

DECISION N°2018-0212/ARCOP/ORD

sur recours du Cabinet d'avocats Bertin KIENOU agissant au nom et pour le compte de EZOF SA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2018-01/C-KSG/M/PRM pour l'acquisition et la livraison de vivres pour cantines scolaires au profit des écoles primaires de la commune rurale de Komsilga (lots 01, 02 et 03).

**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 10 avril 2018 du Cabinet d'avocats Bertin KIENOU agissant au nom et pour le compte de EZOF SA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert ci-dessus cité ;*

présidé par Madame Léa ZAGRE/RIMTOUMDA, 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 ;
- Madame BAYANE/ZONGO Irène, Messieurs Moïse BAKORBA et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Maître Bertin KIENOU et Monsieur Yao Sidzedze DZAMAYOVO, respectivement avocat et CSAF EZOF SA ;

- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Aboubacar S. TRAORE, PRM de la Mairie de Komsilga ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Jérémie K BOUDA et Moumouni NANA, respectivement Directeur général et Conseil fiscal de l'entreprise ACOR ;

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 ouvert 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 n°2018-01/C-KSG/M/PRM pour l'acquisition et la livraison de vivres pour cantines scolaires au profit des écoles primaires de la commune rurale de Komsilga (lots 01, 02 et 03) ;

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 ouvert ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2285 à 2287 du jeudi 05 au lundi 09 avril 2018, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au vendredi 11 avril 2018 ; que le Cabinet d'avocats Bertin KIENOU agissant au nom et pour le compte de EZOF SA a saisi l'ORD par lettre en date du 10 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 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 Commune rurale de Komsilga a lancé l'appel d'offres ouvert n°2018-01/C-KSG/M/PRM pour l'acquisition et la livraison de vivres pour cantines scolaires au profit des écoles primaires de (lots 01, 02 et 03) ;

la Commission communale d'attribution des marchés (CCAM) a déclaré l'offre de EZOF SA non conforme au dossier d'appel d'offres (DAO) au motif qu'il y a une confusion totale dans la dénomination de la société sur les pièces administratives ; que tantôt il s'agit de EZOF SA tantôt EZOF pendant qu'il est clair que EZOF, entreprise individuelle, a cessé toutes ses activités depuis le 08 juillet 2015 au profit de EZOF SA ; qu'il a fourni 06 marchés similaires dont cinq (05) sont de EZOF et un (01) de EZOF SA ; que la caution de soumission est non conforme au modèle proposé car non datée en bas de page ;

le requérant conteste cette décision de la CCAM et soutient que conformément à l'arrêté n°2017-392 du MINEFID/CAB du 15 septembre 2017 portant fixation des pièces administratives, la commission aurait dû l'inviter à régulariser lesdites pièces avant tout rejet ; que lesdites pièces ne peuvent être remises en cause au simple motif que l'administration désigne tantôt EZOF SA et tantôt EZOF dans ses pièces ; que mieux, il est clairement indiqué sur le certificat de chiffre d'affaires que : « avec la création d'EZOFS A , Monsieur Oumarou ZOUNGRANA qui exploitait son entreprise sous l'enseigne commerciale EZOF, a cessé ses activités au profit de la société anonyme EZOF SA pour compter du 08/07/2015 ; de ce fait la société anonyme (SA) créée par apport de fonds de commerce de EZOF peut se prévaloir de l'ensemble de son chiffre d'affaires » ; qu'ainsi le simple fait pour l'administration de n'avoir pas mentionné, sur certaines pièces administratives le sigle SA n'entache pas leur validité ; en ce qui concerne les marchés similaires, il estime que la société anonyme (SA) étant créée par apport de fonds, elle peut se prévaloir des marchés précédemment acquis par

l'entreprise individuelle ; qu'en ce qui concerne la date, celle-ci est clairement indiquée dans le corps de ladite caution, donc ce motif ne saurait être valable ;

il sollicite donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires ;

sur la discussion,

considérant que EZOF SA par le biais de son conseil soutient qu'il n'y a aucune confusion entre EZOF SA et EZOF ; qu'en effet EZOF SA a été créée par Monsieur Oumarou ZOUNGRANA qui exerçait son activité en tant qu'entreprise individuelle sous l'enseigne de EZOF ; que lors de la création de la SA les avoirs de cette dernière ont été apportés au capital de la nouvelle société née sous forme d'apport de fonds de commerce et en retour, Monsieur Oumarou ZOUNGRANA a reçu des actions dans la nouvelle société anonyme ; que cette opération de mutation de l'entreprise valablement constituée ne cause aucun problème et que EZOF SA peut se prévaloir des acquis de EZOF ; qu'il ne s'agit pas d'une création mais d'une mutation, et le registre du commerce est clair sur la question dans la mesure où il a été coché la case « par apport » ; que dans ces conditions il y a une continuité ; que pour ce qui concerne la date de la caution, certes il existe une date au bas de page dans le modèle, mais il est aussi constant qu'il existe une date dans le corps de cette caution qui marque le point de départ de validité de celle-ci ; que le défaut de la date au bas de page ne constitue pas une cause de non-conformité ;

considérant que la CAM note qu'il est constant que chaque entreprise dispose d'un n°IFU unique ; que EZOF SA est l'entreprise qui a soumissionné, mais dans son dossier elle utilise les pièces de EZOF et de EZOF SA sans distinction ; qu'en toute sincérité la commission a eu des difficultés à comprendre les pièces, car sur certaines pièces, il est marqué au stylo sur les marchés le n°IFU ;

considérant que l'attributaire provisoire soutient qu'il s'agit de deux entreprises distinctes, donc EZOF SA ne peut se prévaloir des acquis de EZOF entreprise individuelle ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que lorsque l'entreprise individuelle se met en société, il n'y a pas de transformation mais constitution d'une société devant donner naissance à une personne morale qui n'existait pas auparavant ; que dans ces conditions, l'entreprise individuelle n'existe plus et il y va aussi de ses expériences qui sont liées à l'individu ; que l'apport du fonds de commerce ne saurait concerner les expériences acquises par l'entreprise individuelle ; que c'est à tort que le requérant utilise les acquis de l'entreprise individuelle EZOF au compte de la nouvelle société anonyme EZOF SA ; que c'est donc à bon droit que la CAM a relevé ce grief ;

mais considérant que le dossier mis à la disposition des communes pour l'acquisition des vivres requiert des soumissionnaires la fourniture d'un marché similaire ; que dans le cadre du présent DAO, la commune exige cinq (05) marchés similaires ; qu'il y a lieu de noter que cette exigence excessive constitue un abus et donc une distorsion à la concurrence et au libre accès à la commande publique ; que ce fait, il sied de considérer que tout soumissionnaire ayant fourni au moins un marché similaire dans le

cadre de cette procédure doit être déclaré conforme sur ce point ; que le requérant EZOF SA disposant d'au moins un marché similaire, son offre doit être déclarée conforme sur ce point ;

considérant que sur la garantie de soumission, le modèle de garantie de soumission comporte deux dates successives et surabondantes sur la date de signature et d'authentification du document ; que l'absence d'une de cette date ne saurait rendre le document non valide ; que l'offre du requérant comportant une date certaine de signature et d'authentification, elle est conforme et valide ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée en définitive et d'infirmier ainsi les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours du Cabinet d'avocats Bertin KIENOU agissant au nom et pour le compte de EZOF SA est recevable ;

-que l'appel d'offres ouvert 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 du Cabinet d'avocats Bertin KIENOU agissant au nom et pour le compte de EZOF SA est fondée ;

-qu'il sied d'infirmier les résultats provisoires de de l'appel d'offres ouvert n°2018-01/C-KSG/M/PRM pour l'acquisition et la livraison de vivres pour cantines scolaires au profit des écoles primaires de la commune rurale de Komsilga (lots 01, 02 et 03) ;

-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 13 avril 2018

la Présidente de séance

Léa ZAGRE/RIMTOUMDA
Chevalier de l'Ordre National