

DECISION N°2018-0135/ARCOP/ORD

sur recours du Cabinet d'avocat Maître Marcellin, agissant au nom et pour le compte de l'entreprise EKJ, contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2018-01/MFSNF/SG/MEADO/DG/PRM pour l'acquisition de vivres et autres denrées alimentaires au profit de la Maison d'enfance André DUPONT de Orodara (MEADO).

**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 lettre en date du 13 mars 2018 du Cabinet d'avocat Maître Marcellin, agissant au nom et pour le compte de l'entreprise EKJ contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

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

en présence de :

- Madame Céline KONE/DIALLO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Moussa TRAORE, membre de l'ORD ;
- Monsieur Tahirou SANOU, assisté de Messieurs Moïse BAKORBA et Y. Ferdinand KINDA assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Monsieur T. Cyriaque DABIRE, juriste du Cabinet d'avocat Maître Marcellin, agissant au nom et pour le compte de l'entreprise EKJ ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Lota KOURA et Lassina COULIBALY, respectivement DG et PRM de la Maison d'enfance André DUPONT de Orodara (MEADO) ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Francis BOUDRE, représentant d'ALOM 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 la demande de prix sus visée reste soumise aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} 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 n°2018-01/MFSNF/SG/MEADO/DG/PRM pour l'acquisition de vivres et autres denrées alimentaires au profit de la MEADO ;

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

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 la demande de prix ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2265-2266 du jeudi 08 et vendredi 09 mars 2018 ; que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 13 mars 2018 ; que le Cabinet d'avocat Maître Marcellin, agissant au nom et pour le compte de l'entreprise EKJ a saisi l'ORD par lettre en date du 13 mars 2018 ; 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,

la Maison d'enfance André DUPONT de Orodara (MEADO) a lancé la demande de prix n°2018-01/MFSNF/SG/MEADO/DG/PRM pour l'acquisition de vivres et autres denrées alimentaires ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de l'entreprise EKJ non-conforme au dossier de demande de prix (DDP) au motif que son offre est anormalement basse ; que conformément aux données particulières, le seuil normal est compris entre 24 183 499 et 32 718 851 FCFA du montant maximum des offres alors que son montant maximum n'est que de 22 602 500 FCFA ;

le conseil de l'entreprise EKJ conteste cette décision de la CAM et fait valoir que l'article 108 du décret n°2017-0049 du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, n'est pas à ce jour applicable ; que de ce fait, cet argument ne peut être utilisé par la CAM pour écarter l'offre de sa cliente, l'entreprise EKJ ;

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

sur la discussion,

considérant qu'aux termes de l'article 108 du décret 2017-049 sus dessus visé une « offre est estimée anormalement basse ou élevée, lorsqu'elle est inférieure ou supérieure de plus de 15% à la moyenne du montant prévisionnel de l'autorité contractante et de la moyenne arithmétique des montants toutes taxes comprises corrigés, des offres techniquement conformes affectés de coefficients de pondération précisés dans les dossiers standards d'acquisition.

Après application de cette formule, l'offre qui paraît anormalement élevée ou basse est rejetée par la commission d'attribution des marchés ».

considérant cependant qu'à ce jour, cet article 108 ci-dessus cité n'est pas encore applicable car sa mise en œuvre nécessite l'adoption de coefficients de pondération à déterminer dans les dossiers standards d'acquisition ;

que dans cet ordre d'idée, les dossiers standards nationaux d'acquisitions ont été adoptés par arrêté n°2018-056/MINEFID/CAB du 09 février 2018 et entrent en vigueur pour compter du 1^{er} mai 2018 ;

considérant que la CAM fait observer qu'en utilisant le fondement d'offre anormalement basse pour écarter certaines offres, son objectif est de prendre des dispositions idoines afin d'éviter des difficultés au cours de l'exécution du marché ;

considérant que l'attributaire provisoire n'a pas fait de déclarations particulières ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que les dossiers standards nationaux d'acquisitions qui déterminent les coefficients de pondération ne sont pas encore entrés en vigueur ; que la formule appliquée par la CAM est donc contraire à la réglementation en vigueur qui ne permet pas d'établir formellement qu'une offre est anormalement basse sur le fondement d'une formule; qu'il s'en suit que l'argument de l'offre anormalement basse ne saurait prospérer ; que c'est donc à tort que la CAM n'a pas retenu l'offre du requérant sur ce point ; que par ailleurs, l'ORD note qu'au besoin de l'évaluation, la CAM pourrait solliciter le sous détails des prix du requérant afin de s'assurer de la sincérité des prix proposés ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours du Cabinet d'avocat Maître Marcellin, agissant au nom et pour le compte de l'entreprise EKJ est recevable ;

-que la demande de prix sus visée reste soumise aux dispositions 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 la plainte du Cabinet d'avocat Maître Marcellin, agissant au nom et pour le compte de l'entreprise EKJ est fondée ;

-qu'il sied d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n°2018-01/MFSNF/SG/MEADO/DG/PRM pour l'acquisition de vivres et autres denrées alimentaires au profit de la MEADO ;

-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 14 mars 2018

le Président de séance

Firmin BAGORO