

**DECISION N°2021-L0052/ARCOP/ORD**

sur recours de PANTHERE SERVICES contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2021-01/RCEN/PKAD/CR-KSG/M/PRM portant construction de boutiques de rue dans la Commune de Komsilga (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/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 procédure 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 lettre en date du 08 février 2021 de PANTHERE SERVICES contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée (lot 02) ;*

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

en présence de :

- Monsieur Charles Marie Bernard SORGHO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Jean Urbain KORSAGA, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Madame Corinne W. OUEDRAOGO et Monsieur Saidou OUEDRAOGO, respectivement Juriste et Conseil de l'entreprise PANTHERE SERVICES ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur S. Aboubacar TRAORE, Personne responsable des marchés de la Commune de Komsilga ;

- au titre de l'attributaire provisoire : régulièrement convoqué mais ne s'est pas fait représenter ;

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 la demande de prix sus visée reste soumise 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 la demande de prix n°2021-01/RCEN/PKAD/CR-KSG/M/PRM portant construction de boutiques de rue dans la Commune de Komsilga (lot 02) ;

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 la demande de prix ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien n°3025 du jeudi 04 février 2021 et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 08 février 2021; que PANTHERE SERVICES a saisi l'ORD par lettre en date du lundi 08 février 2021; 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,**

la Commune de Komsilga a lancé la demande de prix n°2021-01/RCEN/PKAD/CR-KSG/M/PRM portant construction de boutiques de rue dans la Commune de Komsilga (lot 02) ;

la Commission communale d'attribution des marchés (CCAM) a déclaré l'offre de PANTHERE SERVICES conforme mais elle ne lui a pas attribué le marché aux motifs que le délai d'exécution proposé est de 60 jours ; que les pénalités par rapport au délai d'exécution sont de 5.032.440 F CFA HTVA ;

le requérant conteste cette décision de la CCAM et fait valoir que ces motifs ne sont ni fondés, ni justifiés pour écarter son offre de l'attribution du marché ; qu'en rappel, le dossier de demande de prix à sa page 17 des IC 17.3, a énuméré de façon limitative les éléments à considérer pour l'évaluation d'une offre ; qu'aussi, les IC 17.3(e) relatives aux variantes d'exécution précisent au troisième point que les offres proposant un délai compris entre quarante-cinq (45) et soixante (60) jours, seront pénalisées pour chaque jour supplémentaire au délai minimum d'exécution qui est quarante-cinq (45) jours ;

il relève que, par contre, en se référant au dossier type de demande de prix travaux IC 17.3(e) sur les variantes de délai d'exécution, il est prévu que la méthode d'évaluation doit être précisée, sous forme de l'ajout au prix de l'offre, d'un montant spécifique par semaine de retard à partir d'un délai d'exécution minimum, montant lié au préjudice estimé du Maître d'Ouvrage ; que le montant de cette pénalité d'évaluation doit être inférieur ou égal au montant des pénalités de retard figurant au CCAP ; qu'il ressort clairement de cette disposition que les pénalités par rapport au délai d'exécution s'appliquent par semaine et non par jour ; qu'aussi son taux ne saurait excéder 5% du montant HTVA ;

qu'il est clairement donc établi deux types de violation du dossier type par le dossier de demande de prix ; tandis que le dossier type prévoit un montant spécifique par semaine et inférieur ou égal au montant des pénalités figurant aux CCAP, le dossier de demande de prix en dispose autrement, en contradiction et violation flagrantes du texte de rattachement ; qu'ainsi, toute exigence contraire est nulle et non avenue au regard du dossier standard de demande de prix pour la passation des marchés de travaux pris par l'arrêté n°2018-056/MINEFID/CAB du 09/02/2018 ; que selon la circulaire n°194-2013/ARMP/CR du 06/08/2013, une telle mention ou exigence ne saurait être invoquée pour évaluer une offre ;

que sur ce point, il est réconforté par la jurisprudence constante et abondante de l'ORD dans des cas similaires ; que même en appliquant la variante du délai d'exécution illégal car contraire au dossier type, sa pénalité étant de 5.032.440 F CFA équivalent à environ trente-deux pour cent (32) ; que le taux est largement supérieur à celui de cinq pour cent (5%) du montant de son offre (766.835,6 F CFA) ; que ce montant ne saurait être supérieur à 5%, d'où  $15.336.712 + (15.336.712 \times 5\%) = 16.103.547,6$  F CFA ; qu'il en résulte que ce montant pénalisé reste inférieur à celui de l'offre financière de l'attributaire provisoire (16.411.480 F CFA) ; que par conséquent, PANTHERE SERVICES mérite l'attribution du marché ;

il sollicite donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de le rétablir dans ses droits;

#### **sur la discussion,**

considérant que le point IC 17.3 (e) des données particulières du dossier a prévu un délai d'exécution minimum de quarante-cinq (45) jours et un délai d'exécution maximum de soixante (60) jours ; qu'il est aussi précisé que les offres proposant un délai compris entre 45 et 60 jours seront pénalisés pour chaque jour supplémentaire au délai minimum de 45 jours ;

considérant que, dans le dossier standard de demande de prix pour la passation des marchés de travaux, le point IC 17.3 (e) relatif aux variantes de délai d'exécution permet effectivement d'utiliser le délai comme un élément d'évaluation complexe avec cependant le délai spécifié en terme de semaine ; qu'il est également affirmé que le « montant de cette pénalité d'évaluation doit être inférieur ou égal au montant des pénalités de retard figurant au CCAP » ;

considérant que le requérant a rappelé ses arguments et moyens ci-dessus mentionnés ;

considérant que le représentant de la CAM a admis que le présent dossier n'est pas totalement conforme au dossier standard ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que le dossier de l'autorité contractante présente des insuffisances sur le critère du délai à considérer dans l'évaluation des offres ;

qu'en effet, le dossier n'est pas conforme aux indications du dossier standard notamment quant à la limite des pénalités de retard qui ne doivent pas dépassé 5% du montant du marché HTVA augmenté ou diminué des avenants conformément aux prescriptions du CCAP ;

qu'en l'espèce, les pénalités sur les délais d'exécution de 5 032 440 FCFA HTVA dépassent de loin le taux de 5% ; qu'il s'en suit que la CAM n'a pas bien procédé en appliquant ces pénalités sans limite ; que la plainte du requérant est donc fondée sur ce point ; que la formule de calcul de la variation du délai d'exécution prévue au dossier doit être aménagée en tenant compte de la limite de 5% des pénalités de retard conformément au point IC 17.3 (e) du dossier standard ;

qu'en ce qui concerne cependant la période en jours ou en semaines de retard, il n'y a pas lieu à rejeter la formule du dossier, car l'utilisation cohérente de l'une des deux (02) périodes n'a pas d'impact sur le résultat ;

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 ;

par ces motifs ;

#### **DECIDE :**

**-qu'il est compétent ;**

**-que le recours de PANTHERE SERVICES est recevable ;**

**-que la demande de prix sus visée reste soumise 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 PANTHERE SERVICES est fondée ; que la formule de calcul de la variation du délai d'exécution prévue au dossier doit être aménagée en tenant compte de la limite de 5% des pénalités de retard conformément au point IC 17.3 (e) du dossier standard ;**

**-d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n°2021-01/RCEN/PKAD/CR-KSG/M/PRM portant construction de boutiques de rue dans la Commune de Komsilga ;**

**-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 10 février 2021

Le Président de séance

**Issa ZERBO**