
**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2021-L0408/ARCOP/ORD

sur recours de l'Entreprise EZONHAR contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2021-06/RSUO/PPON/CU-G/M/PRM pour les travaux de réhabilitation de dix (10) forages au profit des villages de la Commune Urbaine de Gaoua.

**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 26 juillet 2021 de l'Entreprise EZONHAR 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 Roger MILLOGO, membre de l'ORD ;
- Madame Aïssata SELIRA/KANAZOE, 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 Nabibatou OSENI et Monsieur Saïdou OUEDRAOGO, respectivement conseil et agent de l'Entreprise EZONHAR ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Aristo Sansan YOUL, Président de la Commission communale d'attribution des marchés(CCAM) de la Mairie de Gaoua ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Hamidou KAFANDO représentant de l'Entreprise E.CO.YAF ;

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°2021-06/RSUO/PPON/CU-G/M/PRM pour les travaux de réhabilitation de dix (10) forages au profit des villages de la Commune Urbaine de Gaoua ;

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°3145 du jeudi 22 juillet 2021, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 26 juillet 2021 ; que l'Entreprise EZONHAR a saisi l'ORD par lettre en date du lundi 26 juillet 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 Urbaine de Gaoua a lancé de la demande de prix n°2021-06/RSUO/PPON/CU-G/M/PRM pour les travaux de réhabilitation de dix (10) forages au profit de ses villages ;

la Commission communale d'attribution des marchés (CCAM) a déclaré l'offre de l'Entreprise EZONHAR non conforme au motif que son offre est anormalement basse : 0,85 M égal à 20 336 520 FCFA TTC et 20 295 000 FCFA TTC est inférieur à 20 336 250 FCFA TTC ;

le requérant réfute ce grief porté contre son offre et soutient que la mise en œuvre des décisions du 25/05/2021 et du 12/07/2021 n'est ni parfaite, ni saine au regard du grief relatif au caractère anormalement bas de son offre ; que la vérification aux sources des diplômes, fondement pris du principe de traitement égalitaire des soumissionnaires concerne aussi Librairie Papeterie Neerwaya qui mérite d'être intégré dans le calcul de l'offre anormalement basse ; que l'Entreprise EKYF dont l'offre financière est de 26 186 000 FCFA ne mérite pas d'être intégrée dans le calcul de 0,85 M car ayant délibérément choisi d'être hors enveloppe ; que ce montant n'est pas le produit de variations suite à une éventuelle erreur ; que c'est en toute conscience que ladite entreprise l'a fait ; que l'Entreprise EKYF ne saurait rêver être attributaire dudit marché, car l'autorité contractante ne peut payer cette somme ; que, de ce fait, son offre n'est ni sérieuse, ni ferme et sa proposition financière est contraire au principe d'économie et d'efficacité de la commande publique ;

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

sur la discussion,

considérant que les textes en vigueur, notamment l'article 108 du décret n°2017-0049 du 01/02/2017 ont prévu l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée ; que cette formule selon une position très constante de l'ORD ne doit pas prendre en compte les offres présentées hors enveloppe alors même que le budget prévisionnel a été régulièrement porté à la connaissance des soumissionnaires par publication ;

considérant par ailleurs que la CAM a toute la latitude de solliciter ou requérir toute pièce utile qui peut lui permettre d'éclairer sa religion dans l'évaluation des offres ;

considérant que l'offre du requérant a été écartée sur la base du motif ci-dessus rappelé ;

considérant que le requérant estime que son offre n'est pas anormalement basse ; qu'en réalité, la CAM n'a pas régulièrement appliqué la formule, ce qui lui a porté préjudice ; qu'en effet, l'offre de son concurrent EKYP étant conforme et hors enveloppe, elle ne doit pas être prise en compte dans le calcul ; que s'agissant de Librairie Papeterie Neerwaya, il estime que son offre doit être déclarée conforme et intégrée dans la formule ;

considérant que la CCAM a noté qu'elle a régulièrement appliqué les précédentes décisions de l'ORD ;

considérant que l'attributaire provisoire a estimé que cette question a été déjà traitée dans les décisions antérieures ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a jugé que la plainte de EZONHAR est fondée sur l'exclusion de l'offre financière de EKYP dans la détermination des offres anormalement basses ou élevées, car son offre est effectivement hors enveloppe ;

que, cependant, elle n'est pas fondée sur l'intégration de l'offre de la Librairie Papeterie Neerwaya dont la non-conformité a été confirmée depuis les précédentes publications des résultats provisoires ; qu'en effet, ce concurrent n'a pas collaboré avec la CAM en fournissant la pièce sollicitée pour vérification ; que, surtout, il n'a pas jugé utile de contester le grief porté contre son offre depuis les publications antérieures ; que la non-conformité de son offre est donc confirmée et ne peut plus être remise en cause ;

qu'en conséquence, il y a lieu de renvoyer la CCAM de Gaoua à reprendre le calcul de la formule de l'article 108 du décret n°2017-0049 du 01/02/2017 sur la base de la présente décision ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est partiellement fondée et d'infirmes les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de l'Entreprise EZONHAR 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 EZONHAR est fondée sur l'exclusion de l'offre financière de EKYF dans la détermination des offres anormalement basses ou élevées, car son offre est hors enveloppe ; que, cependant, elle n'est pas fondée sur l'intégration de l'offre de la Librairie Papeterie Neerwaya dont la non-conformité a été confirmée ;

-de renvoyer la CCAM de Gaoua à reprendre le calcul de la formule de l'article 108 du décret n°2017-0049 du 01/02/2017 sur la base de la présente décision ;

-d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n°2021-06/RSUO/PPON/CU-G/M/PRM pour les travaux de réhabilitation de dix (10) forages au profit des villages de la Commune Urbaine de Gaoua ;

-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 28 juillet 2021

Le Président de séance

Souleymane COULIBALY
Commandeur de l'ordre national