

DECISION N°2018-0032/ARCOP/ORD

sur recours des entreprises «NYI» MULTI SERVICES et ESANAD contre les résultats provisoires de la demande de prix n 2017-002/PM/SG/DMP pour l'entretien et le nettoyage des bâtiments administratifs du Premier Ministère.

**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 ;*
- 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 18 janvier 2018 des entreprises «NYI» MULTI SERVICES et ESANAD contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

présidé par Madame Léa ZAGRE/RIMTOUMDA, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Salifou OUOBA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Moussa TRAORE, membre de l'ORD ;
- Messieurs Moïse BAKORBA et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants, Monsieur Mamado SAMANDOULGOU, responsable de l'entreprise «NYI» MULTI SERVICES, Madame Assetou SANGARE et Monsieur A Franck OUEDRAOGO, respectivement Directrice et responsable technique de l'entreprise ESANAD ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs K. Abel BAYALA et Louis NIKIEMA, représentant le Premier ministre ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Mesdames Flavienne BENON et Alizeta KANSOLE, représentantes de l'entreprise PRES-NET-SERVICE-PLUS ;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

rend la présente décision fondée sur la régularité des 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 les recours concernent la contestation des résultats provisoires de la demande de prix n°2017-002/PM/SG/DMP pour l'entretien et le nettoyage des bâtiments administratifs du Premier Ministre ;

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 sus visée « 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 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°2229 du mercredi 17 janvier 2018, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 19 janvier 2018 ; que les entreprises «NYI» MULTI SERVICES et ESANAD ont saisi l'ORD, par lettre en date du 18 janvier 2017 ; que, par ailleurs, les recours sont conformes 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 les déclarer recevables ;

AU FOND :

sur les faits,

le Premier ministre a lancé la demande de prix n°2017-002/PM/SG/DMP pour l'entretien et le nettoyage de ses bâtiments administratifs ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de l'entreprise «NYI» MULTI SERVICES conforme au dossier de demande de prix (DDP) ; cependant elle a procédé à une correction de son montant TTC car il y a eu une erreur de report du montant maximum TTC en lettres sur l'acte d'engagement ; que cette correction a entraîné une variation de 12.05% de son offre TTC ; qu'elle n'a pas répondu à la lettre n°2017-001/PM/SG/DMP du 29 décembre demandant une remise de son montant ;

quant à l'offre de ESANAD, elle a été déclarée conforme, cependant le marché ne lui a pas été attribué car son offre n'est pas la moins disante et de plus elle n'a pas fait de remise de son montant comme demandé par l'Autorité contractante ;

les requérants contestent cette décision de la CAM ;

l'entreprise «NYI» MULTI SERVICES fait observer que suite à l'analyse, il s'est avéré que son offre, ainsi que celles des entreprises ESANAD et PRES-NET-SERVICE-PLUS étaient à égalité parfaite ; que la CAM a fait une demande de remise afin de les départager ; que ses concurrents ne peuvent faire de réduction au regard des montants de leurs offres ; que la CAM n'a pas tenu compte du montant lu au dépouillement de ESANAD qui est de 3 092 460,01 FCFA HT en minimum, soit un montant maximum de 37 109 520,12 FCFA HT au lieu de respectivement 3 092 460 FCFA HT et 37 109 520 FCFA HT comme mentionné dans les résultats provisoires ; que l'offre de l'entreprise PRES-NET-SERVICE-PLUS doit être rejetée pour non-

respect de la décision de la commission Mixte et paritaire de négociation du secteur privé (CMPNSSP) du 24 juillet 2012 relative au barème de minimum car son rabais a porté sur la réduction des salaires des employés ;

l'entreprise ESANAD fait valoir qu'après avoir réétudié son offre, elle a constaté que la remise touchera les salaires des employés et que conformément au décret 2012/132/PRES/PM/MINFID/MFPTSS portant relèvement des salaires minimum des travailleurs du secteur privé régie par le code de travail, elle n'a pas fait de remise au risque d'avoir une marge bénéficiaire négative ;

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

sur la discussion,

considérant que le requérant «NYI» MULTI SERVICES fait observer que le dossier a été fait de telle sorte qu'il y ait une seule proposition financière ; que celle-ci se résumerait au montant des salaires ; que même les salaires ont été encadrés par le décret 2012 ci-dessus cité ; que tous les soumissionnaires qui ont compris le dossier savaient que la différence allait se faire à des virgules près ; qu'il invite donc l'ORD à apprécier les offres en tenant compte des virgules ; qu'étant donné que l'offre financière se résume à la somme des salaires, toute entreprise ayant fait des rabais ne saurait être conforme à la réglementation en vigueur ; qu'ainsi son offre doit être rejetée ;

considérant que ESANAD, soulève la même difficulté liée au dossier évoquée ci-dessus par le précédent requérant ; que toute entreprise ayant fait une réduction doit être déclarée non conforme ; qu'aussi toutes les entreprises n'ayant pas répondu à la demande de remise doivent être déclarées non conformes pour n'avoir pas respecté les exigences de la commission ;

considérant que la CAM a noté qu'elle s'est retrouvée dans une situation difficile en ayant trois soumissionnaires à égalité ; que le dossier n'ayant pas prévu de sous-détail des prix, la différence était difficile à trouver ; que ESANAD a signifié dans sa réponse à la lettre de demande de remise qu'il ne pouvait pas faire de rabais au regard de sa marge bénéficiaire ; par contre «NYI» MULTI SERVICES n'a pas répondu ;

considérant que l'attributaire provisoire note que le dossier n'a exigé que la prise en charge des salaires du personnel ; que tous les soumissionnaires savaient qu'il fallait un sous-détail des prix mais aucun d'entre eux n'a écrit à l'autorité contractante pour exiger le sous-détail des prix ; que tous les soumissionnaires travailleront à perte dans cette procédure car aucun n'a appliqué les taxes patronales ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que le rabais fait par l'attributaire provisoire porte sur les salaires des agents ; que ce rabais n'est pas légal car il ramène les salaires de ses agents en dessous du seuil admis par le décret 2012 ci-dessus cité ; qu'aussi le montant minimum de ESANAD est de 3 092 460,01 FCFA HT au lieu de 3 092 460 FCFA HT

comme mentionné dans les résultats provisoires ; qu'ainsi les requérants sont fondés à se plaindre sur l'analyse de la CAM ; cependant l'ORD note que le dossier pourrait être considéré comme comportant des insuffisances pour n'avoir pas prévu de sous détail ; que cependant, ce silence du dossier ne saurait signifier que l'offre financière des soumissionnaires se réduirait aux minima salariaux légaux dans la mesure où les charges liées aux produits et matériels de nettoyage ainsi que la marge bénéficiaire sont des éléments inéluctables de l'offre financière ; qu'avec seulement les salaires comme seule charge, c'est à dire que les autres charges variables n'ont pas été prises en compte par les plaignants et l'attributaire provisoire dans leurs offres financières ; que dans ces conditions, il est plus qu'évident qu'aucun d'eux ne dégagent une marge bénéficiaire et leurs offres doivent être traitées comme telles ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que les plaintes des requérants sont fondées ; que cependant, il convient d'infirmes les résultats provisoires à leur détriment pour absence de marge positive des plaignants et de l'attributaire provisoire ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours des entreprises «NYI» MULTI SERVICES et ESANAD sont recevables ;

-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 les plaintes des entreprises de «NYI» MULTI SERVICES et ESANAD sont fondées ;

-que cependant les offres des plaignants et de l'attributaire provisoire se réduisent exclusivement aux minima réglementaires des rémunérations des salaires ; que de telles offres ne présentent aucune marge bénéficiaire positive, toute chose qui est contraire aux règles régissant les marchés publics ;

-qu'il sied d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n 2017-002/PM/SG/DMP pour l'entretien et le nettoyage des bâtiments administratifs du Premier Ministère, et inviter la CAM à tirer toutes les conséquences de droit de la présente décision ;

-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 janvier 2018

la Présidente de séance

Léa ZAGRE/RIMTOUMDA
-Chevalier de l'Ordre National