

DECISION N°2023-L0047/ARCOP/ORD

sur recours de M'ZAKA SECURITE MKS Sarl (lot 02), de GPS Burkina Sarl (lots 01, 02 et 03) et de BPS Protection Sarl (lots 01, 02 et 03) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°060/2022 pour les services de gardiennage des locaux de la SONABEL.

**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 20 et 23 janvier 2023 de M'ZAKA SECURITE MKS Sarl, de GPS Burkina Sarl et de BPS Protection Sarl 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 Dasmané TRAORE, membre de l'ORD ;
- Monsieur Soumaïla SORGHO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Moïse BAKORBA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :
 - Madame Yasmine KONE et Messieurs Mathieu NASSA, Saidou OUEDRAOGO, représentant M'ZAKA SECURITE MKS Sarl ;
 - Monsieur Boris BAKOUAN, représentant GPS Burkina Sarl ;
 - Monsieur D. Amos GUITANGA, représentant BPS Protection Sarl ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Adama BERE, Mamadou NIANGAO, Benjamin GOUBA et Adama DJBO , représentant SONABEL ;

- au titre des attributaires provisoires :
 - Messieurs Blaise BAYALA et F. Siramane COULIBALY, représentant BBS First Security ;
 - Madame Rihanatou S TAPSOBA, représentant SOGASSI ;

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 la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres n°060/2022 pour les services de gardiennage des locaux de la SONABEL;

qu'il y a lieu de dire que l'ORD est compétent pour en connaitre ;

sur la recevabilité,

considérant qu'aux termes de l'article 26 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant règlementation 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 l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°3535 du jeudi 19 janvier 2023, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 23 janvier 2023 ; que M'ZAKA SECURITE MKS Sarl, GPS Burkina Sarl et BPS Protection Sarl ont saisi l'ORD par lettres en date du vendredi 20 et lundi 23 janvier 2023 ; que par ailleurs, les recours de M'ZAKA SECURITE MKS Sarl et GPS Burkina Sarl 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 ; que par contre la plainte de BPS Protection Sarl (lots 01, 02 et 03) n'est pas motivée conformément aux dispositions des articles 26 et 28 du 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 ;

que dès lors, il convient de déclarer les plaintes de M'ZAKA SECURITE MKS Sarl et de GPS Burkina Sarl recevables et celle BPS Protection Sarl irrecevable ;

AU FOND :

sur les faits ;

la Société nationale d'électricité du Burkina a lancé l'appel d'offres n°060/2022 pour les services de gardiennage des locaux de la SONABEL ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré les offres de M'ZAKA SECURITE MKS Sarl et de de GPS Burkina Sarl non conformes au motif qu'elles n'ont pas fourni l'état de paiement mensuel net d'impôt de quarante mille (40 000) F CFA et qu'elles n'ont pas justifié avec preuve la liste du personnel déclaré à la CNSS et à jour comme exigé dans le DAO ; que par ailleurs, de GPS Burkina Sarl a déclaré vingt-trois (23) agents à jour à la CNSS, ce qui est insuffisant au regard du nombre d'agents requis au DAO qui est de cent cinquante-neuf (159) agents exigés dans le DAO ;

les requérants contestent cette décision de la CAM :

M'ZAKA SECURITE MKS Sarl fait valoir qu'il a joint dans son offre financière un détail de prix avec un salaire net à payer de 45 000 F CFA, ce qui équivaut à un engagement pris ; que s'agissant de l'attestation de situation cotisante, il l'a jointe dans son offre avec plus de 700 agents déclarés prouvant que son personnel est bien déclaré ; que la limitation de l'attribution à plus d'un lot est fondée sur le principe de l'efficacité ; que si un soumissionnaire participe à plus d'un lot et respecte ce critère, son offre ne saurait être limitée à l'attribution de plus d'un lot ; que s'agissant du montant des salaires, les soumissionnaires ne peuvent que donner une indication dans la mesure où il est difficile à un personnel non employé dans la présente procédure de produire un état de paiement mensuel net d'impôt ; que l'exigence de personnel déclaré à la CNSS est contraire au dossier type et à l'arrêté n°2019-396/MINEFID/CAB portant adoption des spécifications techniques standard des prestations de gardiennage des bâtiments administratifs ;

que cette décision de la CAM est illégale car elle viole l'arrêté portant fixation des pièces administratives exigées des candidats aux marchés publics et modalités de fonctionnement des commissions d'attribution des marchés, des commissions de sélection des candidats aux délégations de service public et des commissions de réception ; que la décision est contraire à l'arrêté n°2007-022/MTSS/SG/DGT/DER du 10/09/20227 fixant la liste des secteurs d'activités dans lesquels il est d'usage de ne pas recourir au contrat de travail à durée déterminée et la jurisprudence constante et abondante de l'ORD est claire sur ce point ; que sur le point de l'attestation CNSS il est à jour et a déclaré plus de sept cent quarante (740) personnes ; que ses concurrents BBS First Security, SOGASSI et APS+ n'ont pas produit dans leurs offres l'attestation d'un centre de formation agréé par le ministère en charge de la sécurité pour la formation des vigiles ;

GPS Burkina Sarl fait valoir qu'elle a proposé dans son bordereau des prix unitaires un montant qui respecte la grille salariale qui est de 40 906 F CFA et largement supérieur au paiement mensuel minimum net d'impôt de 40 000 F CFA requis par le DAO ; que la CAM est en contradiction avec elle-même quand elle précise qu'elle a déclaré 23 agents à jour à la CNSS ce qui justifie la liste du personnel déclaré à la CNSS à jour ; que le grief relatif à l'insuffisance du personnel déclaré à la CNSS ne devrait pas constituer un motif de rejet de son offre dans la mesure où dans le dossier, il n'est précisé nulle part le nombre d'agents que le soumissionnaire a déclaré ; qu'étant donné qu'il n'est pas encore attributaire du marché, sur quelle base il va déclarer les 159 agents dans la phase de passation ; que cette exigence est nulle et non avenue ;

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

sur la discussion,

considérant que les offres des requérants ont été écartées sur la base des motifs ci-dessus rappelés ;

considérant que les requérants réaffirment leurs moyens exposés ci-dessus ;

considérant que la CAM a noté que les requérants ont tort à cette étape de la procédure; qu'ils auraient pu contester le dossier s'ils estimaient que les critères n'étaient pas objectifs ; qu'en tout état de cause, ces critères ont été requis pour vérifier la capacité des soumissionnaires ; que l'évaluation des offres a été faite en considérant ces critères ;

considérant que les attributaires provisoires soutiennent que les exigences du DAO doivent être respectées par tous les soumissionnaires ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que sur les motifs de plainte de M'ZAKA SECURITE MKS Sarl (lots 01, 02 et 03) et de GPS Burkina Sarl (lots 01, 02 et 03) relativement aux points sur l'état de paiement mensuel et la liste du personnel déclaré à la CNSS, ils sont fondés en ce que ces motifs ne sont pas des critères réguliers et sont contraires aux dispositions de l'arrêté n°2019-396/MINEFID/CAB du 16 septembre 2019 ;

que sur la limitation de lots à attribuer à un soumissionnaire évoquée par M'ZAKA SECURITE, elle ne vaut que lorsque tous les lots peuvent être attribués et assurer une efficacité dans l'exécution des marchés ; que cette limitation ne vaut plus lorsque des lots sont déclarés infructueux alors qu'il y a des soumissionnaires qui présentent des offres justifiant des capacités suffisantes pour assurer leur exécution efficace ; que sur ce point sa plainte est aussi fondée ; que par contre, sur l'absence de la pièce relative au centre de formation agréé des soumissionnaires BBS First Security, SOGASSI et APS+, soulevée par le requérant, il y a lieu de noter qu'elle n'est pas établie ; que s'agissant de la plainte de GPS Burkina Sarl sur l'insuffisance du personnel déclaré à la CNSS, il convient de noter que c'est à tort que ce critère du DAO a été retenu et appliqué au soumissionnaire, le nombre de personnel déclaré à la CNSS n'étant pas un critère de capacité et le marché en cause n'étant pas encore attribué ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que les plaintes des requérants sont fondées et d'infirmes les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours de M'ZAKA SECURITE MKS Sarl (lots 01, 02 et 03), de GPS Burkina Sarl (lots 01, 02 et 03) sont recevables et celle de BPS Protection Sarl (lots 01, 02 et 03) est irrecevable ;

-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 les plaintes de M'ZAKA SECURITE MKS Sarl (lots 01, 02 et 03) et de GPS Burkina Sarl (lots 01, 02 et 03) sont fondées ;

-d'infirmes les résultats provisoires de l'appel d'offres n°060/2022 pour les services de gardiennage des locaux de la SONABEL ;

-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 janvier 2023

Le Président de séance

Gislain William TOE

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