

DECISION N°2018-0604/ARCOP/ORD

sur recours du Groupement WATAM & ECONOMIC -AUTO (lots 01 et 02) et de MEGA TECH SARL (lot 01) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2018-09/MATD/SG/DMP pour l'acquisition de matériels roulants à quatre roues au profit de la DAF et de la DPIFL.

**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 29 août 2018 du Groupement WATAM & ECONOMIC -AUTO et de MEGA TECH SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

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 Silamana SOMANDA, 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 des requérants, Monsieur Assomption BATIANA et Madame L. Eléonore GARGANI, respectivement Agent de WATAM SA et Juriste de MEGA TECH SARL ;

- au titre de l'autorité contractante, Madame BERE/KOTE Sita, Messieurs Emmanuel BAZIÉ et Mominé TRAORÉ, représentants le MATD ;
- au titre des attributaires provisoires, Messieurs Jacques TERRAH et Mahamoudou OUEDRAOGO, respectivement Coordinateur commercial de DIACFA AUTOMOBILES et Responsable des appels d'offres de SEA-B ;

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 l'appel d'offres susvisé 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 les recours concernent la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres n°2018-09/MATD/SG/DMP pour l'acquisition de matériels roulants à quatre roues au profit de la DAF et de la DPIFL ;

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 l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2387 du lundi 27 août 2018, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 29 août 2018 ; que le Groupement WATAM & ECONOMIC-AUTO et MEGA TECH SARL ont saisi l'ORD, par lettres du 29 août 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 1^{er} 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 Ministère de l'administration territoriale et de la décentralisation (MATD) a lancé l'appel d'offres n°2018-09/MATD/SG/DMP pour l'acquisition de matériels roulants à quatre roues au profit de la DAF et de la DPIFL ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre du Groupement WATAM & ECONOMIC-AUTO non conforme aux lots 01 et 02 aux motifs qu'il a proposé trois ponts élévateurs au lieu de cinq comme prévu dans le DAO, que le personnel demandé n'a pas été vu à l'atelier suite à deux visites de terrain et que l'appareil de contrôle de parallélisme n'a pas été vu ;

quant à l'offre de MEGA TECH SARL, elle a été déclarée conforme au lot 01 ; cependant, la société n'a pas été attributaire du marché en raison du caractère non moins disant de son offre ;

les requérants contestent cette décision de la CAM ;

le Groupement WATAM & ECONOMIC-AUTO soutient qu'elle viole la réglementation générale de la commande publique, surtout en matière d'acquisition de matériel roulant, car conformément à l'arrêté n°2016-445/MINEFID/CAB du 19 décembre 2016, le nombre de ponts élévateurs n'est pas un motif éliminatoire ; qu'en plus, le motif relatif à la visite de site n'est pas fondé, car il n'a pas vu la mission de visite de l'autorité contractante dans son garage ;

qu'il n'est pas possible qu'une telle visite s'effectue à son insu ; que si tel est le cas, il appartient à l'autorité contractante d'apporter la preuve de son passage au garage ;

MEGA TECH SARL soutient que les offres des autres soumissionnaires ne sont pas conformes sur plusieurs points ; qu'il conteste d'abord la conformité des offres de DIACFA AUTOMOBILES, PROXITEC SA, WATAM SA et SEA-B pour non-respect du modèle et des formulaires à renseigner conformément au nouveau dossier standard d'appel d'offres pour la passation des marchés de fournitures et d'équipements ; qu'en effet, le nouveau dossier fait obligation de renseigner, sous peine de non-conformité, les formulaires « types » et les modèles suivants : le formulaire de la lettre de soumission, le formulaire de qualification, le formulaire FIN-2.1 sur la situation financière, le formulaire FIN-2.2 sur le chiffre annuel moyen, le formulaire FIN-2.3 sur la capacité de financement, le formulaire PER-1 sur le personnel proposé, le modèle de garantie de soumission, le modèle d'autorisation du fabricant et le modèle d'engagement à respecter le code d'éthique et de déontologie en matière de commande publique ;

le requérant conteste ensuite la conformité et l'existence du Groupement WATAM SA/ECONOMIC-AUTO en invoquant une série de publications de résultats provisoires d'appels d'offres de différentes autorités contractantes, qui seraient confirmés par des visites de sites, ainsi que des décisions de l'ORD : le quotidien des marchés publics n°2356 du 13 juillet 2018 relatif au DAO de l'ANEREE, indiquant que « le service après-vente du Groupement WATAM SA/ECONOMIC-AUTO n'est pas conforme aux dispositions de l'arrêté n°2016-445/MINEFID/CAB du 19/12/2016 (...), confirmation faite lors de la visite de site organisée le mardi 20/03/2018 » ; la SONABEL dans le quotidien n°2303-2304 du mardi 1^{er} et mercredi 02/05/2018 a déclaré que le « Grpt WATAM SA/ECONOMIC AUTO ne dispose pas d'un ouvrier en froid et climatisation, d'un ouvrier en tôlerie et peinture ainsi que de celui d'électricité automobile » ; la SONATER dans le quotidien n°2341-2344 du vendredi 22 au mercredi 27/06/2018 a déclaré non conforme le S.A.V de WATAM pour « absence de photo d'identité sur les CV du personnel, photocopies légalisées des cartes d'identité non fournies, l'électricien ne dispose pas du diplôme requis, l'agent Guigma Kiswendsida Jean Herman ne fait pas partie du personnel de WATAM » ; la décision 2018-287/ARCOP/ORD du 07/05/2018 dans laquelle l'ORD a constaté l'insuffisance du S.A.V du Groupement WATAM SA/ECONOMIC AUTO ;

le requérant conteste aussi la conformité et l'existence du service après-vente de la société PROXITEC SA en invoquant encore à l'appui plusieurs autres publications de résultats d'appels d'offres : le quotidien des marchés publics n°2303-2304 du mardi 1^{er} et mercredi 02/05/2018 relatif au DAO de la SONABEL déclarant non conforme le S.A.V de la société PROXITEC SA au motif qu'elle « propose un ouvrier spécialisé en tôlerie et peinture dont le diplôme n'est pas valide, ne dispose pas d'un magasin de pièces de rechange ni d'appareils de diagnostic » ; le Conseil régional du Centre dans le quotidien n°2285 à 2287 du jeudi 05 et lundi 09/04/2018 déclarant le S.A.V de PROXITEC SA non conforme pour « absence de preuve de disponibilité du magasin de pièces de rechange pour assurer l'entretien et la réparation du véhicule livré » ;

le requérant conteste enfin l'authenticité de l'autorisation du fabricant TOYOTA dans l'offre de la société PROXITEC SA, en soutenant que pour des raisons commerciales, TOYOTA ne délivre pas d'autorisation à deux sociétés différentes dans le même pays en Afrique de l'Ouest et, que CFAO MOTORS est la seule société au Burkina à détenir une autorisation émanant de TOYOTA ; que la société PROXITEC SA ne peut donc disposer d'une telle autorisation alors qu'elle propose des véhicules de marques TOYOTA dans ses offres ; que cela a été remis en cause dans le quotidien n°2336-2337 du vendredi 15 au lundi 18 juin 2018 relatif au DAO du MINEFID déclarant la « non-conformité de l'autorisation du fabricant » ; qu'au regard de tous ces éléments, il demande à être rétabli dans ses droits ;

ils sollicitent donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires ;

sur la discussion,

sur le recours de MEGA TECH SARL (lot 01),

considérant que l'article 33 du décret 2017-0049 ci-dessus cité dispose que : « ...en cas de litige, le contenu du dossier d'appel à concurrence ou les résultats des travaux de la commission d'attribution des marchés sont réputés confirmés par l'instance de recours non juridictionnel, en cas de dépassement des délais sus visés »

considérant que le requérant a réitéré les arguments ci-dessus cités ;

considérant que DIACFA AUTOMOBILES fait observer que l'ORD doit interpellier MEMENGA TECH SARL sur la qualité de ses contestations ; que les plaintes doivent se faire sur des éléments tangibles et concrets ; que cette plainte doit être rejetée simplement ;

considérant que la CAM n'a pas fait d'observations particulières ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que certes le dossier date du 03 mai 2018 ; que, cependant, son contenu est celui des anciens dossiers types entré en vigueur en 2009 ; que les parties avaient deux jours pour contester son contenu ; que cela n'a pas été fait ; que conformément au principe d'efficacité et d'économie de la commande publique, il serait inopportun d'annuler le dossier d'appel d'offres, ceux d'autant plus que les soumissionnaires ont tous soumissionnés conformément à ses exigences ; que les formulaires PER1, FIN-2.1 et FIN-2.2, le modèle d'engagement à respecter le code d'éthique et de déontologie et le modèle de garantie de soumission, le modèle d'autorisation du fabricant sont des éléments du nouveau dossier type ; qu'il n'existe pas dans l'ancien dossier type qui a servi de base pour l'évaluation des soumissionnaires ; que les anciens dossiers et les nouveaux ne sauraient être combinés pour l'évaluation ; qu'au demeurant, l'utilisation de l'ancien dossier type n'a porté préjudice à aucun soumissionnaire, toutes les offres ayant été validées sur cette question ; que c'est donc à tort que le requérant soulève ces motifs de non-conformité ;

que, par ailleurs, l'ORD note que tous les autres motifs de non-conformité soulevés par le requérant contre les autres soumissionnaires en l'occurrence sur le SAV ne sont pas fondés à l'issue des vérifications effectuées ; que, pour ce qui concerne l'autorisation de PROXITEC SA, qu'il n'y a pas lieu de l'apprécier étant donné que l'offre de cette société est déjà non conforme ;

sur le recours du Groupement WATAM & ECONOMIC-AUTO (lots 01 et 02) ;

considérant qu'il ressort du point A-31 des données particulières que la CAM se réserve le droit de procéder à la vérification de l'existence de l'atelier, de l'équipement demandé et du personnel ci-dessus cité ;

considérant que le Groupement WATAM & ECONOMIC-AUTO note qu'il doit être informé de la visite de site ; que, sauf preuve contraire, son garage n'a jamais été visité par la CAM ;

considérant que la CAM soutient qu'elle a visité le garage pour la première fois, le 11 juillet 2018, et pour la seconde fois le 12 juillet 2018, car le chef de garage était absent la première fois ; que tout le garage a été visité ; que, pour ce qui concerne les ponts élévateurs, elle ne les a pas pris en compte dans l'évaluation complexe ; qu'il s'agit de critère de conformité ;

considérant que les attributaires provisoires ont noté que cette question de service après-vente doit être prise dans toute sa rigueur car certains soumissionnaires n'en disposent pas ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la visite de garage n'a pas été faite dans les règles de l'art ; que le soumissionnaire doit être informé que celle-ci aura lieu dans une période approximative ou qu'étant sur place la commission doit se donner les moyens pour confronter le soumissionnaire ; que cette preuve n'a pas pu être apportée par la CAM ; que c'est donc à tort, que les griefs sur le service après-vente ont été retenus ; que cette visite doit être reprise par la CAM dans les règles de l'art avant toute décision d'attribution ; que, pour ce qui concerne les ponts élévateurs, il s'agit de critère non prévu par l'arrêté 2016-445 ; que ce critère est nul et non avenu ; que c'est donc à tort que l'offre a été déclarée non conforme sur ce point ;

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

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours du Groupement WATAM & ECONOMIC-AUTO et de l'entreprise MEGA TECH sont recevables ;

-que l'appel d'offres susvisé reste soumis 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 Groupement WATAM & ECONOMIC-AUTO est fondée ;

-que la plainte de MEGA TECH SARL n'est pas fondée ;

-qu'il sied d'infirmier en définitive les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2018-09/MATD/SG/DMP pour l'acquisition de matériels roulants à quatre roues au profit de la DAF et de la DPIFL (lots 01 et 02) ;

-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 03 septembre 2018

La Présidente de séance

Léa ZAGRE/RIMTOUMDA
Chevalier de l'Ordre National