

DECISION N°2022-L0401/ARCOP/ORD

sur recours de ESANAD contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2022-06/DPX/18 pour la fourniture de pause-café (lot 01), la fourniture de pause déjeuner (lot 02) au profit du Ministère de la communication, de la culture, des arts et du tourisme (MCCAT).

**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 16 août 2022 d'ESANAD contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

présidé par Madame Pascaline SANOU, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Christophe R. BADO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Yaya SON, membre de l'ORD ;
- Mesdames K. Irène BAYANE/ZONGO et Awa ZARE/KONATE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Désiré SAWADOGO et W Daniel SAWADOGO, représentant ESANAD ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs André HEMA et Souleymane TAGNAN, représentant MCCAT ;

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°2022-06/DPX/18 pour la fourniture de pause-café (lot 01), la fourniture de pause déjeuner (lot 02) au profit du Ministère de la communication, de la culture, des arts et du tourisme ;

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°3420 du jeudi 11 août 2022, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mardi 16 août 2022 ; que ESANAD a saisi l'ORD par lettre en date du mardi 16 août 2022 ; 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 ;

le Ministère de la communication, de la culture, des arts et du tourisme a lancé la demande de prix n°2022-06/DPX/18 pour la fourniture de pause-café (lot 01), la fourniture de pause déjeuner (lot 02) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de ESANAD non conforme au motif qu'il n'a pas fourni de bordereau de prix unitaire au lot 01 ; quant au lot 02 son offre est non conforme au motif qu'elle est anormalement basse ; en conséquence, la procédure a été déclarée infructueuse ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que l'absence du bordereau de prix unitaire au lot 01 n'entrave en rien l'évaluation de l'offre financière par la CAM ; qu'une telle exigence est obligatoire dans l'évaluation de l'offre financière en cas de difficulté lorsque l'on utilise les prix unitaires en lettre ; que la CAM n'a pas eu de problèmes dans l'analyse financière des offres ; que le lot 01 est constitué d'un seul item ; que la CAM devait mettre en œuvre les principes fondamentaux de gestion des marchés publics notamment celui de l'économie et l'efficacité du processus d'acquisition ; qu'au lot 02 le principe de calcul de l'offre anormalement basse n'a pas été bien appliquée conformément au DDPX ; que pour que la formule de l'offre anormalement basse soit applicable au minimum et au maximum il faut au préalable une enveloppe prévisionnelle minimum et maximum et ce, proportionnellement aux quantités minimums et maximums ; que cela n'est pas le cas en l'espèce ; qu'aucune enveloppe minimum et maximum n'a été clairement définie encore moins leur proportionnalité aux quantités minimums et maximums ;

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 sur la base des motifs ci-dessus rappelés ;

considérant que le dossier de demande de prix a prévu une enveloppe prévisionnelle au lot 01 de quinze millions (15 000 000) F CFA et au lot 02 de sept millions (7 000 000) F CFA ;

considérant que le dossier de demande de prix dispose à sa page 26, IC 21.5 en nota bene que : « le principe de calcul des offres anormalement basses ou élevées s'appliquera aussi bien sur les montants minimums que sur les montants maximums. Les budgets maximums à considérer seront de 75% des budgets maximums prévus. » ;

considérant que le requérant affirme qu'au lot 01 son offre technique est conforme ; que le lot 01 est un seul item ; que la CAM n'a pas eu de difficultés dans l'analyse financière des offres ; que la CAM devait utiliser le principe d'efficacité en acceptant leur offre ; que cela évitera que la procédure soit infructueuse ; qu'au lot 02 la CAM n'a pas précisé de minimum ni de maximum dans leur enveloppe prévisionnelle ; que la formule de l'offre anormalement basse a été mal appliquée ;

considérant que la CAM a noté qu'au lot 01, le requérant n'a pas fourni les bordereaux de prix dans son offre financière ; que son offre technique est conforme mais son offre financière n'est pas conforme ; qu'au lot 02 elle reconnaît qu'il y a des insuffisances dans le dossier ; que la clause de calcul des offres anormalement basses ou élevées contenue dans le dossier de demande de prix n'a pas été bien énoncée ; que la formulation exacte de ladite clause était que 75% de l'enveloppe prévisionnelle sera considérée comme minimum et non comme maximum ; que la procédure a été déclarée infructueuse ; que la procédure sera reprise après correction du dossier ;

considérant que le requérant a mentionné que la CAM devait faire ressortir les insuffisances techniques du dossier dans les résultats publiés ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que le bordereau des prix unitaires est une pièce contractuelle du dossier ; que son absence rend l'offre incomplète ; que sur cette base, c'est de bon droit que la CAM a relevé la non-conformité de l'offre du requérant pour absence du bordereau des prix unitaires ; que pour ce qui concerne, les marchés à commande, la formule de calcul des offres anormalement basses ou élevées se fait sur la base des montants maximums ; qu'elle pourrait s'appliquer sur le montant minimum à condition de prévoir expressément un budget prévisionnel minimum ; qu'en l'espèce, le dossier de demande de prix n'a pas expressément prévu un budget prévisionnel minimum ; que la clause IC 21.5 n'est pas clairement défini et porte à confusion ; que le budget prévisionnel étant unique la formule de calcul de l'offre anormalement basse ou élevée doit s'appliquer uniquement sur le montant maximum ; que sur la base de cet argumentaire, les calculs des offres anormalement basses ou élevées ne sont pas réguliers ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée au lot 01 mais fondée au lot 02 et de confirmer les résultats provisoires du lot 01 et d'infirmes ceux du lot 02;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de ESANAD 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 ESANAD n'est pas fondée au lot 01 ; que le bordereau des prix unitaires est une pièce contractuelle du dossier ; que son absence rend l'offre incomplète ; que s'agissant du lot 02, sa plainte est fondée ; que pour les marchés à commande, le calcul des offres anormalement basses ou élevées se fait sur la base des montants maximums ;

-de confirmer les résultats provisoires du lot 01 et d'infirmes ceux du lot 02 de la demande de prix n°2022-06/DPX/18 pour la fourniture de pause-café (lot 01), la fourniture de pause déjeuner (lot 02) au profit du Ministère de la communication, de la culture, des arts et du tourisme ;

-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 19 août 2022

La Présidente de séance

Pascaline SANOU

*Chevalier de l'ordre du mérite de la santé
et de l'action sociale avec agrafe santé*