

**AUTORITE DE REGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

BURKINA FASO

UNITE – PROGRES – JUSTICE

**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2020-L0199/ARCOP/ORD

sur recours de GES-NATOBE SARL et de ECOF SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2020-01/CR-KSG/M/PRM pour la construction d'infrastructures dans la Commune de Komsilga (lot 01).

**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, ensemble ses modificatifs ;*
- Vu** *le décret n°2017-0051/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Vu** *la circulaire n°2020-0056/ARCOP/PCR du 19 mars 2020 portant aménagement du fonctionnement de l'ORD ;*
- Vu** *les écritures et pièces du dossier ;*
- Sur** *recours par lettres en date du 11 mai 2020 de GES-NATOBE SARL et de ECOF SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Monsieur Adama NABALOUM, membre de l'ORD ;
- Monsieur Sibila François YAMEOGO, membre de l'ORD ;
- Messieurs Moïse BAKORBA et. A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD;

et conformément à la circulaire n°2020-0056/ARCOP/PCR du 19 mars 2020 sus visée, les parties n'ont pas été représentées ; elles ont cependant été invitées à produire leurs moyens de défenses par écrit ;

dans cette logique, le mémoire en défense la Commune de Komsilga a été enregistré par lettre en date du 13 mai 2020 ;

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 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 les recours concernent la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres n°2020-01/CR-KSG/M/PRM pour la construction d'infrastructures dans la Commune de Komsilga (lot 01) ;

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

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°2830 du jeudi 07 mai 2020, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 11 mai ; que GES-NATOBÉ SARL et ECOF SARL ont saisi l'ORD par lettres en date du 11 mai 2020; 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,

la Commune de Komsilga a lancé l'appel d'offres n°2020-01/CR-KSG/M/PRM pour la construction d'infrastructures (lot 01) à son profit ;

la commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de GES-NATOBÉ SARL conforme, cependant, elle a été pénalisée de 14.636.140 FCFA HTVA due au délai d'exécution 120 jours proposé ;

l'offre de ECOF SARL a été déclarée non conforme non conforme aux motifs qu'aucun des CV fournis ne permet d'apprécier l'expérience similaire au cours des trois dernières années comme requis, qu'aucune des références de l'entreprise ne présente une complexité technique similaire à celle requise (construction de salles de classe et d'hébergement au lieu de construction de salle de réunion ou assimilée), qu'il a proposé une citerne à carburant de 8460 litres au lieu de citerne à eau de 10.000 litres requise, que la capacité de la citerne à eau tractable est largement inférieure à celle requise (3000 litres au lieu de 10.000 requises) ; que l'offre a été pénalisée de 15.829.017 FCFA HTVA due au délai d'exécution 120 jours proposé ;

les requérants contestent cette décision de la CAM :

GES-NATOBÉ SARL fait remarquer que conformément aux IC, les ajustements résultant de l'utilisation des facteurs d'évaluation additionnels indiqués aux DPAO sont applicables le cas échéant ; que de ce fait, les données particulières de l'appel d'offres expliquent clairement comment les ajustements sont utilisables, déterminent les méthodes de calcul et renseignent un intervalle de délai d'exécution compris entre 100 jours minimum et 120 jours maximum ; que du reste, les IC au point F.37.1 disposent : « l'autorité contractante attribuera le Marché au soumissionnaire dont l'offre conforme aura été évaluée conforme la moins disante en fonction des critères exprimés en termes monétaires ; à condition que le candidat soit en outre jugé qualifié pour exécuter le Marché de façon satisfaisante » ; qu'il s'en suit qu'il devrait être déclaré attributaire du marché ;

ECOF SARL soutient que le personnel qu'il a proposé dispose de plus de 05 ans d'expérience globale en travaux comme l'attestent les diplômes, les attestations de formation et de travail joints ; que tout le personnel justifie de plus de 02 projets similaires ; que l'expérience spécifique en nombre de projets similaires exigée du personnel n'est pas à justifier sur les 03 dernières années à l'image de que la CCAM entend des soumissionnaires ; qu'en atteste la décision n°2019-L0317/ARCOP/ORD du 06 août 2019 ;

que par ailleurs, la CCAM a fait une confusion entre marchés similaires et marchés identiques ; qu'il a fourni des marchés portant sur la construction de bâtiments administratifs, de site d'hébergement, de salles de classe, de lycée, de maternité et de CSPS ; qu'un marché similaire n'est pas nécessairement un marché identique mais c'est aussi un marché « proche de... », « voisin de ... » ; que c'est du reste la position de l'ORD dans sa décision 2019-L0347/ARCOP/ORD du 16/08/2019 ;

que relativement à la citerne à eau de 10.000 litres, il a fourni un camion-citerne de 8.500 litres et une citerne à eau tractée de 3000 litres avec une capacité totale de 11.500 litres ;

que le DAO porte en lui-même une contradiction grave sur le délai d'exécution ; qu'en effet, selon les IC des DPAO, le délai d'exécution des travaux devra être compris entre 75 jours et 120 jours tandis que le point IC 32.2 des DPAO dispose que le délai moyen d'exécution est de 100 jours et le délai maximum est de 120 jours ; que conformément aux IC 32.2 d), les offres proposant un délai d'exécution compris entre 100 et 120 jours seront pénalisées pour chaque jour supplémentaire au délai moyen d'exécution de 100 jours ; que cette contradiction fait que le critère d'évaluation complexe lié au délai d'exécution ne peut plus être pris en compte ;

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

sur la discussion,

considérant qu'il ressort du point IC 32.3 d. des données particulières que les ajustements seront calculés en utilisant les critères d'évaluation suivants :

- le délai moyen d'exécution est 100 jours et le délai maximum est de 120 jours ;
- qu'aucun bonus ne sera accordé pour une exécution des travaux avant le délai moyen ;
- toutes offres proposant un délai supérieur au délai maximum sera écartée ;
- toutes les offres proposant un délai compris entre 100 et 120 jours seront pénalisées pour chaque jours supplémentaire au délai moyen d'exécution ;

qu'une formule de calcul très explicite a été clairement donné dans le dossier ;

considérant que la CAM a soutenu dans son mémoire en défense que le requérant GES-NATOBE Sarl n'a pas compris le dossier ; que son offre a été pénalisée conformément aux exigences du dossier ; qu'elle a aussi maintenu les motifs de non-conformité relevés contre ECOF ;

considérant que l'attributaire provisoire n'a pas fourni d'écritures dans le cadre de cette affaire ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que les pénalités qui ont été appliquées sur les offres des deux requérants ont été faites conformément aux clauses du DAO ; que cette pénalité faite pour les besoins de la comparaison, rend leurs offres moins avantageuses pour l'administration ; que c'est à bon droit qu'elles n'ont pas été retenues ;

que les CV du personnel de ECOF ne permettent pas d'apprécier leur expérience au cours des trois dernières années ; que par contre, l'ORD a noté que ECOF a valablement justifié le matériel et ses références similaires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours de GES-NATOBÉ SARL et de ECOF SARL sont recevables ;

-que l'appel d'offres 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 les plaintes de GES-NATOBÉ SARL et de ECOF SARL ne sont fondées, la CCAM ayant régulièrement appliqué les critères d'évaluation complexe du dossier d'appel d'offres hormis les griefs reprochés à ECOF sur les marchés similaires et la citerne ;

-de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2020-01/CR-KSG/M/PRM pour la construction d'infrastructures dans la Commune de Komsilga (lot 01) ;

-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 où besoin sera.

Ouagadougou, le 13 mai 2020

Le Président de séance

Ibrahim SOKOTO