

DECISION N°2021-L0124/ARCOP/ORD

sur recours de WATAM SA contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2021-01/R.SUO/P.NBL/C.KPR/CCAM pour l'acquisition d'un tracteur + équipement au profit de la Mairie de Kpouéré.

**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 ;
- Sur** recours par lettre en date du 1^{er} avril 2021 de WATAM SA contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;

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

en présence de :

- Monsieur Adama NABALOUM, membre de l'ORD ;
- Monsieur Soter Caius RAYAISSE, membre de l'ORD ;
- Monsieur A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Monsieur Laurent ZONGO, agent de WATAM SA ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Sami KAMBOU et Yanik Clément OUEDRAOGO, respectivement personne responsable des marchés et agent de la commune de Kpouéré ;

- au titre de l'attributaire provisoire, l'ENTREPRISE BOUTIQUE PALE, régulièrement convoquée mais absente ;

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/R.SUO/P.NBL/C.KPR/CCAM pour l'acquisition d'un tracteur + équipement au profit de la Mairie de Kpouéré ;

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 des marchés publics n°3063 du mardi 30 mars 2021, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au jeudi 1^{er} avril 2021 ; que WATAM SA a saisi l'ORD par lettre en date du jeudi 1^{er} avril 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 1^{er} 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 Kpuéré a lancé la demande de prix n°2021-01/R.SUO/P.NBL/C.KPR/CCAM pour l'acquisition d'un tracteur + équipement à son profit ;

la Commission communale d'attribution des marchés (CCAM) a déclaré l'offre de WATAM SA non conforme aux motifs que le montant de son offre est supérieur au budget prévisionnel et que l'entreprise est défaillante au regard de la décision 2020-D023/ARCOP/ORD du 23 décembre 2020 ;

le requérant conteste cette décision de la CCAM et soutient qu'en ce qui concerne le premier grief qui lui est reproché, la CCAM a agi en méconnaissance du principe cardinal posé par l'article 2 de la loi N°039-2016/AN portant réglementation générale de la commande publique qui fait obligation aux autorités contractantes de choisir l'offre conforme la moins disante et dont le soumissionnaire satisfait aux critères de qualification ; qu'en effet, la CCAM a déclaré l'offre de l'entreprise BOUTIQUE PALE conforme avec un montant hors taxes de treize millions trois cent mille (13.300.000) francs CFA, alors que son montant hors taxes est de treize millions cent trente-cinq mille cinq cent quatre-vingt-treize (13.135.593) F CFA et quinze millions cinq cent mille (15.500.000) F CFA toutes taxes comprises ;

que pour ce qui est du second grief, il estime que le qualificatif d'entreprise défaillante, n'est pas un obstacle à la participation à une procédure concurrentielle ;

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

sur la discussion,

considérant que le budget prévisionnel de cette acquisition est de 13 500 000 FCFA TTC ;

que l'offre du requérant de 15 500 000 FCFA TTC est effectivement hors budget ;
que c'est donc à bon droit que la CAM n'a pas retenu son offre sur ce fondement ;

que dans cette même logique, l'ORD a jugé que l'attribution du marché à l'entreprise BOUTIQUE PALE pour un montant de 13 300 000 FCFA HTVA n'est pas régulière ; qu'en effet, son montant est supérieur au budget prévisionnel hors TVA de 11 440 678 FCFA ; que cette situation s'explique par le fait que conformément au principe de traitement égalitaire des soumissionnaires, l'attributaire provisoire étant sous le régime simplifié d'imposition doit être comparé au budget prévisionnel déduction faite de la TVA ;

sur la question de la défaillance de WATAM SA ;

considérant qu'il ressort de l'article 47 que les sous-traitants ne doivent pas figurer sur la liste des fournisseurs défaillants ;

considérant que l'article 73 dispose que : « (...) les candidats à un appel d'offres restreint ne doivent pas figurer sur la liste des fournisseurs défaillants ;

considérant que l'article 75 dispose en substance que le marché par entente directe ne peut être passé qu'avec des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services ne figurant pas sur la liste des fournisseurs défaillants ;

que l'ORD a noté qu'à la lecture combinée de toutes ces dispositions ci-dessus citées, il apparaît clairement qu'une entreprise même défaillante, peut participer à toutes les procédures à l'exception de l'appel d'offres restreint, l'entente directe et être sous-traitant ;

que dans le cas d'espèce, il s'agit d'une procédure concurrentielle ouverte (demande de prix) ; qu'aucune disposition n'interdit au requérant d'y participer ; que c'est donc à tort que la qualification d'entreprise défaillante a été relevée comme un motif de non-conformité ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant n'est fondée ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de WATAM SA 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 WATAM SA n'est pas fondée, son montant étant hors budget ; que par contre, la défaillance n'est pas un motif pour écarter une offre en matière de procédure concurrentielle ouverte (demande de prix) ;

-qu'en ce qui concerne l'attributaire provisoire, l'entreprise BOUTIQUE PALE, son montant HTVA est aussi hors enveloppe, comparaison faite sur le budget prévisionnel HTVA ;

-d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n°2021-01/R.SUO/P.NBL/C.KPR/CCAM pour l'acquisition d'un tracteur + équipement au profit de la Mairie de Kpuéré ;

-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 06 avril 2021

Le Président de séance

Issa ZERBO