

DECISION N°2021-L0041/ARCOP/ORD

sur recours de MAXIMUM PROTECTION (lots 01 et 02) et de B.P.S PROTECTION SARL (lot 02) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert à commande n°2021-001/UJKZ/P/SG//PRM pour le gardiennage et la sécurisation des locaux de l'Université Joseph KI ZERBO.

**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 date du 29 janvier 2021 de MAXIMUM PROTECTION et BPS Protection SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité (lots 01 et 02) ;*

présidé par Madame Ida OUEDRAOGO/PARE, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Adama NABALOUM, membre de l'ORD ;
- Monsieur Dieudonné SOUDRE, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :
 - Messieurs Moumouni GNESSIEN et Albert BONOGO, respectivement avocat conseil et associé de MAXIMUM PROTECTION ;
 - Messieurs Amos B. GUITANGA et Jules H. YARGA, respectivement Gérant et Comptable de BPS PROTECTION SARL ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Tolo SANOU et Brahima SANOU, respectivement Personne responsable de marchés et SCP/DAF de l'UJKZ ;
- au titre des attributaires provisoires :
 - Messieurs Issa DERA et Boureima OUEDRAOGO et Harouna SINARE, respectivement Contrôleur, Conseiller technique et Agent de BBC SECURIY (lot 01) ;
 - Messieurs Lambert BAKOUAN et Boris BAKOUAN, respectivement Représentant et Contrôleur de GPS (lot 02) ;

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 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 de l'appel d'offres ouvert à commande n°2021-001/UJKZ/P/SG//PRM pour le gardiennage et la sécurisation des locaux de l'université Joseph KI ZERBO ;

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°3019 du mercredi 27 janvier 2021, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au vendredi 29 janvier 2021 ; que de MAXIMUM PROTECTION (lots 01 et 02) et de B.P.S PROTECTION SARL (lot 02) ont saisi l'ORD par lettre en date du 29 janvier 2021 ; qu'ils ont ainsi satisfait à la condition de délai susmentionnée ; que, par ailleurs, le recours est conforme 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 le déclarer recevable ;

AU FOND :

sur les faits,

l'Université JOSEPH KI-ZERBO (UKZ) a lancé l'appel d'offres ouvert à commande n°2021-001/UJKZ/P/SG//PRM pour le gardiennage et la sécurisation des locaux de l'Université Joseph KI ZERBO ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) de l'Université a déclaré l'offre de MAXIMUM PROTECTION non conforme aux motifs de chiffre d'affaires non certifié par la DGI (lot 01) et de nombre de vigiles du lot 02 incomplet car sept (07) d'entre eux figurent au lot 01 (lot 02) ;

quant à BPS Protection SARL, son offre a été déclarée non conforme au motif que le diplôme du contrôleur OUEDRAOGO Larba Paul W. n'a pas été fourni ;

les requérants contestent cette décision de la CAM :

MAXIMUM PROTECTION fait valoir qu'au lot 01, le DAO à la clause 5.2. b. des instructions aux candidats dispose que : « la justification de la capacité économique et financière du soumissionnaire est constituée de la présentation des états financiers d'extrait d'états financiers certifiés par un expert-comptable agréé ou un comptable agréé inscrit à l'Ordre national des experts comptables agréés » ;

que le même DAO, à sa page 45, précise en nota bene que le chiffre d'affaires annuel moyen est calculé en divisant le total des paiements ordonnancés pendant la période par le nombre d'année spécifié, il doit être certifié par un expert-comptable agréé; que conformément au DAO, il a produit dans l'offre technique un chiffre d'affaires certifié par un expert-comptable agréé inscrit au tableau de l'Ordre national des experts comptables et comptables agréés du Burkina Faso (ONECCA-BF); que c'est donc à tort que l'autorité contractante lui reproche une telle allégation ;

qu'au lot 02, la CAM n'a pas été explicite dans son commentaire ; qu'il comprend néanmoins qu'elle veut dire que le nombre de vigiles au lot 02 est complet mais sept (07) noms figurent au lot 01 ; que ce grief n'est pas valable et motivant pour écarter son offre pour les raisons que le DAO a demandé le nombre des vigile et non des noms de vigiles ; qu'il n'y a aucune base légale interdisant que des noms figurent sur plusieurs lots ; qu'il a fourni dans l'offre technique, une équipe de renfort de 30 vigiles susceptibles de remplacer ou appuyer les autres vigiles sur les sites ; que l'UJKZ a un effectif supplémentaire de 30 vigiles sur la normale ;

que l'arrêté n°2019-396/MINIFID/CAB portant adoption des spécifications techniques standard des prestations de gardiennage des bâtiments à sa page 12 dispose que : « Pour les vigiles, les pièces justificatives (attestation sur l'honneur ou CEPE) sont fournies après l'attribution du marché mais avant la contractualisation » ; que suivant cet arrêté, il n'est pas tenu de produire des diplômes, des CV et attestation des vigiles permettant d'identifier les vigiles à la soumission ; que les pièces justificatives des vigiles sont demandées après l'attribution et non à la soumission ; que l'engagement sur l'honneur sur les vigiles est suffisant à la soumission et il a joint cette attestation dans l'offre technique ;

qu'en outre, au lot 01, aucun des soumissionnaires jugés conformes (ASPG et BBC SECURITY SARL) n'a fourni un chiffre d'affaires moyen des trois dernières années comme exigé dans les données particulières à l'item IC 5.1 ; que l'exercice 2020 étant clôt au 31 décembre 2020, la période des trois dernières années du DAO doivent s'étaler sur les exercices de 2018, 2019 et 2020 ; que toute production de chiffre d'affaires dont l'exercice 2020 n'est pas inclus ne respecte pas les exigences des trois dernières années du DAO ;

que le DAO ayant clairement invité tous les soumissionnaires à la page 45 à faire certifier leur chiffre d'affaires par un expert-comptable agréé, les soumissionnaires ne peuvent pas s'excuser en disant que le chiffre d'affaires de 2020 ne peut pas être produit présentement à la DGI pour ceux qui ont pris le chiffre d'affaires en provenance de la DGI ; que ce motif est infondé car la DGI n'a jamais rejeté le dépôt de bilan d'un contribuable le 02 janvier et refusé la production de son chiffre d'affaires 2020 avant la date de dépouillement qui était prévu le 11 janvier 2021 ; que la date limite de dépôt des bilans prévue au 30 avril de chaque année est un délai de grâce permettant à tout retardataire notoire de pouvoir se rattraper ; que cette date du 30 avril n'a jamais été la date du dépôt des bilans mais plutôt une date limite ou une date de délai de grâce ; que c'est donc à tort que l'autorité contractante a déclaré les offres de ces concurrents conformes ;

qu'en plus, le soumissionnaire GPS n'a pas fourni un chiffre d'affaires moyen des trois dernières années comme exigé dans les données particulières à l'item IC.5.1 ; c'est donc à tort que l'UJKZ a déclaré conforme l'offre de GPS ;

quant à BPS PROTECTION SARL, il argue que le diplôme dudit contrôleur a bel et bien été fourni et classé dans le lot 01 ; que c'est comme s'il classait toutes les deux cautions dans un seul lot ou voir même dans l'offre financière, il n'y a aucune raison que ces cautions ne soient pas prises en compte ; qu'aussi, étant donné que l'enveloppe constitue une seule offre et que le diplôme du contrôleur s'y trouve, il estime qu'il convient de le prendre en compte dans l'analyse ;

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

sur la discussion,

sur le recours de MAXIMUM PROTECTION (lots 01 et 02),

considérant que les données particulières du dossier a fait obligation aux soumissionnaires de présenter une certification de chiffres d'affaires ;

considérant que le point 5.2 des Instructions aux candidats a mentionné les états financiers ou leurs extraits certifiés par un expert-comptable agréé ou un comptable agréé inscrit à l'Ordre national de la profession comme preuve justifiant la capacité économique et financière des soumissionnaires ;

qu'en sus, le formulaire FIN 2.2 du DAO relatif au chiffre d'affaires annuel moyen oblige les soumissionnaires à présenter les éléments du chiffre d'affaires par année dans un tableau ; qu'en nota bene, il est précisé que ce chiffre d'affaires « doit être certifié par un expert-comptable agréé » ;

considérant que la CAM, tout en reconnaissant que les prescriptions des données particulières dont elle se prévaut ne font pas mention d'un chiffre d'affaires certifié par les services des impôts, relève qu'il s'agit d'une pratique constante reconnue que le chiffre d'affaires doit être certifié par la Direction générale des impôts ;

considérant que le requérant, en réplique, a estimé qu'il a bien respecté le DAO en présentant une certification par un expert-comptable agréé inscrit à l'ONECCA ; qu'il s'agit de l'une des preuves que la réglementation en la matière autorise et qui a été également mentionnée dans le DAO ;

considérant que, sur la question du personnel insuffisant au lot 02, la CAM a estimé que ce personnel n'est plus disponible pour le lot 02 ;

considérant que l'attributaire provisoire n'a pas fait d'observations particulières ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a jugé que la plainte de MAXIMUM PROTECTION est fondée aux deux (02) lots ;

que, sur le 1^{er} point (lots 01 et 02), le point IC 5 des données particulières exige un chiffre d'affaires sans autres précisions alors que le formulaire FIN 2.2 relève qu'il doit être certifié par un expert-comptable agréé ; qu'au regard des textes régissant les marchés publics, la certification du chiffre d'affaires par un expert-comptable agréé ne peut être rejetée car il s'agit de l'une des formes de preuve valide ; qu'il ne peut en être autrement ce d'autant plus que la certification par les services des impôts n'a pas été expressément requise ;

que, sur le nombre des vigiles au lot 02, la plainte de MAXIMUM PROTECTION est fondée ; que la CAM ne pouvait considérer que les sept (07) vigiles sont déjà pris dans le lot 01 alors que l'offre du requérant y a été déclarée non conforme ; que, cependant, les sept (07) vigiles concernés ne pourront plus servir pour le lot 01 ;

qu'en définitive, la plainte du requérant est fondée de telle sorte qu'il convient d'infirmes les résultats provisoires ;

considérant que le requérant a également souhaité le rejet des offres des attributaires provisoires en raison du fait qu'ils n'ont pas produit la certification de leurs chiffres d'affaires des trois (03) dernières années y compris l'année 2020 ; que, sur cette question, l'ORD a constaté, qu'au-delà de la date limite de déclaration aux services des impôts fixée au 30 avril de l'année concernée + 1, le présent appel d'offres a été initiée le 24 décembre 2020 ; que, dans ces conditions, le DAO n'a pas pu vouloir demander le chiffre d'affaires de l'année 2020 ;

qu'en conséquence, les chiffres d'affaires des années 2017, 2018 et 2019 sont valables ; que la plainte est donc non fondée sur cet aspect (lots 01 et 02) ;

sur le recours de BPS Protection SARL (lot 02),

considérant que la CAM a relevé que, suite au présent recours, elle a vérifié la présence du diplôme du contrôleur dans le lot 01 comme indiqué par la société requérante ; qu'en effet, elle l'y a découvert le parchemin manquant du sieur OUEDRAOGO Larba Paul ; qu'elle a fait remarquer que c'est de bonne foi que l'offre avait été rejetée car BPS Protection n'a pas fourni le diplôme dans le lot concerné ;

considérant que l'attributaire provisoire n'a pas fait d'observations particulières ;

considérant que l'ORD a estimé que la société requérante aurait pour mieux présenter son offre ; que cependant cette situation n'est pas de nature à entraîner le rejet d'une offre tant que la pièce recherchée se trouve être présente dans le plis ou l'offre déposé(e) dans les conditions régulières ; qu'il s'en suit que la plainte est fondée et que l'offre de la société requérante doit être réintégrée ;

par ces motifs,

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours de MAXIMUM PROTECTION (lots 01 et 02) et de B.P.S PROTECTION SARL (lot 02) 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 la plainte de MAXIMUM PROTECTION (lots 01 et 02) est fondée ; que le point IC 5.1 des données particulières exige un chiffre d'affaires sans autres précisions alors que le formulaire FIN 2.2 relève qu'il doit être certifié par un expert-comptable agréé ; que sur le nombre des vigiles au lot 02, sa plainte est fondée ; que, cependant, les sept (07) vigiles ne pourront plus servir pour le lot 01 ;

-que, par ailleurs, l'on ne peut rejeter les offres des soumissionnaires qui n'ont pas fourni le chiffre d'affaires de l'année 2020, la procédure d'appel d'offres datant du 24/12/2020 (lots 01 et 02) ;

-que la plainte de B.P.S PROTECTION SARL (lot 02) est fondée ; que le diplôme du contrôleur retrouvé dans le document du lot 01 doit être pris en compte ;

-d'infirmes les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert à commande n°2021-001/UJKZ/P/SG//PRM pour le gardiennage et la sécurisation des locaux de l'université Joseph KI ZERBO (lots 01 et 02) ;

-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 02 février 2021

La Présidente de séance

Ida OUEDRAOGO/PARE
Chevalier de l'Ordre de l'Etalon