

DECISION N°2024-L0190/ARCOP/ORD

sur recours du Cabinet Y. Armand BOUYAIN, agissant au nom et pour le compte de l'Entreprise WENDIN MALGRE, contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2023-034/CNSS/DESG/SM pour les travaux de construction du siège de la Direction Régionale de Fada.

**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 03 mai 2024 du Cabinet Y. Armand BOUYAIN, agissant au nom et pour le compte de l'Entreprise WENDIN MALGRE, contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

présidé par Monsieur Abdoulaye SERE, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Abdouramane DIALLO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Roger MILLOGO, 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, l'Entreprise WENDIN MALGRE, aucune personne ne s'est présentée ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Mohamed OUEDRAOGO et Benzamin NABOLLE, représentant la Caisse Nationale de Sécurité Sociale ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur T. Donatien DIAPA, représentant Groupement DETYMA Sarl/ Groupe INTERFACE SA ;

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 la demande de prix ouvert accéléré n°2023-034/CNSS/DESG/SM pour les travaux de construction du siège de la Direction Régionale de Fada ;

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 l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°3870 du jeudi 02 mai 2024, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 06 mai 2024 ; que le Cabinet Y. Armand BOUYAIN, agissant au nom et pour le compte de l'Entreprise WENDIN MALGRE, a saisi l'ORD par lettre en date du vendredi 03 mai 2024 ; 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 1er 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 Caisse Nationale de Sécurité Sociale a lancé l'appel d'offres ouvert accéléré n°2023-034/CNSS/DESG/SM pour les travaux de construction du siège de la Direction Régionale de Fada;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de l'Entreprise WENDIN MALGRE non-conforme au motif que les procès-verbaux de réception provisoire des marchés similaires n'ont pas été fournis ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que c'est à tort que ce grief a été relevé à son encontre ; qu'aux termes du Dossier d'Appel d'Offres, son point 3.2 a), relatif à l'expérience spécifique de construction demandée aux candidats, il est demandé de justifier la « participation à titre d'entrepreneur, ou de sous-traitant dans au moins (01) marchés au cours des trois (03) dernières années qui ont été exécutés de manière satisfaisante et terminés, pour l'essentiel, et qui sont similaires aux travaux proposés.

La similitude portera sur la taille physique, la complexité, les méthodes/technologies ou autres caractéristiques telles que décrites dans la section IV, Etendue des travaux :

Le marché doit avoir une valeur minimum de huit cent millions (800 000 000) de F CFA et doit contenir au moins un bâtiment en R+1 » ; qu'ainsi, deux conditions essentielles tenant à la qualification technique du soumissionnaire sont requises :

- faire la preuve qu'au cours des trois (03) dernières années, il a exécuté de manière satisfaisante et terminés, pour l'essentiel, et qui sont similaires aux travaux proposés ;

- Le marché doit avoir une valeur minimum de huit cent millions (800 000 000) de F CFA et doit contenir au moins un bâtiment en R+1 ;

Qu'attendu que dans son offre, il a produit deux (02) marchés pour justifier son expérience professionnelle ; qu'il s'agit du marché n°SE-SEEN/00/10/01/00/202 suivant appel d'offre ouvert n°001/2020/SEEN/DG/SG/DM/SMTI pour la réalisation de travaux de construction d'un bâtiment R+1 à usage de bureau au profit de la SEEN d'un montant de 1 982 314 343 HT et le marché n°002/00/03/01/00/2019/00288 suivant appel d'offres ouvert international n°2019-004/ENSP/PCA/DG du 20/02/2019 pour les travaux de construction de bâtiment R+2 dans le centre de santé de Niamey d'un montant de 2 817 507 296 FCFA ;

que pour justifier la bonne exécution de ces marchés, il a produit les procès-verbaux de réception définitive indiquant que les travaux réalisés sont demeurés « tels et intacts durant la période de la garantie qui était de 12 mois conformément au cahier des charges et dans les règles de l'art » ; que la phase clé dans le cycle de vie d'un ouvrage est la réception des travaux, marquant l'achèvement du chantier de construction ; que cette étape se traduit sur papier par le procès-verbal de réception de travaux, ou PV de réception de travaux ; que le maître de l'ouvrage procède dans un premier temps à une réception provisoire des travaux, sanctionnée par le procès-verbal de réception provisoire, puis à l'expiration de la période de garantie des travaux, il procède à l'établissement d'un procès-verbal de réception définitive si les travaux réalisés sont demeurés tels et intacts durant la période de la garantie qui était de 12 mois conformément au cahier des charges et dans les règles de l'art ; que la réception des travaux est donc une sorte d'état des lieux visant à contrôler la conformité du travail de l'entrepreneur ; que le procès-verbal de réception provisoire étant le premier acte de réception, il est généralement produit dans le cadre du dossier d'appel d'offres pour attester de l'exécution des travaux ; qu'en effet, exiger la production des procès-verbaux de réception définitive pourrait conduire à l'exclusion de bon nombre de soumissionnaires puisque la période de garantie n'étant pas encore expirée, un tel document n'est donc pas disponible ;

que selon les prescriptions du DAO, il revient à chaque soumissionnaire de prouver par tout moyen ses capacités techniques pour exécuter un tel marché en produisant tout document pouvant l'attester ; qu'il peut donc produire des procès-verbaux de réception provisoire ou définitive ; que les procès-verbaux de réception définitive ont une valeur plus probante sur les capacités réelles de l'entreprise à exécuter les travaux conformément aux règles de l'art ; que l'on ne saurait comprendre qu'un concurrent soit exclu au motif qu'il a produit des procès-verbaux de réception définitive au lieu des procès-verbaux de réception provisoire ; qu'attendu que conformément au principe d'économie et d'efficacité de la commande publique, son offre méritait d'être attributaire du marché parce qu'elle est la moins disant ;

que cependant, il y a lieu de relever que dans son offre, une erreur s'est glissée entre le montant en chiffre et en lettre à l'item 2.312 (bordereau des prix unitaires) ; que le montant en lettre étant de jurisprudence constante, celui qui doit prévaloir ; que la CAM aurait dû corriger l'erreur en tenant compte de cela ; que le prix à retenir est de cinquante-cinq mille (55 000) FCFA au lieu de 22 500 FCFA ; que l'offre modifiée devrait donc être de un milliard quatre cent treize millions neuf cent huit mille huit cent quatre-vingt-dix (1 413 908 890) FCFA ; que malgré cette correction, il reste le moins disant ;

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

sur la discussion,

considérant que l'ORD note que, par lettre n°200/YAB/AK/2024 du 06 mai 2024, le cabinet d'avocats Y. Armand BOUYAIN, représentant WENDIN MALGRE, l'a saisi d'une demande de désistement d'instance ;

considérant que l'exercice du recours est librement laissé à l'appréciation des soumissionnaires, l'ORD prend acte de l'abandon de la procédure par le requérant marqué par le retrait de sa plainte ;

considérant cependant que le désistement paraît surprenant et non justifié dans la mesure la réglementation en vigueur est favorable au succès de la cause du requérant ; qu'aussi, les marchés similaires présentés ont été obtenus au Niger ; qu'au regard de ces éléments de l'affaire, il y a lieu de s'auto saisir et d'ordonner, sans incidence sur la poursuite de l'attribution, de vérifier l'authenticité des deux (2) références similaires produites par le requérant et de rendre compte des résultats à l'ARCOP à toute fin utile ;

par ces motifs ;

DECIDE :

- **qu'il est compétent ;**
- **que le recours du Cabinet Y. Armand BOUYAIN, agissant au nom et pour le compte de l'Entreprise WENDIN MALGRE, 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 ;**
- **de prendre acte du désistement du Cabinet Y. Armand BOUYAIN, agissant au nom et pour le compte de l'Entreprise WENDIN MALGRE ; qu'en conséquence, son recours devient sans objet ;**
- **au regard des éléments de l'affaire, d'ordonner, sans incidence sur la poursuite de l'attribution, de vérifier l'authenticité des deux (2) références similaires produites par le requérant et de rendre compte des résultats à l'ARCOP à toute fin utile ;**
- **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 07 mai 2024

Le Président de séance

Abdoulaye SERE