

DECISION N°2022-L0484/ARCOP/ORD

sur recours de l'Entreprise PHOENIX contre les résultats provisoires de l'appel d'offres accéléré n°2022-045/MEFP/SG/DMP pour les travaux de construction de quatre (04) CSPS à Siniboupela, dans la Commune de Boulsa et à Gandin, dans la Commune de Ziga, Région du Centre-Nord, à Simba dans la Commune d'Andemtenga, Région du Centre-Est et à Lelkom dans la Commune de Boudry, Région du Plateau Central dans le cadre du Programme de Réalisation des Infrastructures Socio-économiques (PRISE).

**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 dates des 20 et 22 septembre 2022 de l'Entreprise PHOENIX contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

présidé par Monsieur Gislain William TOE, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Yacouba ZONGO, membre de l'ORD
- Monsieur Michel BADOLO, 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, Messieurs Elie M. A. ZAN et S. Olivier YAMEOGO, représentant l'Entreprise PHOENIX ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Z. Georges ZOUNDI et Casimir D. KAFANDO, représentant le Ministère de l'économie, des finances et de la prospective (MEFP) ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Maître Moumounou GNESSIEN et Messieurs Harouna GNEGNE, Adama GNEGNE, représentant le Groupement ENG Sarl/ECODI Sarl ;

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 l'appel d'offres sus visé reste soumis 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 l'appel d'offres accéléré n°2022-045/MEFP/SG/DMP pour les travaux de construction de quatre (04) CSPS à Siniboupela, dans la Commune de Boulsa et à Gandin, dans la Commune de Ziga, Région du Centre-Nord ; à Simba dans la Commune d'Andemtenga, Région du Centre-Est et à Lelkom dans la Commune de Boudry, Région du Plateau Central dans le cadre du Programme de Réalisation des Infrastructures Socio-économiques (PRISE) ;

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 l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°3448 du mardi 20 septembre 2022, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au jeudi 22 septembre 2022 ; que l'Entreprise PHOENIX a saisi l'ORD par lettre en date mardi 20 septembre 2022 et un complément de recours le 22 septembre 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 l'économie, des finances et de la prospective a lancé l'appel d'offres accéléré n°2022-045/MEFP/SG/DMP pour les travaux de construction de quatre (04) CSPP à Siniboupela, dans la Commune de Boulsa et à Gandin, dans la Commune de Ziga, Région du Centre-Nord ; à Simba dans la Commune d'Andemtenga, Région du Centre-Est et à Lelkom dans la Commune de Boudry, Région du Plateau Central dans le cadre du Programme de Réalisation des Infrastructures Socio-économiques ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de l'Entreprise PHOENIX conforme mais non attributaire car son offre n'est pas la moins disante ; elle a cependant noté une très légère variation de +4.293 FCFA soit un taux de +0,0005% ; que cela est due à une erreur de multiplication au niveau des items suivants : dispensaire pour CSPP (item II 2.5, 2.6, 2.10, 2.12 et 2.13), maternité pour CSPP (item I 1.4, 1.6 et item II 2.1, 2.4, 2.6, 2.7, 2.10, 2.11, 2.13), logement F3 pour CSPP (item I 1.5, 1.6, item II2.3, 2.9, 2.10 et item IV 4.1), cuisine pour CSPP (item II 2.1, 2.2, 2.4, 2.5, 2.6, 2.7, 2.8, 2.9 et item III3.1), latrine CSPP (item II 2.3, 2.4, 2.6), abri pour accompagnant CSPP (item I 1.1, 1.4, 1.6 et item II 2.3, 2.5, 2.8) ;

le requérant conteste le délai d'exécution de cent quatre-vingt (180) jours proposé par l'attributaire provisoire conformément à l'avis d'appel d'offre ; en effet, il affirme que ce délai référencé dans l'avis est contraire aux données particulières du DAO ; que le DAO a imposé un délai d'exécution compris entre 90 et 120 jours ;

que l'avis étant une annexe et non un élément constitutif du DAO, en cas de divergences avec les données particulières, la primauté revient aux données particulières ; il fait également valoir, dans son recours complémentaire, que l'attributaire provisoire a proposé un même personnel pour les deux (02) appels d'offres différents dont l'exécution pourra être fait concomitamment, ce qui est contraire aux principes 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 l'offre du requérant a été écartée sur la base des motifs ci-dessus rappelés ;

considérant qu'un délai d'exécution de 180 jours a été requis dans l'avis d'appel d'offres publié dans le quotidien n°3363 du mardi 24 mai 2022, page 44 ; que, dans le même temps, le point IC 13.2 des données particulières du dossier a exigé un délai d'exécution « compris entre 90 jours au minimum et 120 jours au maximum » ; qu'il en résulte qu'il y a une contradiction flagrante entre les pièces de la procédure d'appel d'offres sur le délai d'exécution des travaux ;

considérant que le requérant a réaffirmé sa position ; qu'il a estimé en substance que l'avis d'appel d'offres n'est qu'une annexe du DAO et qu'en conséquence, ses dispositions ne peuvent prévaloir sur celles des données particulières ; qu'en considérant donc les délais des données particulières, l'offre de l'attributaire provisoire doit être rejetée pour délai dépassé ;

considérant que la CAM a reconnu les divergences du dossier sur le délai d'exécution ; que, cependant, au regard du niveau d'avancement de la procédure, elle n'a pas pu effectuer la correction du dossier ; qu'en tout état de cause, étant consciente de sa responsabilité dans cette situation, elle a pris le soin de n'écarter aucune offre sur le point litigieux du délai d'exécution ;

considérant que l'attributaire provisoire s'est défendu en notant qu'il ne peut pas subir les conséquences des erreurs de l'Administration ; qu'en effet, il a respecté le délai de l'avis qui s'impose aux soumissionnaires ; que ce délai a plus de poids que celui des données particulières parce qu'il a fait l'objet d'une publication dans le quotidien des marchés publics ; que sur la question de l'indisponibilité du personnel et du matériel, il n'a pas fait de développements particuliers en relevant notamment que les procédures sont différentes ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que l'avis est une annexe qui ne fait pas partie du dossier d'appel d'offres ; que, par contre, les données particulières constitue le « cœur » du dossier en répertoriant tous les éléments d'évaluation du dossier ; qu'ainsi, en cas de divergence comme c'est le cas ici, les prescriptions des données particulières prévalent sur celle de l'avis, qui n'a vocation qu'à informer les soumissionnaires de l'ouverture de la procédure ;

que, du reste, l'avis invite les soumissionnaires intéressés à consulter gratuitement le dossier auprès des services compétents de l'autorité contractante ; que si l'avis était suffisant et devait trancher sur les critères et conditions du dossier, il serait inutile de prévoir un DAO ; que la position de l'attributaire provisoire n'est pas pertinente ; qu'en effet, la supériorité de l'avis sur les données particulières ne peut résulter de ce que l'avis est publié contrairement aux éléments des données particulières ;

qu'en réalité, le dossier est également publié et c'est l'avis qui annonce cette publication, sauf qu'il faut payer les frais de vente du dossier pour y avoir accès conformément aux textes en vigueur ; qu'il en résulte que les données particulières sont disponibles et rendues accessibles concomitamment avec la publication de l'avis ; que la plainte est donc fondée sur ce point ;

considérant que sur la question du personnel et du matériel de l'attributaire provisoire, l'ORD a jugé que la question est prématurée au regard du fait que les résultats de l'appel d'offres dont il s'agit font l'objet de la saisine des juridictions administratives ; qu'il s'agit aussi d'une présomption non prouvée ;

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

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de l'Entreprise PHOENIX est recevable ;

-que l'appel d'offres sus visé reste soumis 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 PHOENIX est fondée, les données particulières du DAO prévalent toujours sur l'avis ; qu'en ce qui concerne le personnel et le matériel qui serait le même que celui de l'appel d'offres accéléré n°2022-042/MEFP/SG/DMP, il s'agit d'une présomption qui ne peut être prise en compte en l'état actuel avec notamment les recours en cours devant les juridictions administratives ;

-d'infirmier les résultats provisoires de l'appel d'offres accéléré n°2022-045/MEFP/SG/DMP pour les travaux de construction de quatre (04) CSPS à Siniboupela, dans la Commune de Boulsa et à Gandin, dans la Commune de Ziga, Région du Centre-Nord ; à Simba dans la Commune d'Andemtenga, Région du Centre-Est et à Lelkom dans la Région de Boudry, Région du Plateau Central dans le cadre du Programme de Réalisation des Infrastructures Socio-économiques ;

-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 23 septembre 2022

Le Président de séance

Gislain William TOE
*Chevalier de l'ordre de mérites,
de l'économie et des finances*