

DECISION N°2021-L0245/ARCOP/ORD

sur recours de l'entreprise JEMIF TENDANCES contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2021-003/DDP/ARCEP/SG/ PRM pour le recrutement de deux (02) prestataires pour la restauration au profit de l'ARCEP (lots 1 et 2)

**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 21 mai 2021 de l'entreprise JEMIF TENDANCES 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 :

- Madame Célestine Amina BERE/LOMPO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Jean-Urbain KORSAGA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Modeste YAMEOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Madame Judith MILLOGO et Maître Moumounou GNESSIEN, représentants de l'entreprise JEMIF TENDANCES ;
- au titre de l'autorité contractante, Madame Béatrice KONBITANDE et Monsieur Z. Serge T. OUEDRAOGO, représentants de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) ;
- au titre des attributaires provisoires :
 - Monsieur Adama ZONOU, représentant de l'entreprise ATMOSPHEERIQUE ;

- Madame Adeline ABGA, Messieurs Yacouba YAGO et O. dit Pascal TIENDREBEO, représentants de l'AGENCE SERVICES BEA ;

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°2021-003/DDP/ARCEP/SG/ PRM pour le recrutement de deux (02) prestataires pour la restauration au profit de l'ARCEP (lots 1 et 2) ;

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 des marchés publics n°3100 du jeudi 20 mai 2021, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 24 mai 2021 ; que l'entreprise JEMIF TENDANCES a saisi l'ORD par lettre en date du vendredi 21 mai 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;

l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a lancé la demande de prix n°2021-003/DDP/ARCEP/SG/ PRM pour le recrutement de deux (02) prestataires pour la restauration au profit de l'ARCEP (lots 1 et 2) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de l'entreprise JEMIF TENDANCES non conforme aux lots 1 et 2 pour autorisation d'exploitation non fournie ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et soutient qu'il a bel et bien joint une autorisation d'ouverture d'un restaurant délivrée par la mairie de l'arrondissement 11 de Ouagadougou ; que le DPAO a exigé une autorisation d'exploitation d'un restaurant délivrée par le ministère du tourisme alors que l'autorisation dudit ministère n'est délivrée qu'aux seuls exploitants de restaurants de tourisme dont la principale clientèle sont des touristes ; que réduire la possibilité de soumissionner aux marchés de prestations de pause-café et déjeuner aux seuls restaurants de tourisme est une entorse grave à la concurrence car la quasi-totalité des restaurants sur le territoire national ne sont pas des restaurants de tourisme ; qu'aussi, il souhaite une correction des montants de son offre car n'étant pas assujetti à la TVA donc l'offre a été soumise en HTVA pour les deux (02) lots ; qu'il souhaite que l'autorité contractante revoit sa méthode de calcul des offres anormalement basses ou élevées car des critères de post-qualification ont été utilisés pour ledit calcul ; que le lot 1 a été attribué au-delà du montant prévisionnel ; qu'au regard de tous ces motifs, il demande à être déclaré conforme et attributaire du lot 1 ;

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

sur la discussion,

considérant que l'offre du requérant a été écartée aux lots 1 et 2 pour autorisation d'exploitation non fournie ; qu'il dénonce en outre l'attribution du marché au lot 1 qui serait au-delà du budget prévisionnel ;

considérant que le dossier a exigé une autorisation d'exploitation d'un restaurant délivrée par le Ministère en charge du tourisme ;

considérant que l'attributaire provisoire a noté qu'il a fourni l'autorisation requise et de ce fait l'offre du requérant doit être écartée ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que les prestations de la présente procédure concernent la restauration de pause-café, pause-déjeuner, diner et cocktails ; qu'il existe dans ce secteur deux types d'autorisations ; que la première délivrée par le Ministère en charge du tourisme concerne l'exploitation des restaurants de tourisme et la seconde délivrée par la Commune concerne l'ouverture d'un restaurant et débit de boissons ; qu'il est constant qu'au regard du contenu de ces deux autorisations, la restauration de pause-café, pauses déjeuner, diner et cocktails n'est du domaine exclusif des restaurants de tourisme ; que les autorisations communales peuvent être valablement produites dans la présente procédure au regard de la nature des prestations envisagées ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que c'est à tort que la CAM a écarté l'offre du requérant pour absence de l'autorisation requise ;

considérant en outre que le budget prévisionnel pour le lot 1 est de 12 560 000 FFCA TTC alors que l'attributaire a proposé une offre financière de 13 621 920 FFC TTC ; qu'il y a lieu de noter qu'elle est hors enveloppe ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de l'entreprise JEMIF TENDANCES 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 l'entreprise JEMIF TENDANCES est fondée car les prestations concernent la restauration de pause-café, pause-déjeuner, diner et cocktails ; que l'offre de l'attributaire provisoire est hors enveloppe au lot1 ;

-d'infirmier le lot 1 et de confirmer le lot 2 des résultats provisoires de la demande de prix n°2021-003/DDP/ARCEP/SG/ PRM pour le recrutement de deux (02) prestataires pour la restauration au profit de l'ARCEP ;

-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 25 mai 2021

Le Président de séance

Issa ZERBO