
**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2018-0965/ARCOP/ORD

sur recours des groupements Entreprise Alpha Oméga (EAO)/Burkina Médical Facility (BMF) (lots 01 à 04) et ENF/ETIS SARL (lot 03), des Ets NIKIEMA & FRERES (lots 01,02 et 04) et des Ets KABRE LASSANE (lots 01 à 04) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2018-23/MFPTPS/SG/DMP pour l'acquisition de matériels et de mobiliers de bureau pour le compte du PMAP (lots 01 à 04).

**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 dates du 05 et du 06 décembre 2018 des groupements Entreprise Alpha Oméga (EAO)/Burkina Médical Facility (BMF) (lots 01 à 04) et ENF/ETIS SARL (lot 03), des Ets NIKIEMA & FRERES (lots 01,02 et 04) et des Ets KABRE LASSANE (lots 01 à 04) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

présidé par Monsieur Amado OUEDRAOGO, 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 Modeste YAMEOGO et B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :

Messieurs W. Hermann ILBOUDO, B. Bienvenu YARO, Daouda DIALLO et Aboubakar MONE, agents de l'entreprise EAO, représentants du groupement EAO/BMF ;

Messieurs Séni NIKIEMA et Moussa KIENOU, respectivement DG et agent des Ets NIKIEMA & FRERES (ENF), représentants de l'entreprise et du groupement ENF/ETIS SARL ;

- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Tilbéri LANKOANDE, agent DMP du MFPTPS ;

- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Ablassé NACOULMA et Hamado TAPSOBA, agents de l'entreprise UNISTAR DIVERS ;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

rend la présente décision fondée sur la régularité du recours, les faits et moyens exposés ci-après ;

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 les recours concernent la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2018-23/MFPTPS/SG/DMP pour l'acquisition de matériels et de mobiliers de bureau pour le compte du PMAP (lots 01 à 04) ;

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 cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2458 du mardi 04 décembre 2018, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 06 décembre 2018 ; que le groupement Entreprise Alpha Oméga (EAO)/Burkina Médical Facility (BMF) a saisi l'ORD par lettre en date du 05 décembre 2018 ; que le lendemain, les trois (03) autres requérants ont fait de même : le groupement ENF/ETIS SARL, les Ets NIKIEMA & FRERES et les Ets KABRE LASSANE ; 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,

le Ministère de la Fonction Publique, du Travail et de la Protection Sociale a lancé l'appel d'offres ouvert n°2018-23/MFPTPS/SG/DMP pour l'acquisition de matériels et de mobiliers de bureau pour le compte du PMAP (lots 01 à 04) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré, au lot 01, les offres du groupement EAO/BMF ainsi que celles des Ets NIKIEMA & FRERES et KABRE LASSANE non conformes pour différents motifs ; en ce qui concerne le groupement EAO/BMF, la CAM a relevé l'absence de semelle cylindrique à l'item 01 et du mécanisme d'inclinaison à l'item 02 ; pour les Ets NIKIEMA & FRERES, il lui est reproché le fait d'avoir proposé, à l'item 09, deux (02) tablettes au lieu de trois (03) pour la partie supérieure de l'armoire ; enfin, cette même observation relative au nombre insuffisant des tablettes a été faite contre l'offre des Ets KABRE LASSANE ; EKL a aussi vu son offre sanctionnée à l'item 11 : dessus de table proposé non inclinable ;

au lot 02, l'absence de l'acier chromé sur les bouts de l'accoudoir chromé en bois de couleur marronnier à l'item 01 a été retenu contre le groupement EAO/BMF et les Ets KABRE LASSANE ;

au lot 03, les offres des groupements EAO/BMF et ENF-ETIS Sarl et EKL ont été également rejetées pour divers motifs :

-EAO/BMF : absence de semelle cylindrique (item 01), absence d'acier chromé sur les bouts de l'accoudoir en bois (item 02), fauteuil de terrasse au lieu de fauteuil d'audience (item 10) et plateau non circulaire et non inclinable (item 12) ;

-ENF/ETIS SARL : nombre insuffisant de tablettes proposées dans la partie supérieure de l'armoire (item 07) ;

-EKL : absence de l'acier chromé sur le bout de l'accoudoir en bois (item 02), structure monobloc en forme de A au lieu de R (item 04), nombre insuffisant de tablettes proposées dans la partie supérieure de l'armoire (item 07) et dessus du plateau non inclinable (item 12) ;

enfin, au lot 04, ce sont les offres du groupement EAO/BMF et de EKL qui ont été déclarées non conformes :

-EAO/BMF : absence de mécanisme d'inclinaison du dossier situé sur la partie supérieure de l'accoudoir (item 01), absence de semelle cylindrique (item 02), plateau non circulaire et non inclinable (item 02), absence d'acier chromé sur les bouts de l'accoudoir en bois (item 05), table non modulable en U et deux tables de $\frac{1}{2}$ de cercle au lieu de deux tables de $\frac{1}{4}$ de cercle (item 07) ;

-EKL, il est retenu contre lui respectivement à l'item 03, 05, 06 et 07 : le dessus du plateau non inclinable, l'absence d'acier chromé sur le bout de l'accoudoir en bois, une structure monobloc en forme de A au lieu de R et l'absence de piétement en tube rond chromé muni d'embout PVC noir sur les $\frac{1}{4}$ de cercle ;

les quatre requérants contestent cette décision de la CAM et font valoir qu'ils ont proposé des matériels conformes sur tous les plans aux prescriptions techniques demandées dans le DAO et que les griefs retenus contre leurs offres sont sans fondements ;

le groupement EAO/BMF a expliqué que tous les griefs soulevés contre son offre ne sont pas vérifiés ;

EKL également soutient qu'il a proposé du matériel conforme aux prescriptions technique du DAO et que c'est plutôt l'offre de l'attributaire provisoire qui n'est pas conforme pour les lots 01, 03 et 04 car ayant proposé le même bureau directeur pour les 03 lots, lequel est sans tirette pour plumier, sans tirette pour clavier et sans vue interne ; qu'il a ensuite proposé pour les mêmes lots, un fauteuil avec un support en L au lieu de 9, une table basse sans mécanisme d'inclinaison du plateau , une armoire vitrée non conforme aux lots 01 et 03 et, au lot 02, un fauteuil sans les décorations ;

Quant au groupement ENF-ETIS SARL, il argue qu'au lot 03, item 07, il a proposé une armoire d'un fabricant dont le prospectus dit qu'il comporte 04 tablettes dont 03 sur la partie supérieure mesurant 150 cm et une sur la partie inférieure mesurant 50 cm ouverte et fermée comme demandé dans le dossier ; il conteste cependant la conformité de l'attributaire provisoire au lot 03 car après consultation du site internet, il a constaté que les items 01, 02, 03, 07 et 12 du lot 03 ne sont pas conformes au DAO, l'attributaire provisoire n'ayant pas respecté les options des différents mobiliers demandés ;

Ets NIKIEMA et FRERES, pour le lot 01, item 09, reprend exactement le même argumentaire que ENF-ETIS SARL et conteste également la conformité technique de l'offre de l'attributaire provisoire pour les mêmes raisons que ENF-ETIS SARL ; il vise ainsi plusieurs lots : lot 01 items (01, 03, 09 et 11), lot 02 (item 01), lot 04 (items 02, 03 et 05) pour lesquels l'offre de l'attributaire serait non conforme, et ce, après consultation du site internet hébergeant le matériel de mobilier de bureau proposé par le groupement Unistar-Divers/EOGSF ;

les requérants sollicitent donc l'ORD de les rétablir dans leurs droits ;

sur la discussion,

considérant que les prescriptions techniques du DAO ont défini les spécifications précises des matériels et mobiliers de bureau ; que les spécifications des matériels ne sont pas contestées par les soumissionnaires ;

considérant que les requérants ont estimé que leurs offres sont bien conformes contrairement aux conclusions des travaux de la CAM du ministère chargé de la fonction publique ; que, par ailleurs, certains requérants, en l'occurrence ENF et le groupement ENF/ETIS SARL ont contesté la conformité de l'offre de l'attributaire provisoire ;

considérant cependant que, par lettre en date du 07 décembre 2018, le requérant Ets KABRE LASSANE a souhaité retirer sa plainte pour convenance personnelle suite à une meilleure analyse des résultats provisoires ;

considérant que la CAM s'est prononcée sur les allégations des requérants ; qu'il ressort de ses déclarations qu'elle a évalué toutes les offres conformément aux prescriptions du dossier ; qu'elle a cependant reconnu que certaines appréciations de la CAM faites sur la base des photos ou prospectus peuvent être discutées ; qu'elle a également toléré quelques insuffisances mineures constatées dans l'offre de l'attributaire provisoire et qui ressortent dans les points de recours des plaignants ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a d'abord relevé que les exigences du dossier au détail près des spécifications ne sont pas de nature à rendre aisé le travail de la CAM ; qu'il est évident que toutes les facettes d'un bien ne peuvent apparaître sur un prospectus ou une photo ; qu'ensuite, l'ORD a jugé, sur la base des prospectus ou photos produits, que les motifs de non-conformité retenus contre les offres des requérants sont majoritairement établis ; qu'il s'en suit que les plaintes ne sont pas fondées pour l'essentiel des griefs soulevés par la CAM et que leurs offres demeurent non conformes au DAO ;

que s'agissant des griefs soutenus contre l'offre de l'attributaire provisoire, il est ressorti des vérifications qu'ils ne sont pas pertinents pour l'essentiel ; que les seuls griefs avérés sont mineurs et ont été aperçus par la CAM qui les a tolérés sans méconnaître les droits des autres soumissionnaires ; qu'en effet, la décision de la CAM ne remet pas en cause la concurrence et les intérêts des autres soumissionnaires dont les offres sont déjà non conformes sur plusieurs points contrairement à celle de l'attributaire provisoire qui présente juste quelques incohérences mineures ;

qu'il y a lieu également de prendre en compte le principe d'efficacité en choisissant le moindre mal dans le respect des droits des autres soumissionnaires au lieu d'aboutir à une procédure infructueuse ;

que, par ailleurs, sur l'incohérence entre les prescriptions techniques de l'attributaire présentées dans son offre et celles qui figureraient sur le site internet de son fabricant, l'ORD a rappelé sa position constante selon laquelle seule l'offre technique du soumissionnaire fait foi, sauf éléments flagrants de non-conformité ; qu'en effet, il n'est pas exclu que le site internet connaisse des modifications suivant les intérêts du fabricant ; que, dans tous les cas, le soumissionnaire reste engagé par les prescriptions contenues dans son offre ; qu'il s'en suit que ce moyen ne peut également prospérer ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire, d'une part, que les plaintes des requérants ne sont pas fondées sur l'essentiel des griefs soulevés contre leurs offres ; que, d'autre part, les insuffisances de l'offre de l'attributaire étant mineures notamment par rapport à celles de ses concurrents, il n'y a pas lieu de déclarer son offre non conforme ; qu'il convient donc en définitive de confirmer les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours des groupements Entreprise Alpha Oméga (EAO)/Burkina Médical Facility (BMF) (lots 01 à 04) et ENF/ETIS SARL (lot 03), des Ets NIKIEMA & FRERES (lots 01,02 et 04) et des Ets KABRE LASSANE (lots 01 à 04) sont recevables ;

-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 ;

- qu'il prend acte de la demande de retrait de l'Etablissement KABRE LASSANE et que son recours devient sans objet ;

-que les recours des groupements Entreprise Alpha Oméga (EAO)/Burkina Médical Facility (BMF) (lots 01 à 04) et ENF/ETIS SARL (lot 03), des Ets NIKIEMA & FRERES (lots 01,02 et 04) ne sont pas fondées pour l'essentiel sur les motifs de non-conformité de leurs offres ;

-que les griefs contre l'offre de l'attributaire provisoire, UNISTARS DIVERS-EOGSF, ne sont pas pertinents pour l'essentiel ; que les griefs contre son offre sont mineurs ; que la décision de la CAM ne remet pas en cause la concurrence et les intérêts des autres soumissionnaires dont les offres sont déjà non conformes sur plusieurs points ;

-qu'il sied de confirmer en définitive les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2018-23/MFPTPS/SG/DMP pour l'acquisition de matériels et de mobiliers de bureau pour le compte du PMAP (lots 01 à 04) ;

-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 07 décembre 2018

le Président de séance

Amado OUEDRAOGO

Chevalier de l'Ordre du mérite de la Santé et de l'Action sociale