

DECISION N°2016-0494/ARCOP/ORAD

sur recours de l'entreprise AFRIK LONNYA contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2016/004/MENA/SG/ENEP-OHG/DG du 04 juillet 2016 pour l'extension de l'éclairage de la cour de l'ENEP de Ouahigouya.

**L'ORGANE DE REGLEMENT AMIABLE DES DIFFERENDS
STATUANT EN MATIERE DE LITIGE :**

- Vu** le décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;
- Vu** le décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public et ensemble ses modificatifs ;
- Vu** le décret n°2008-374/PRES/PM/MEF du 23 juillet 2008 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;
- Sur** recours par lettre en date du 16 septembre 2016 de l'entreprise AFRIK LONNYA contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;

présidé par Monsieur Oumarou BASSAVE, membre de l'Organe de règlement amiable des différends (ORAD) ;

en présence de :

- Monsieur L. Prosper THIOMBIANO, membre de l'ORAD ;
- Monsieur Puraogo G. KAFANDO, membre de l'ORAD ;
- Messieurs Tahirou SANOU, Moïse BAKORBA et B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORAD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs T. Julien MALO et Siriki ZOU, respectivement DG et gestionnaire commercial de l'entreprise AFRIK LONNYA ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur D. Pascal BOUNDAOGO et Madame Mariam OUEDRAOGO, respectivement PRM et DAF de l'ENEP de Ouahigouya ;

- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Moumini NACANABO et Mahamadou DIALLO, respectivement gérant et représentant de l'Entreprise NACANABO MOUMINI et FRERES ;

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°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public et ses modificatifs n°2012-123/PRES/PM/MEF du 02 mars 2012 et n°2013-1148/PRES/PM/MEF du 12 décembre 2013 ;

considérant qu'aux termes de l'article 28 du décret n°2014-554 ci-dessus visé, l'ORAD 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°2016/004/MENA/SG/ENEP-OHG/DG du 04 juillet 2016 pour l'extension de l'éclairage de la cour de l'ENEP de Ouahigouya ;

sur la recevabilité,

considérant qu'aux termes de l'article 30 du décret n°2014-554 ci-dessus visé, « Tout candidat ou soumissionnaire s'estimant injustement évincé des procédures de passation de la commande publique, doit, avant de saisir l'ORAD, exercer un recours auprès de l'autorité contractante.

Ce recours est une demande écrite indiquant les références de la procédure de passation et exposant les motifs de sa réclamation. Il est adressé à l'autorité contractante avec accusé de réception ou déposé contre récépissé. Il doit invoquer une violation caractérisée des textes en la matière. Il doit être exercé dans un délai de trois (03) jours ouvrables à compter de la publication de l'avis d'attribution dans la revue de la commande publique, de la communication de la lettre d'invitation ou du dossier de demande de propositions.

L'autorité contractante est tenue de répondre à cette réclamation dans un délai de trois (03) jours ouvrables au-delà duquel le défaut de réponse sera constitutif d'un rejet implicite du recours.

En cas de rejet implicite, le requérant dispose de deux (02) jours ouvrables pour saisir l'ORAD. En cas de notification d'une réponse de rejet, il dispose de cinq (05) jours ouvrables pour saisir l'ORAD. » ;

considérant que les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°1876 du vendredi 09 septembre 2016, et que le délai de recours préalable auprès de l'autorité contractante courait jusqu'au 15 septembre 2016 ; que AFRIK LONNYAa saisi le Directeur général de l'ENEP de Ouahigouya, par lettre en date du 09 septembre 2016lequela répondu à ladite lettre par une réponse défavorable en date du 14septembre 2016 ; que tant est que si le requérant n'était pas satisfait, il disposait de cinq (05) jours ouvrables pour saisir l'ORAD ; que c'est ce à quoi, il a satisfait par lettre en date du 16septembre 2016;que, par ailleurs, le recours est conforme aux dispositions de l'article 33 du décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique précité ;

que, dès lors, il convient de le déclarer recevable ;

AU FOND :

sur les faits,

l'ENEP de Ouahigouya a lancé la demande de prix n°2016/004/MENA/SG/ENEP-OHG/DG du 04 juillet 2016 pour l'extension de l'éclairage de la cour de l'école ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a attribué le marché à l'Entreprise NACANABO MOUMOUNI et FRERES tout en déclarant l'offre du requérant non conforme au motif que les contrats joints sont au compte du privé et non au compte de l'Etat ou de ses démembrements ;

le requérant conteste le motif de non-conformité de son offre arguant qu'elle est conforme aux exigences techniques du DAO à la lecture de l'article 1^{er} point 4 du décret 2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008; il relève qu'il ressort de cette disposition qu'en plus de l'Etat et de ses démembrements, les « personnes privées agissant en vertu d'un mandat au nom et pour le compte d'une personne publique, signataire d'un marché public ou d'une délégation de service public » sont également considérées comme des autorités contractantes ;

il sollicite alors de l'ORAD un réexamen des résultats provisoires ;

sur la discussion,

considérant que le point A-31.IV des données particulières du dossier a fait obligation aux soumissionnaires de fournir deux (02) marchés similaires exécutés dans les cinq (05) dernières années ;

considérant que la CAM de l'ENEP de Ouahigouya a jugé que les marchés présentés ne sont pas conformes parce qu'ils ont été passés par le privé et non l'Etat et ses démembrements ; qu'elle a expliqué que les marchés similaires au sens de la réglementation des marchés publics en vigueur sont des contrats signés avec l'Etat et ses démembrements suivant la procédure décrite notamment par le décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 ci-dessus cité ;

considérant que AFRIK LONNYA a rappelé ses moyens ci-dessus évoqués ; qu'il a notamment affirmé que des structures privées peuvent être des autorités contractantes et passer des marchés publics lorsqu'elles reçoivent un mandat pour agir au nom et pour le compte de l'administration publique ; que c'est dans ce cadre qu'il a obtenu ses marchés avec l'OCADES et les autres structures privées ;

considérant que l'ORAD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications nécessaires, a rappelé que les marchés similaires requis dans les dossiers d'appel à concurrence sont définis comme étant des contrats administratifs conclus entre une autorité contractante et une autre entité en vue de l'acquisition de biens et services, et ce, suivant les procédures en vigueur ; que, cependant, les dispositions de l'article 1^{er} point 4 du décret 2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008, n'ont pas exclu la possibilité qu'une structure privée ait la qualité d'autorité contractante et puisse ainsi passer des marchés publics suivant la réglementation en vigueur ; qu'en l'espèce, c'est de cela qu'il s'agit puisque les marchés contestés ont été passés notamment avec l'OCADES dans le cadre du Programme national de plates formes multifonctionnelles pour la lutte contre la pauvreté (PN-PTFM-LCP) ; qu'il s'agit d'un programme public qui est sous la tutelle du Ministère de l'économie, des finances et du développement ; qu'en conséquence, de tels contrats sont des marchés publics ; qu'il s'en suit que la position de la CAM n'est pas conforme aux textes régissant la matière ; que c'est donc à tort que les marchés du requérant ont été déclarés non conformes sur ce point ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et d'infirmar ainsi les résultats provisoires en enjoignant à la CAM de reprendre l'évaluation de son offre sur le seul point litigieux, et ce, conformément à la présente décision;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de AFRIK LONNYA est recevable ;

-que la demande de prix sus visée reste soumise aux dispositions du décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-que la plainte de AFRIK LONNYA est fondée et qu'il convient de faire droit à son recours ;

-qu'il sied d'infirmar les résultats provisoires de la demande de prix n°2016/004/MENA/SG/ENEP-OHG/DG du 04 juillet 2016 pour l'extension de l'éclairage de la cour de l'ENEP de Ouahigouya ;

-que la CAM doit en tirer les conséquences de droit ;

-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 partout où besoin sera.

Ouagadougou, le 22 septembre 2016

Le Président de séance

Oumarou BASSAVE
Chevalier de l'Ordre national