

DECISION N°2018-0445/ARCOP/ORD

sur recours de GESER-FA-SARL et de Groupe Burkina Services (GBS) contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2018-003/RPCL/POTG/COM/CCAM pour les travaux de construction d'infrastructures administratives, scolaires et sanitaires dans la Commune de Ourgou-Manega (lots 01, 02, 03, 04 et 05)

**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 des 04 et 05 juillet 2018 de GESER-FA-SARL et de Groupe Burkina Services contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

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

en présence de :

- Monsieur Idrissa OUATTARA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Sylvestre OUEDRAOGO, membre de l'ORD ;
- Messieurs Modeste YAMEOGO et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :
 - Monsieur Anatole KABORE, Chef du personnel de GESER-FA-SARL ;

- Messieurs Hiliyas SAWADOGO et Saïdou OUEDRAOGO, représentants de GBS ;
- au titre de l'autorité contractante, Madame Nafissatou TRAORE, Comptable de la Mairie de Ourgou-Manéga ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Zakaria SAKANDE et Ben Idriss SIMPORE, représentants de ESSAF ;

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 susvisée 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 le recours concerne la contestation des résultats provisoires de la demande de prix n°2018-003/RPCL/POTG/COM/CCAM pour les travaux de construction d'infrastructures administratives, scolaires et sanitaires dans la commune de Ourgou-Manéga (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 susvisée « 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°2348 du mardi 03 juillet 2018, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 05 juillet 2018 ; que GESER-FA-SARL et Groupe Burkina Services ont saisi l'ORD par lettres en date des 04 et 05 juillet 2018 ; 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

la Commune de Ourgou-Manega a lancé la demande de prix n°2018-003/RPCL/POTG/COM/CCAM pour les travaux de construction d'infrastructures administratives, scolaires et sanitaires (lots 01, 02 et 03) ;

la Commission communale d'attribution des marchés (CCAM) a déclaré l'offre de GESER-FA-SARL non-conforme au dossier de demande de prix (DDP) au motif qu'il a proposé le même personnel et matériels à tous les lots ; qu'aucun soumissionnaire ne peut être attributaire de plus de trois lots ; qu'ainsi il a été attributaire des lots 3,4 et 5 ;

quant à Groupe Burkina Services son offre (lots 2 et 3) a été déclarée non conforme pour absence de marchés similaires avec les structures de l'Etat ;

les requérants contestent cette décision de la CCAM :

GESER-FA-SARL soutient qu'il doit être attributaire du lot 1, qui a le plus gros volume financier parce qu'il est le moins disant ; que les attributions doivent être économique pour l'autorité contractante ; qu'en lui attribuant le lot 01, l'administration économisera la somme de deux millions cent cinquante-six mille trois cent quatre-vingt-dix-sept (2 156 397) FCFA TTC ;

GROUPE BURKINA SERVICES argue qu'au niveau du point A-34 des données particulières, il n'a pas été requis de marchés similaires ; qu'en l'absence de règles, on ne saurait parler de faute, et encore moins de sanction ; que ce grief relève d'un abus d'autorité et est contraire à la trilogie « règle-faute-sanction » ; que dans l'hypothèse où le dossier aurait même demandé la production de marchés similaires, cette exigence est nulle et de nul effet ; que le dossier type de demande de prix pour les marchés de travaux en vigueur avant le 01/05/2018, dont la présente procédure d'appel d'offre devrait s'inspirer, n'exige pas de projets similaires ;

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

sur la discussion,

sur le recours de GESER FA SARL (lots 01, 02, 03, 04 et 05),

considérant que l'article 85 du décret 2017-0049 ci-dessus cité dispose : « *les commissions d'attribution des marchés proposent l'attribution du marché sur la base de la combinaison la plus économique pour la collectivité publique* » ;

considérant que le requérant note que la Commune gagnerais à lui attribuer le lot 01 car il est le moins disant ;

considérant que la CCAM a noté que l'attribution a été fait de la sorte parce que le requérant a soumissionné avec le même personnel à tous les lots ; que c'est ainsi que les petits lots lui ont été attribués, de tel sorte que son personnel puisse y être affecté afin d'éviter tout blocage du processus de réalisation des infrastructures ;

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 la commission a attribué le marché en violation de l'article 85 ci-dessus cité ; qu'en effet en attribuant le lot 01 au requérant, la Commune fera une économie de 1 827 455 FCFA HTVA ; qu'elle ne pourra pas avoir cette économie si l'attribution demeure en l'état actuel ; que la CCAM n'a donc pas fait une bonne analyse ;

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

sur le recours de GROUPE BURKINA SERVICES (lots 02 et 03),

considérant que les marchés similaires ne peuvent être exigés que lorsque le montant prévisionnel du marché atteint soixante-quinze millions (75 000 000) de FCFA pour les travaux et cinquante millions (50 000 000) de FCFA pour les fournitures, au-delà donc du seuil de la demande de prix ;

considérant que la CCAM a noté que le dossier a été validé et aucune demande d'explication n'a été faite par le requérant ; qu'à ce stade de la procédure, le requérant n'a plus d'intérêt à la contester ;

considérant que le requérant a réitéré ses moyens ci-dessus évoqués ;

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 qu'exiger les marchés similaires dans une procédure de demande de prix est contraire à la réglementation en vigueur ; qu'il s'agit d'une procédure allégée dont le dossier type, tel qu'adopté et au regard du seuil, ne prévoit aucune possibilité d'exiger des marchés similaires ; qu'en modifiant irrégulièrement le dossier type pour exiger de telles références, l'autorité contractante a mal procédé de même que la CCAM qui a fait application de cette exigence irrégulière au moment de l'évaluation des offres ;

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

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours de GESER-FA-SARL et de Groupe Burkina Services sont recevables;

-que la demande de prix susvisée 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 de GESER-FA-SARL et de Groupe Burkina Services sont fondées ;

-qu'il sied d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n°2018-003/RPCL/POTG/COM/CCAM pour les travaux de construction d'infrastructures administratives, scolaires et sanitaires dans la Commune de Ourgou-Manega (lots 01, 02, 03, 04 et 05) et inviter la CCAM à 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 09 juillet 2018

le Président de séance

Ibrahim SOKOTO