

DECISION N°2022-L0585/ARCOP/ORD

sur recours du GROUPEMENT AFABLE ET COGEMEEOB et du CABINET D'AVOCATS ISSA SAMA agissant au nom et pour le compte de l'entreprise BATIMEX contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international n°2022-078/MEFP/SG/DMP pour l'acquisition et mise à disposition des producteurs vulnérables (éleveurs, emboucheurs, naisseurs) des aliments pour animaux d'élevage (lot 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, ensemble ses modificatifs ;*
- 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 28 octobre 2022 du GROUPEMENT AFABLE ET COGEMEEOB et du CABINET D'AVOCATS ISSA SAMA, agissant au nom et pour le compte de l'entreprise BATIMEX contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Monsieur Christophe Regawoyi BADO, membre de l'ORD
- Madame Mariam TRAORE, membre de l'ORD
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :
 - Messieurs Hamadou OUEDRAOGO, Philémon SESSOUMA et Abdel Latif OUEDRAOGO, représentant du GROUPEMENT AFABLE ET COGEMEEOB ;

- Maître Adama SISSOGO et Monsieur T. Georges BATINAN, représentant l'entreprise BATIMEX ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Luc OUEDRAOGO et Z. Georges ZOUNDI, représentant le Ministère de l'Economie, des Finances et de la Prospective (MEFP) ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Ibrahim BOGRE, W. Edouard OUEDRAOGO et Issoufou OUEDRAOGO, représentant le groupement ENTREPRISE AGRO-SYLVO PASTORALE/ SAPROCOM SARL ;

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 les recours concernent la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international n°2022-078/MEFP/SG/DMP pour l'acquisition et mise à disposition des producteurs vulnérables (éleveurs, emboucheurs, naisseurs) des aliments pour animaux d'élevage (lot 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 l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°3475 du jeudi 27 octobre 2022, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mercredi 02 novembre 2022 ; que le GROUPEMENT AFABLE ET COGEMEOb et le CABINET D'AVOCATS ISSA SAMA, agissant au nom et pour le compte de l'entreprise BATIMEX, ont saisi l'ORD par lettres en date du vendredi 28 octobre 2022 ; 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'économie des finances et du développement a lancé l'appel d'offres ouvert international n°2022-078/MEFP/SG/DMP pour l'acquisition et mise à disposition des producteurs vulnérables (éleveurs, emboucheurs, naisseurs) des aliments pour animaux d'élevage (lot 03) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) n'a pas publié les résultats relatifs à l'offre du GROUPEMENT AFABLE ET COGEMEOb ; ainsi, le nom du soumissionnaire n'apparaît pas dans les résultats publiés ;

s'agissant de l'offre de l'entreprise BATIMEX, elle a été déclarée non conforme au motif qu'elle n'a pas fourni de cartes grises pour justifier la disponibilité du matériel ; la CAM lui a également reproché l'absence de preuve de la possession d'un magasin (contrat de location ou titre de propriété) et du calendrier des services connexes ;

les requérants contestent cette décision de la CAM :

le GROUPEMENT AFABLE ET COGEMEOb fait valoir qu'il a soumissionné à l'appel d'offres ci-dessus cité ; qu'à la publication des résultats provisoires, la CAM a omis de mentionner son nom sur la fiche synthèse publiée ; que son offre technique est conforme à tout point de vue ; qu'il est le moins disant parmi les offres conformes ;

quant à l'entreprise BATIMEX, elle fait remarquer que le grief portant sur l'absence de carte grise pour justifier la disponibilité du matériel n'a pas lieu d'être ; que l'article 37.2 des IS à la page 30 du DAO ne s'applique qu'aux producteurs ; qu'étant donné que leur particularité est dans la production, c'est à eux de faire la preuve qu'en plus de cette capacité de production, ils disposent de capacité techniques requises pour soumissionner ; que sur le grief portant sur l'absence de preuve de la possession d'un magasin, c'est après l'attribution du marché que l'attributaire devrait faire la preuve de la disponibilité desdites infrastructures ; qu'en l'espèce, il n'est pas le fabricant et ne voit pas l'intérêt de louer des magasins avant même d'être attributaire ; que, sur l'absence de calendrier des services connexes, étant donné que le délai de livraison et la quantité sont connus, il n'est plus nécessaire de l'exiger ; que le délai est repris dans les bordereaux de prix et un calendrier de livraison avec note explicative claire a été fournie ;

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

sur la discussion,

sur le recours du GROUPEMENT AFABLE ET COGEMEIOB,

considérant que l'offre du requérant n'a pas apparu dans la publication des résultats provisoires ; qu'ainsi, le requérant n'a pas de résultats alors qu'il a participé à la procédure ;

considérant que le requérant a réaffirmé son argumentaire ci-dessus rappelé ; que son offre est conforme et mérite d'être déclarée attributaire provisoire ;

considérant que la CAM a reconnu que le requérant a bien pris part à la procédure ; que c'est à son niveau qu'il y a eu une erreur de publication ; qu'en réalité, suite à l'examen des offres, l'offre du requérant a été rejetée pour caution de soumission non conforme sur le délai de validité des offres ; qu'en effet, il a indiqué, dans sa caution de soumission, un délai de validité des offres de 60 jours au lieu de 90 jours conformément au point IS 18.1 des données particulières du DAO ;

considérant que le requérant a marqué son étonnement devant ce grief porté à sa connaissance séance tenante ; qu'il a cependant accepté que ce grief nouveau soit débattu et discuté devant l'ORD ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la plainte du GROUPEMENT AFABLE ET COGEMEIOB est fondée sur l'omission de son offre dans la publication des résultats provisoires ; que la CAM l'a reconnue et a effectué un réexamen des offres pour une nouvelle publication des résultats ; que, cependant, il est apparu des rapports d'analyse des offres qu'en réalité son offre a été rejetée pour garantie de soumission non conforme sur le délai de validité des offres ; que les débats ont été menés sur ce point ; que sa garantie est effectivement non conforme du fait du délai insuffisant ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte n'est pas fondée et de confirmer en définitive les résultats provisoires ;

sur le recours de l'entreprise BATIMEX,

considérant que l'offre du requérant a été écartée sur la base des motifs ci-dessus rappelés ;

considérant que le dossier d'appel d'offres a requis 100 000 pierres à lécher ; qu'il a prévu des critères de qualification (page 47 et suivants du DAO) selon que le soumissionnaire soit le fabricant et selon qu'il ne le soit pas ; qu'il s'agit notamment des capacités financière (ligne de crédit et chiffres d'affaires), technique et de l'expérience ; qu'à ce titre, il faut justifier d'au moins un (01) magasin de stockage des biens objet du marché en propriété ou en location sur une période d'au moins trois (03) ans ; qu'il faut aussi avoir une capacité technique en matériel roulant pour assurer le transport des aliments ; que le DAO a prévu plusieurs moyens de justification des camions ;

considérant que le requérant a réaffirmé son argumentaire ; qu'il estime que toutes les conditions visées ne s'appliquent pas à lui dans la mesure où il n'est pas un soumissionnaire fabricant ; qu'il a critiqué la rédaction confuse du DAO qui ne facilite pas sa compréhension ;

considérant que la CAM a noté qu'elle a évalué l'offre du requérant conformément aux textes en vigueur ; que le requérant n'a pas bien compris le DAO ; qu'il aurait pu approcher l'autorité contractante à travers une demande d'éclaircissement ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé qu'en tout état de cause (fabricant ou pas), les soumissionnaires devaient fournir les preuves de qualification, soit par eux-mêmes s'ils sont fabricant, soit à travers le fabricant s'il n'en ont la qualité ;

considérant qu'en l'espèce, le soumissionnaire n'est pas un fabricant ; que, cependant, il n'a pas produit des preuves écrites pour justifier le magasin et le matériel roulant ; qu'en conséquence, c'est à bon droit que la CAM a écarté l'offre du requérant comme étant non conforme ;

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

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours du GROUPEMENT AFABLE ET COGEMEJOB et du CABINET D'AVOCATS ISSA SAMA agissant au nom et pour le compte de l'entreprise BATIMEX 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 ;

-que la plainte du GROUPEMENT AFABLE ET COGEMEOB est fondée sur l'omission de son offre dans la publication des résultats provisoires ; que la CAM l'a reconnue et a effectué un réexamen des offres pour une nouvelle publication des résultats ; que, cependant, il est apparu des rapports d'analyse des offres que son offre a été rejetée pour garantie de soumission non conforme sur le délai de validité des offres ; que les débats ont été menés sur ce point ; que sa garantie est effectivement non conforme ;

-que la plainte du CABINET D'AVOCATS ISSA SAMA, agissant au nom et pour le compte de l'entreprise BATIMEX, n'est pas fondée ; que même s'il n'est pas le fabricant, il reste que le requérant avait l'obligation de produire la justification du matériel et des magasins de stockage à travers notamment son fabricant ; que ne l'ayant pas fait, son offre mérite d'être rejetée sur ces points ;

-de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international n°2022-078/MEFP/SG/DMP pour l'acquisition et mise à disposition des producteurs vulnérables (éleveurs, emboucheurs, naisseurs) des aliments pour animaux d'élevage (lot 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 où besoin sera.

Ouagadougou, le 04 novembre 2022

Le Président de séance

Issa ZERBO