
**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2019-L0339/ARCOP/ORD

sur recours du GROUPEMENT P.M.E/TM DIFFUSION SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°016/2018/ONEA/DG/SG/DM/SMFS pour la fourniture d'équipements, de réactifs et de consommables laboratoire au profit de l'ONEA (lot 01).

**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 07 août 2019 du GROUPEMENT P.M.E/TM DIFFUSION SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité (lot 01) ;*

présidé par Monsieur Charles SAWADOGO, 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 du requérant, Messieurs Souleymane OUEDRAOGO et Boris Kévin NANA, respectivement Directeur général et Technicien supérieur de PME ; Monsieur Faïçal BANGRE, Comptable de TM DIFFUSION et Me Moumouni GNESSIEN de la SCPA THEMIS-B, Conseil du groupement P.M.E/TM DIFFUSION SARL ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Séni BOUGOUMA, T. Hermann PANANDTIGRI, K. Idrissa OUEDRAOGO et L. Ange Arnaud KORBEOGO, respectivement Chef de service Marchés et Fournitures, Chef de section chimie organique, Gestionnaire des stocks et Ingénieur des travaux en Chimie ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Seydou TRAORE, Directeur du Laboratoire AÏNA ;

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 contre des résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°016/2018/ONEA/DG/SG/DM/SMFS pour la fourniture d'équipements, de réactifs et de consommables laboratoire au profit de l'ONEA (lot 01) ;

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 N°2633 du mardi 06 août 2019, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au jeudi 08 août 2019 ; que le GROUPEMENT P.M.E/TM DIFFUSION SARL a saisi l'ORD par lettre en date du mercredi 07 août 2019 ; 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,

l'Office National de l'Eau et de l'Assainissement (ONEA) a lancé l'appel d'offres ouvert n°016/2018/ONEA/DG/SG/DM/SMFS pour la fourniture d'équipements, de réactifs et de consommables laboratoire au profit de l'ONEA (lot 01) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre du GROUPEMENT P.M.E/TM DIFFUSION SARL conforme mais elle a attribué le marché au Laboratoire AÏNA après avoir opéré une correction à l'item 28 dont la quantité proposée par le soumissionnaire est supérieure à celle du DAO ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait observer d'abord que la CAM a pris un (01) an pratiquement pour délibérer après le dépouillement, la délibération ayant intervenu le 25 avril 2019 ; que cela suscite des interrogations ; qu'il conteste l'attribution du marché au Laboratoire AÏNA, car son offre a subi une correction indue par l'autorité contractante ; que ce qui préjudicie gravement à ses intérêts vu que son offre est en réalité la moins disante ; que trois entreprises ont soumissionné à cet appel d'offres ; que le groupement P.M.E/TM DIFFUSION SARL avec un montant de 177 147 500 FCFA TTC, le Laboratoire AÏNA avec un montant de 180 498 110 FCFA et le groupement SUD SARL/GITECH avec un montant de 188 604 120 FCFA ; qu' à la surprise générale et contre toute attente, l'offre du Laboratoire AÏNA a connu une correction à la baisse faisant passer le montant de son offre de 180 498 110 FCFA à 170 350 110 FCFA ;

que l'autorité contractante a motivé cette correction en ces termes « la correction concerne l'item 28 dont la quantité proposée par le soumissionnaire supérieure à celle du DAO a été réajustée » ; qu'une telle correction et sa motivation ne peuvent convaincre et ne peuvent prospérer devant l'ORD ; que l'autorité contractante n'a spécifié aucune quantité à l'item 28 (spectrophotomètre pour Banfora) ; que

pourtant l'ONEA soutient dans sa publication que la correction de l'offre du Laboratoire AÏNA s'explique par la quantité proposée par ce soumissionnaire qui est supérieure à celle du DAO ; qu'il ne peut s'agir d'ajustement tel que prévu par l'article 37 des instructions aux soumissionnaires du DAO suivant lequel, l'autorité contractante peut modifier les quantités au moment de l'attribution, pour la simple raison qu'il ne peut y avoir d'ajustement sur les quantités sans quantités initiales prévues par le DAO ; que cette correction opérée par l'autorité contractante est illégale et arbitraire, le tout dans l'objectif de fausser le jeu normal de la concurrence ;

que le requérant poursuit en relevant que l'évaluation financière des offres est bien encadrée par les dispositions du DAO et non laissée au gré des autorités contractantes ; que l'article 30 des instructions aux candidats du DAO est le siège de la matière ; que l'ORD s'apercevra à la lumière des dispositions pertinentes du DAO que la correction opérée par l'ONEA ne constitue aucunement un ajustement pour corriger une erreur arithmétique, ni une erreur de quantité, le DAO n'ayant pas spécifié de quantité à l'item 28 ; que comme l'ORD le constatera aisément, l'autorité contractante s'est donnée le pouvoir de rentrer dans l'offre financière du Laboratoire AÏNA pour y soustraire arbitrairement une quantité offerte à la concurrence au titre de l'item 28 dans le dessein de lui permettre d'être moins disant ; qu'une telle correction viole les articles 30 et 37 des instructions aux soumissionnaires du DAO et le principe de la transparence des procédures consacré à l'article 7 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 ; qu'en clair, l'autorité contractante devra attribuer le marché sur la base des quantités et des montants lus offerts à la concurrence par chaque soumissionnaire ; que, si au stade de l'exécution du marché, les quantités offertes par le soumissionnaire retenu à l'item 28 sont supérieures aux besoins réels de l'autorité contractante, cette dernière procédera par voie d'avenant en moins-value au marché initial ; que c'est à ce prix que la transparence sera rétablie ;

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

sur la discussion

considérant qu'il ressort du cadre du devis estimatif au niveau de l'item 28 relatif au spectrophotomètre pour Banfora, qu'aucune quantité n'a été fixée par le dossier ;

considérant qu'il ressort de l'article 32 des IC du dossier standard que l'Autorité contractante évaluera les aspects techniques de l'offre présentée conformément à la clause 17 des IC pour confirmer que toutes les stipulations de la Section IV : Bordereau des quantités, calendrier de livraison, Cahier des Clauses techniques, Plans et Inspections et Essais du Dossier d'appel d'offres, sont respectées sans divergence ou réserve substantielle ;

considérant que la CAM a expliqué qu'à cet item, il s'agit d'un seul spectrophotomètre qui constitue son besoin ; que c'est pourquoi, elle a procédé à la correction de l'offre de l'attributaire provisoire ;

considérant que le requérant a réaffirmé ses moyens de défense ci-dessus cités ;

considérant que l'attributaire provisoire a noté que c'est à bon droit que la CAM a corrigé son offre ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a noté que la correction effectuée par la CAM sur l'offre de l'attributaire provisoire est irrégulière dans la mesure où le dossier n'a fixé aucune quantité à l'item 28 ; qu'il ne peut donc y avoir de correction sans faute ; que toute correction induirait une violation du principe de transparence, le besoin en quantité n'ayant pas été clairement porté à la connaissance des candidats et soumissionnaires ; que tous les soumissionnaires ont proposé leur offre sur cette base ; qu'aucune correction liée à la quantité ne doit être effectuée sur cet item ;

que par ailleurs, l'ORD a noté que le long temps qui s'est écoulé entre la date d'ouverture des plis (20/08/2018) et celle de la délibération (25/04/2019) est une irrégularité dans la conduite de cette procédure, le délai imparti à la CAM pour ces travaux ayant été largement dépassé ; que cependant, décide qu'il n'y a pas lieu d'annuler ladite procédure pour ce retard conformément au principe d'efficacité et d'économie de la commande publique ;

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 le recours du GROUPEMENT P.M.E/TM DIFFUSION SARL est recevable

-que l'appel d'offres susvisé 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 GROUPEMENT P.M.E/TM DIFFUSION SARL est fondée ;

-qu'il sied d'infirmier les résultats provisoires de l'appel d'offre ouvert n°016/2018/ONEA/DG/SG/DM/SMFS pour la fourniture d'équipements, de réactifs et de consommables laboratoire au profit de l'ONEA (lot 01) ;

-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 où besoin sera.

Ouagadougou, le 13 août 2019

Le Président de séance

Charles SAWADOGO
Chevalier de l'ordre du mérite