

DECISION N°2021-L0336/ARCOP/ORD

sur recours de NEW STAR SARL (lot 01), de BASSIBIRI SARL (lots 02 et 04) et de SOPECO SARL (lot 04) contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2021-04/RCS/PZNW/CB/SG/CCAM pour les travaux de construction d'infrastructures scolaires et d'un dépôt MEG dans la Commune de Béré

**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 lettres en date du 21 juin 2021 de NEW STAR SARL, de BASSIBIRI SARL et de SOPECO SARL contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

présidé par Monsieur Souleymane COULIBALY, 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 Modeste YAMEOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants,
 - Messieurs Salif KIEMTORE et Souhoud BILGO, représentants de NEW STAR SARL ;
 - Monsieur Yacouba YAGO, représentant de BASSIBIRI SARL ;
 - Madame Alida Reine Pierre ZANGRE et Monsieur Abdoul Karim OUEDRAOGO, représentants de SOPECO SARL ;

- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Soumayila LOUGUE, représentant de la mairie de Béré ;
- au titre des attributaires provisoires :
 - ENTREPRISE DES FRERES KABORE, régulièrement convoquée mais absent ;
 - Messieurs Salif KIEMTORE et Souhoud BILGO, respectivement Conseil et agent de NEW STAR SARL ;

KAMA CONCEPT SARL, régulièrement convoqué mais absent ;

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 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 les recours concernent la contestation des résultats provisoires de la demande de prix n°2021-04/RCS/PZNW/CB/SG/CCAM pour les travaux de construction d'infrastructures scolaires et d'un dépôt MEG dans la Commune de Béré ;

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°3120 du jeudi 17 juin 2021, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 21 juin 2021 ; que NEW STAR SARL, BASSIBIRI SARL et SOPECO SARL ont saisi l'ORD par lettres en date du lundi 21 juin 2021 ; 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 1^{er} février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

considérant, cependant, que le requérant BASSIBIRI SARL a manifesté sa volonté de désister de son recours au lot 4 pour convenance personnelle, séance tenante ; que l'ORD a pris acte de ce désistement au lot 4 ;

que, dès lors, il convient de les déclarer recevables et de prendre acte du désistement de BASSIBIRI SARL au lot 4 ;

AU FOND :

sur les faits;

la Commune de Béré a lancé la demande de prix n°2021-04/RCS/PZNW/CB/SG/CCAM pour les travaux de construction d'infrastructures scolaires et d'un dépôt MEG ;

la commission communale d'attribution des marchés (CCAM) n'a pas retenue les offres de NEW STAR SARL, de SOPECO SARL et de BASSIBIRI SARL parce qu'elles sont anormalement basses ; qu'en outre, celle de BASSIBIRI SARL est non conforme au lot 2 car le personnel et le matériel fournis sont identiques à ceux fournis au lot 1 ;

les requérants contestent cette décision et soutiennent qu'un des soumissionnaires a proposé une offre financière qui vise à fausser le jeu de la concurrence ; qu'il s'agit de l'entreprise GLOBAL EQUIPEMENT ET CONSTRUCTION dont l'offre financière est de 152.494.135 F CFA HTVA soit 179.943.079 F CFA TTC, alors que l'enveloppe prévisionnelle allouée est de quarante-trois millions cent trois mille quatre cents (43.103.400) F CFA TTC ; que l'enveloppe prévisionnelle étant connue, la CCAM ne devrait pas prendre en compte l'offre de GLOBAL EQUIPEMENT ET CONSTRUCTION dans le calcul de l'offre anormalement basse ou élevée ; qu'ainsi, en procédant au calcul de l'offre anormalement basse ou élevée, son offre n'est pas anormalement basse ;

S'agissant de BASSIBIRI SARL, il argue que pour les lots 1 et 2 de ladite demande de prix, il a fourni des matériels et des personnels dont certains sont communs aux deux lots tout en sachant qu'il ne peut être attributaire de plus d'un lot ; que son offre étant déclarée non conforme au lot 1, il en résulte que les matériels et les personnels doivent être affectés au lot 2 et si son offre est conforme et moins disante, il doit en être l'attributaire ; que son offre étant conforme au lot 2, il demande l'application de la combinaison la plus avantageuse dans l'attribution des lots conformément à l'IC 17.5 des données particulières ; que sur le fondement de la clause précitée, il estime qu'au lieu du lot 3 qui a des matériels communs avec le lot 2, il doit être attributaire du lot 2 ;

quant à SOPECO SARL, il fait valoir que l'offre de la société GLOBAL EQUIPEMENT ne devrait pas entrer dans l'évaluation financière des offres ; que l'enveloppe étant cinq millions sept cent (5.700.000) F CFA et connue de tous, le caractère hors enveloppe de l'offre de ladite société ne se justifie pas ; qu'il est surpris de constater que celle-ci a proposé un montant TTC de trente-quatre millions neuf cent vingt-sept mille cent quinze (34.927.115) F CFA, soit une variation de plus de 200% ; que cela suscite des interrogations à savoir s'ils ne sont pas en situation de coalition illicite ; qu'au regard de ce qui précède, il demande qu'elle soit écartée de l'analyse financière et par conséquent, l'abandon de la déclaration du caractère anormalement bas de son offre ; qu'en procédant au calcul de l'offre anormalement basse ou élevée, son offre ne saurait être déclarée anormalement basse ; que c'est plutôt celle de l'entreprise WEND KUNI qui serait anormalement basse vu qu'elle a une offre financière en TTC ;

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

sur la discussion,

considérant que les textes en vigueur notamment l'article 108 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01/02/2017 sus cité et le dossier de demande de prix ont prévu l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée qui prend en compte entre autres la moyenne des offres techniquement conformes ;

considérant que les offres des requérants ont été écartées car leurs propositions financières ont été jugées anormalement basses sur le fondement des textes en vigueur ;

considérant que la CAM a noté qu'elle a appliqué la formule de l'offre anormalement basse ou élevée conformément au dossier ; qu'elle n'a pas retenue les offres de NEW STAR SARL, de SOPECO SARL et de BASSIBIRI SARL parce qu'elles sont anormalement basses ;

considérant que l'attributaire provisoire du lot 2 a noté qu'il s'en tient à la décision de l'ORD ;

considérant que le soumissionnaire GLOBAL EQUIPEMENT a été invité à ladite séance pour justifier le bien fondé de ses propositions financières ; qu'il s'est présenté à l'audience mais au moment de l'examen a refusé de se justifier ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que, conformément à sa position constante sur la question, tous les soumissionnaires dont les offres sont hors enveloppe alors que le budget leur a été régulièrement communiqué doivent être écartés de l'application de la formule des offres anormalement basses ou élevées ; qu'en effet, leurs offres n'ont pour seul objectif que de fausser le jeu normal de la concurrence en rehaussant le montant de référence au profit d'un autre « concurrent complice » ; qu'en effet, en proposant une offre financière hors enveloppe, ces soumissionnaires ne peuvent être retenus même si leurs offres sont conformes au regard de l'insuffisance du budget alloué à la procédure ; que quand on soumet une offre, on nourrit l'espoir d'être attributaire du marché alors que le cas présent démontre sans équivoque une ambition contraire ;

considérant en outre que l'ORD a jugé, qu'au-delà du principe de la liberté des prix dans les procédures d'appel à concurrence, il s'agit d'une mauvaise pratique qui viole notamment les dispositions des articles 38 et suivants du décret n°2015-1260/PRES-TRANS/PM/MEF du 09 novembre 2015 portant code d'éthique et de déontologie de la commande publique ; qu'en l'espèce, le budget prévisionnel est de 43 103 400 francs CFA TTC (lot1) et de 5 700 000 francs CFA TTC (lot 4) alors que le soumissionnaire GLOBAL EQUIPEMENT a proposé une offre de 152 494 135 francs CFA TTC (lot 1) et de 34 927 115 francs CFA TTC (lot 4) ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la proposition financière du soumissionnaire GLOBAL EQUIPEMENT ne doit pas être prise en compte dans l'évaluation concurrentielle des offres financières ;

considérant que la CCAM a également noté que BASSIBIRI SARL a fourni le même personnel et matériels aux lots 1 et 2 ; que de ce fait il est non conforme ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que conformément à l'IC 17.5 des données particulières, l'autorité contractante doit évaluer et comparer les offres sur la base de l'attribution d'un seul marché à un seul soumissionnaire, ou d'une combinaison de marchés à un ou plus d'un soumissionnaire, afin d'atteindre l'objectif de minimiser le coût total pour l'autorité contractante ; que le personnel exigé étant identique pour les deux lots, l'autorité contractante doit procéder à la combinaison afin de retenir le lot le plus intéressant ; que l'offre ne peut être retenue non conforme sur ce point ;

considérant que SOPECO SARL a fourni un document non authentique au lot 1 ; que ledit document corrompt toute son offre ; que la CCAM doit la transmettre à l'ARCOP pour suite à donner ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que les plaintes des requérants sont fondées aux lots 1 et 2 ;

par ces motifs ;

DECIDE :

que la plainte de NEW STAR SARL est fondée au lot 1 ;

-que la plainte de BASSIBIRI SARL est fondée au lot 2 ;

-que la plainte de SOPECO SARL n'est pas fondée car elle a fourni un document non authentique dans le lot 1 ;

-d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n°2021-04/RCS/PZNW/CB/SG/CCAM pour les travaux de construction d'infrastructures scolaires et d'un dépôt MEG dans la Commune de Béré (lots 1 et 2) ;

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 24 juin 2021

Le Président de séance

Souleymane COULIBALY
Commandeur de l'ordre national