement, il y a lieu de la retirer ; que statuant à nouveau, la plainte initiale de GBS SARL n'est pas fondée car les chiffres d'affaires doivent être cumulés selon le nombre de lots auxquels le candidat soumissionne ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et qu'il sied de retirer la décision querellée et de confirmer les résultats provisoires publiés dans la revue des marchés publics n°2720 du jeudi 05 décembre 2019 ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que la demande de retrait de l'entreprise COGEA INTERNATIONAL est recevable ;

-que l'appel d'offres susvisé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-que la demande de retrait de COGEA INTERNATIONAL est fondée ; qu'il convient de retirer la décision n°2019-L0646/ARCOP/ORD du 09 décembre 2019 ; qu'en effet, conformément à l'article 39.3 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID, il est constant que le chiffre d'affaires est un élément de capacité financière dont la détermination est fonction du volume de l'enveloppe prévisionnelle du marché ; qu'il s'en suit que les chiffres d'affaires doivent être cumulés selon le nombre de lots auxquels le candidat soumissionne ;

-que, statuant à nouveau, le recours de GENERAL BUSINESS SERVICES Sarl n'est pas fondé ; que le chiffre d'affaires est cumulable pour plusieurs lots conformément aux dispositions pertinentes sus visées ;

-de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2019-090/MINEFID/SG/DMP pour l'acquisition et l'installation d'autocommutateurs de combinés téléphoniques et batterie de condensateur au profit des hôtels administratifs (lot 02) publiés dans le quotidien n°2720 du 05 décembre 2019 ;

-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 16 décembre 2019

Le Président de séance

Ibrahim SOKOTO