

DECISION N°2017-0729/ARCOP/ORD

sur recours de CONFIDIS (lot 01), EKL (lot 01 et 02) et SGE (lot 02) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres national n°2017-064F/MAAH/SG/DMP du 22 mai 2017 pour l'acquisition d'équipements pour les services fonciers ruraux (SFR) composés de matériels informatiques, de matériels et mobiliers de bureau et de motocyclettes au profit du deuxième programme national de gestion des terroirs phase III (lots 01 et 02).

**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 11 septembre 2017 de CONFIDIS, EKL et SGE contre les résultats provisoires de l'appel d'offres national ci-dessus cité ;*

présidé par Monsieur Serge L. M. P. TOE, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Soumaïla BARRO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Doudou DOUMBIA, 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 :
 - Messieurs Kabir Abdel KARGOUGOU, Directeur général de CONFIDIS ;

-Messieurs Saïdou OUEDRAOGO, Amidou CAMARA, Kilmiadi OUOBA, respectivement Assistants juridiques, Agent commercial de EKL ;
-Monsieur Mahamadi NIKIEMA, Agent commercial SGE SARL ;

- au titre de l'autorité contractante, Madame Eléonore SAWADOGO et Messieurs Alain ROUAMBA, W. Stéphane SANOU et Souleymane NASSA, respectivement SPM, Informaticien, Agents et coordonnateur du PNGT2/MAAH ;
- au titre des attributaires provisoires :
 - Messieurs W. Herman ILBOUDO et Davy HEMA, respectivement Directeur général et Agent de l'entreprise EAO ;
 - Monsieur Cheick ZONGO, Directeur de ADS 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 national 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 de l'appel d'offres national n°2017-064F/MAAH/SG/DMP du 22 mai 2017 pour l'acquisition d'équipements pour les services fonciers ruraux (SFR) composés de matériels informatiques, de matériels et mobiliers de bureau et de motocyclettes au profit du deuxième programme national de gestion des terroirs phase III (lots 01 et 02);

qu'il y a lieu de dire que l'ORD est compétent pour en connaitre ;

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 national ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2135 du jeudi 07 septembre 2017, que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 11 septembre 2017 ; que les entreprises CONFIDIS, EKL et SGE ont saisi l'ORD, par lettres en date du 11 septembre 2017 ; 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 l'agriculture et des aménagements hydraulique a lancé l'appel d'offres national n°2017-064F/MAAH/SG/DMP du 22 mai 2017 pour l'acquisition d'équipements pour les services fonciers ruraux (SFR) composés de matériels informatiques, de matériels et mobiliers de bureau et de motocyclettes au profit du deuxième programme national de gestion des terroirs phase III ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré les offres des entreprises CONFIDIS, EKL et SGE conformes et a attribué le lot 01 au groupement ADS-GAS et le lot 02 à l'entreprise EAO ;

les requérants contestent cette décision de la CAM :

-CONFIDIS (lot 01) déclare que son offre est la moins disante en hors TVA ; ainsi il soutient que l'évaluation de l'offre financière se fait toujours en hors taxes

conformément aux IS/IC et cela se justifie par le fait que les droits de douane sont fonction de la provenance des marchandises ;

-EKL (lots 01 et 02) conteste la conformité des offres des attributaires provisoires pour n'avoir pas fourni d'agrément technique en matière informatique tel que requis par le DAO et conformément à l'article 37 du décret 2017-049 ci-dessus cité ; aussi, il souligne que rien ne justifie la non exigence de l'agrément technique en matière informatique car une cinquantaine d'entreprises disposent de l'agrément technique à l'heure actuelle ;

-SGE (lot 02) soutient qu'elle soit déclarée attributaire car son offre est conforme et économiquement la plus avantageuse ;

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

sur la discussion,

considérant que la CAM a noté de prime abord que la publication ne reflète pas les conclusions de son PV de délibération ; qu'une correction a été apportée mais n'a pas encore été publiée à cause des différents recours des soumissionnaires ; qu'en réalité l'entreprise SGE n'est pas la moins distante ; qu'une erreur a été faite au niveau de ses quantités ; que cette correction rend son offre plus chère que celle de l'attributaire provisoire ; que quant à l'entreprise CONFIDIS, elle précise qu'il ressort du PV qu'elle est non conforme pour n'avoir pas fourni un PV de réception définitive pour la justification du marché similaire ;

considérant que, conformément au principe d'efficacité et d'économie de la commande publique, l'ORD a décidé d'ouvrir les débats sur les nouveaux griefs ainsi évoqués par la CAM ;

considérant que les attributaires provisoires n'ont pas fait de déclarations particulières ;

considérant que SGE a reconnu l'erreur sur les quantités se trouvant dans son offre ; qu'ainsi son offre n'est plus la moins distante ;

considérant que CONFIDIS soutient que le PV de réception fourni dans son offre est conforme et constitue une preuve de l'existence de marché similaire ; qu'il n'est pas obligatoire de fournir un PV de réception définitive ;

considérant que EKL soutient que l'agrément doit être exigé dans cette procédure ; que la non application des textes en vigueur est une cause d'insécurité juridique ; qu'en tout état de cause la circulaire n°2017-00665/MDENP/CAB du 28 juillet 2017 suspendant l'application de l'arrêté conjoint n°2016-040/MDENP/MINEFID du 10 novembre 2016 portant fixation des conditions d'octroi, de renouvellement et de retrait de l'agrément technique en matière informatique ne peut avoir un effet juridique sur l'exigence de l'agrément ; qu'aussi l'ORD est incompétente pour apprécier la légalité de cette circulaire ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé :

-qu'en ce qui concerne SGE Sarl, qu'il est constant que son offre n'est pas la moins disante après la correction apportée au niveau des quantités ;

-qu'en ce qui concerne CONFIDIS, que seul un PV de réception définitive peut justifier valablement un marché similaire ; que c'est à bon droit que la CAM n'a pas retenu ce marché ;

-qu'en ce qui concerne EKL, l'ORD note que cet agrément existe initialement depuis 2009, mais n'a jamais été exigé dans une procédure jusqu'à la relecture par l'arrêté conjoint ci-dessus cité ; qu'il constate que peu d'entreprises ont pu l'acquérir ; qu'indépendamment de toute raison évoquée par les parties, l'arrêté en cause pose un problème fondamental au regard de son historique et de l'évolution actuelle des faits ; que sans qu'il soit besoin d'invoquer la circulaire n°2017-00000665 précitée, la situation actuelle de l'agrément restreint la concurrence dans la mise en œuvre des procédures en matière informatique ; qu'en vertu du principe de la liberté d'accès à la commande publique, c'est à bon droit que l'autorité contractante n'a pas exigé l'agrément technique dans son dossier ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que les plaintes des requérants sont non fondées ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours de CONFIDIS, EKL et SGE sont recevables ;

-que l'appel d'offres ouvert national sus visé 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 CONFIDIS, EKL et SGE sont non fondées ;

-qu'il sied de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres national n°2017-064F/MAAH/SG/DMP du 22 mai 2017 pour l'acquisition d'équipements pour les services fonciers ruraux (SFR) composés de matériels informatiques, de matériels et mobiliers de bureau et de motocyclettes au profit du deuxième programme national de gestion des terroirs phase III (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 14 septembre 2017

Le Président de séance

Serge L. M. P. TOE