

DECISION N°2018-0195/ARCOP/ORD

sur recours de ESDP SA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2018-335/MUH/SG/DMP pour les travaux de construction d'une place de la nation avec tribune couverte de 300 places à Manga dans la Région du Centre-Sud.

**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 05 avril 2018 de ESDP SA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

présidé par Monsieur Ibrahim SOKOTO, 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 B. Adama OUEDRAOGO et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Madame Corinne OUEDRAOGO et Monsieur Saïdou OUEDRAOGO, représentants de ESDP SA ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Romain KABORE, Dieudonné BELEMKOABA, Halidou KABORE, Moctar SAWADOGO, Florent BAGUIRA, représentants le Ministère de l'urbanisme et de l'habitat ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Boukaré ILBOUDO et Hinsi BIHOUM, représentants le Groupement ENITAF SARL/EGCE 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 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 ouvert accéléré n°2018-335/MUH/SG/DMP pour les travaux de construction d'une place de la nation avec tribune couverte de 300 places à Manga dans la Région du Centre-Sud ;

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 l'appel d'offres ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2283 du mardi 03 avril 2018, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 05 avril 2018 ; que ESDP SA a saisi l'ORD par lettre en date du 05 avril 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 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

le Ministère de l'urbanisme et de l'habitat a lancé l'appel d'offres ouvert accéléré n°2018-335/MUH/SG/DMP pour les travaux de construction d'une place de la nation avec tribune couverte de 300 places à Manga dans la Région du Centre-Sud ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de EDSP-SA non conforme au dossier d'appel d'offres (DAO) au motif que le montant lu à l'ouverture des plis de son offre financière est hors enveloppe ; que les CNIB de KORGOR B Tertus, SANKARA Yousfou, GUIRE M L Juste sont expirées respectivement depuis le 18/11/2017, le 11/12/2017 et le 21/06/2017 ; qu'il a fourni un PV de réception provisoire en lieu et place d'un PV définitif pour le marché n°38/00/03/01/00/2015-00023 du 29/09/2015 relatif à la construction d'une tribune de 300 places et aménagement d'une place de la nation à Kaya ; que les autres marchés similaires fournis sont hors délai ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et soutient que le motif tiré de l'expiration des CNIB n'est ni fondé, ni justifié en ce sens qu'elle sont fournies juste pour une vérification d'identité et non pour un acte de police ; il note en plus, qu'en matière de circulation des personnes dans les espaces UEMOA et CEDEAO, d'autres documents d'identité sont admissibles ; que l'analyse de l'exigence de projet de nature et de complexité similaires ne peut se faire sans base légale ou sans jurisprudence de l'ORD ; qu'un marché similaire n'est pas seulement un marché identique mais aussi un marché « voisin de... » et « proche à... » (la pièce 4 du DAO) ;

que s'il faut comprendre le rejet d'un marché pour défaut de procès-verbal de réception définitive ou d'attestation de bonne fin d'exécution, c'est qu'il faut comprendre que c'est celui-ci qui marque l'exécution satisfaisante du marché et non la date d'approbation du contrat ; qu'il a joint dans son offre les cinq marchés de nature et complexité similaires dans son offre ; que le grief lié au montant lu de l'offre financière qui est hors enveloppe n'est pas opérant car elle ne peut intervenir qu'après l'analyse de l'offre financière ; par ailleurs, il conteste la conformité de l'offre de l'attributaire provisoire au motif que, d'une part, la nature du groupement n'est pas conforme à la réglementation car impliquant un partage de responsabilité et, d'autre part, que les rapports financiers des cinq dernières années n'ont pas été fournis conformément au point 1.9 de la pièce 4 du DAO ;

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

sur la discussion,

considérant que les données particulières requièrent des soumissionnaires trois projets de nature et de complexité similaires exécutés au cours des trois dernières années (2014,2015 et 2016) ;

considérant que le requérant note que l'exigence des CNIB dans le dossier ne doit pas être détournée de son but premier qui est la vérification de l'identité ; que mieux l'expiration des CNIB ne constitue pas un motif de non-conformité prévu dans le dossier ; que pour ce qui concerne les marchés similaires, il fait observer que si la CAM refuse d'admettre comme marché similaire le marché de la tribune de Kaya au motif que seul le procès-verbal de réception provisoire a été joint, il est plus qu'évident dans ces conditions, qu'il ne faut pas seulement tenir compte de la date d'approbation du marché mais du PV définitif ou l'attestation de bonne fin d'exécution qui marque l'exécution parfaite du marché ; que, dans ces conditions, en prenant en compte les attestations de bonne fin ou les procès-verbaux de réception définitif, il estime avoir rempli l'exigence des marchés similaires ;

considérant que la CAM fait observer que son analyse a porté sur la conformité des pièces de l'offre ainsi que leur validité ; que c'est ainsi que les CNIB expirées n'ont pas été retenues ; que, mieux, le non renouvellement des CNIB peut être dû au fait que ces personnes n'existent plus, soit qu'ils ne sont plus dans ladite société ; que pour les marchés similaires, l'ORD pourrait après les vérifications constater que soit les marchés du requérant ne rentrent pas dans les trois dernières années, soit les pages de garde ou de signature ou même les procès-verbaux de réception ne sont pas fournis ;

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 certes l'exigence des CNIB n'a pas pour but de faire un contrôle de police, mais un contrôle d'identité ; que, pour ce faire, lesdites CNIB doivent être valides ; que les CNIB sont expirées depuis les 18/11/2017, 11/12/2017 et 21/06/2017 ;

que le requérant a disposé du délai nécessaire pour faire renouveler lesdites pièces afin de les joindre dans son dossier dont le dépouillement a eu lieu le 13 février 2018 ; que c'est donc à bon droit que les CNIB n'ont pas été retenues ; que s'agissant des marchés similaires, l'ORD note que c'est à tort que la CAM n'a pas retenu le marché n° SE/0/03/01/00/2014/00007/AGETER/DG qui a été valablement justifié ; quant au marché n°38/00/03/01/00/2015/0023 du 29/09/2015 c'est à bon droit qu'il n'a pas été retenu car le requérant n'a pas fourni le procès-verbal de réception définitive ; qu'en ce qui concerne les marchés n°001-2012-BDTRVXMAH (lot01) conclu avec BOUTIQUE DE DEVELOPPEMENT et les marchés n°24/00/02/03/2013/00115 et n°24/00/02/03/2013/00117 du 14/08/2013 conclus avec la République du Benin, l'ORD relève que leurs différentes dates d'approbations sont antérieures aux trois dernières années ; que mieux ils ont été exécutés sur une période largement au-delà du délai d'exécution normale du marché ; qu'admettre les retards dans l'exécution des marchés publics est contraire aux principes de l'efficacité et de l'économie de la commande publique ; que l'absence de toutes preuves mettant à la charge de l'autorité contractante les retards, il revient à l'entreprise d'assumer les conséquences ; que c'est donc à bon droit que la CAM n'a pas retenu ces marchés ; qu'enfin, l'ORD note qu'une offre ne saurait être déclarée hors enveloppe, si elle n'a pas fait l'objet d'une évaluation qui pourrait la faire évoluer à la hausse ou à la baisse ; que la CAM ne peut donc déclarer hors enveloppe une offre financière lu sans l'avoir examinée ;

que, par ailleurs, s'agissant des griefs portés contre l'offre de l'attributaire provisoire, l'ORD note que le groupement qu'il a constitué est conforme à la réglementation car étant un groupement solidaire ; qu'aussi, tout comme le requérant celui-ci a fourni les états financiers des trois dernières années au lieu des cinq dernières années ; qu'au regard des principes d'efficacité et d'économie de la commande publique, ce motif n'est pas suffisant pour déclarer l'offre de l'attributaire provisoire non conforme, ce qui aboutirait à déclarer la présente procédure infructueuse puisqu'aucune entreprise conforme n'a respecté à la lettre cette obligation ; qu'ainsi, il convient de déclarer l'offre de l'attributaire provisoire conforme ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée dans son ensemble et de confirmer ainsi les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de ESDP SA 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 ;

-que la plainte de ESDP SA n'est pas fondée pour l'essentiel ;

-qu'il sied de confirmer en définitive les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2018-335/MUH/SG/DMP pour les travaux de construction d'une place de la nation avec tribune couverte de 300 places à Manga dans la région du Centre-Sud ;

-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 09 avril 2018

le Président de séance

Ibrahim SOKOTO