

DECISION N°2017-0756/ARCOP/ORD

sur recours de MEGA TECH SARL, SEAB, DIACFA, WATAM SA et le groupement d'entreprise GALAXIE MULTI SERVICES/ART TECHNOLOGIE SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international n°2017-0026/MS/SG/DMP/PADS pour l'acquisition de matériel roulant au profit du PADS (lots 2, 3, 4 et 5).

**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 respectives en date du 20 et 21 septembre 2017 de MEGA TECH SARL, SEAB, DIACFA, WATAM SA et le groupement d'entreprise GALAXIE MULTI SERVICES/ART TECHNOLOGIE SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international ci- dessus cité ;*

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

en présence de :

-Monsieur Didace DOUAMBA, membre de l'ORD ;

-Monsieur Puraogo G. KAFANDO, membre de l'ORD ;

-Madame BAYANE/ZONGO Irène et Monsieur Moïse BAKORBA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants, Madame Eléonore L. GARGANI et Monsieur Souleymane OUEDRAOGO, représentants de MEGA TECH SARL,

Monsieur Phillippe LE MOAL, représentant de l'entreprise SEAB,

Messieurs Tidiane OUEDRAOGO et Aboubacar Cyrille TOURE, représentant l'entreprise DIACFA,

Monsieur Assomption Batiana, représentant de WATAM SA,

et Messieurs Isaac SOMDA, Salifou OUEDRAOGO, représentants du groupement d'entreprise GALAXIE MULTI SERVICES/ART TECHNOLOGIE SARL ;
- au titre de l'autorité contractante, Madame DA/Coulibaly Y. Laurentine et Monsieur P. Ambroise ZOUNGRANA, représentants du Ministère de la santé;
- au titre des attributaires provisoires, Monsieur Assomption BATIANA, représentant WATAM SA et Monsieur William CAPU-CHIC HI, représentant du groupement 4B-IGNY International-SOGEDIM BTP;

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 ouvert international 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 des résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international n°2017-0026/MS/SG/DMP/PADS pour l'acquisition de matériel roulant au profit du PADS (lots 2, 3, 4 et 5) ;

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 ouvert international ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2143 du mardi 19 septembre 2017, que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 21 septembre 2017 ; que MEGA TECH SARL, SEAB, DIACFA, WATAM SA et le groupement d'entreprise GALAXIE MULTI SERVICES/ART TECHNOLOGIE SARL ont saisi l'ORD par lettres respectives en date du 20 et 21 septembre 2017 ;

qu'il est ressorti de l'instruction du dossier que la requête de WATAM SA n'est pas motivé ; que le requérant ne fait que contester la conformité des offres de DIACFA AUTOMOBILE et de MEGA TECH SARL sans pour autant mentionner ce qu'il leur reproche expressément en terme de violation des textes en vigueur ;

que par ailleurs, les recours de MEGA TECH SARL, SEAB, DIACFA et le groupement d'entreprise GALAXIE MULTI SERVICES/ART TECHNOLOGIE SARL 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 déclarer le recours de WATAM SA irrecevable pour défaut de motivation et les recours de MEGA TECH SARL, SEAB, DIACFA, et le groupement d'entreprise GALAXIE MULTI SERVICES/ART TECHNOLOGIE SARL recevables ;

AU FOND :

sur les faits,

le Ministère de la santé a lancé l'appel d'offres ouvert international n°2017-0026/MS/SG/DMP/PADS pour l'acquisition de matériel roulant au profit du PADS;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré :

- l'offre de MEGA TECH SARL non conforme aux lots 02 et 04 au motif que les références du dossier d'appel d'offres ne sont pas visées dans le document d'autorisation du fabricant joint ; aussi la correction de l'offre a entraîné une différence entre le montant lu et le montant corrigé du fait d'une erreur de calcul sur les prix unitaires CIP par le nombre de véhicules entraînant une différence de - 9 000 000 FCFA ; et particulièrement au lot 4, elle a également noté que la différence entre le montant lu et le montant corrigé est dû à une erreur de calcul du prix par article terrestre et autres services requis dans le pays de l'acheteur pour acheminer les fournitures jusqu'à destination finale ;
- l'offre de SEAB conforme au lot 3 mais elle a été classée au 4^{ème} rang et le marché attribué au groupement 4B-IGNY International – SOGEDIM BTP dont l'offre évaluée est la moins disante ;
- l'offre de DIACFA conforme aux lots 2 et 04 mais elle a été classée respectivement au 2^{ème} et 3^{ème} rang et le marché attribué à WATAM SA dont l'offre évaluée est la moins disante ;
- l'offre du groupement d'entreprise GALAXIE MULTI SERVICES/ART TECHNOLOGIE SARL conforme au lot 5 mais elle a été classée au 2^{ème} rang et le marché attribué à WATAM SA dont l'offre évaluée est la moins disante ;

les requérants contestent cette décision de la CAM :

- MEGA TECH SARL argue que l'autorisation du fabricant n'est pas adressée à l'autorité contractante mais à sa société qui commercialise les véhicules afin de prouver aux utilisateurs que les véhicules sont aptes à être utilisés au Burkina Faso ; il soutient que l'esprit de l'autorisation du fabricant exigée dans les critères standards est de s'assurer de l'origine des véhicules proposés par les soumissionnaires dans le cadre de leur utilisation dans les pays tropicalisés ; que par conséquent, sa validité et sa formulation ne sauraient être remises en cause ; par ailleurs, il conteste la conformité de l'offre de l'attributaire provisoire au motif que ce dernier n'a pas justifié les marchés similaires exigés par des procès-verbaux de réception définitive ou des attestations de bonne fin d'exécution conformément à l'article 47.3

des CCAG applicables aux marchés d'équipements, de fournitures et de services courants, objet de marchés publics au Burkina Faso ; enfin il estime que son offre ne contient pas une erreur de calcul, donc elle ne doit pas être corrigée;

- SEAB argue que le montant de sa proposition s'élève à 46 230 000 FCFA HTHD, 72 440 200 FCFA TTC au lieu de 152 000 000 FCFA HTHD tel que publié dans les résultats provisoires ; qu'il ne mérite donc pas d'être classé au 4^{ème} rang ; par ailleurs, il conteste la conformité de l'offre du groupement 4B-IGNY International – SOGEDIM BTP au motif que ce dernier n'a pas fourni les procès-verbaux de réception définitive tels que exigés dans le DAO pour justifier les marchés similaires ;
- DIACFA conteste d'une part la conformité de l'offre de l'attributaire provisoire au lot 2 ; que ce dernier n'a pas respecté les critères de qualification en ce qui concerne la justification des marchés similaires exigés dans le DAO ; qu'en effet WATAM SA n'ayant pas soumissionné en groupement avec la société étrangère détentrice des procès-verbaux de réception définitive, il en déduit qu'il ne peut être conforme car ayant fourni des procès-verbaux de réception provisoire ; et d'autre part au lot 4, il fait remarquer que la correction du montant de l'offre du groupement 4B-IGNY International-SOGEDIM BTP a entraîné une variation de plus de 15% ; que, dans ces conditions, son offre mérite d'être déclarée non conforme ;
- le groupement d'entreprise GALAXIE MULTI SERVICES/ART TECHNOLOGIE SARL affirme que l'offre de l'attributaire provisoire n'est pas conforme aux exigences de la section III, critères d'évaluation et de qualification, il soutient qu'aucun de ses concurrents ne dispose de deux (02) marchés similaires dans le domaine des bicyclettes tels que exigés dans le DAO ;

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

sur la discussion,

sur le recours de MEGA TECH SARL

considérant que le point IS 17.2 (a) de la section II des données particulières a requis des soumissionnaires d'une part une autorisation du fabricant avec un modèle joint au DAO et d'autre part le point 5 de la section III des critères d'évaluations dispose que le soumissionnaire doit faire la preuve qu'il a réalisé au cours des cinq (05) dernières années deux (02) marchés similaires, joindre une copie de la page de garde et de signature des marchés, un procès-verbal de réception ou une attestation de bonne fin d'exécution ou tout document équivalent ;

considérant que la CAM relève que le DAO a prévu un modèle du contenu de l'autorisation du fabricant ; que dans ledit modèle, l'autorisation est adressée à l'acheteur public et les soumissionnaires sont tenus d'insérer la date, le numéro de l'appel d'offres international, le numéro de l'avis d'appel d'offres et le numéro de variante s'il y a lieu sous peine de voir leurs offres rejetées; que MEGA TECH SARL n'ayant pas inséré les références du DAO dans son autorisation du fabricant , elle a jugé bon de la déclarer non conforme ; qu'elle fait observer que le respect du modèle de l'autorisation du fabricant était une condition substantielle dans l'analyse des offres ; que ce document rassure l'autorité contractante que le fabricant se porte garant de la qualité des véhicules conformément à l'article 28 de la section VIII du cahier des clauses administratives générales ;

que s'agissant de la correction de l'offre de MEGA TECH SARL, le DAO a prévu un modèle du bordereau des prix des fournitures à importer ; que des erreurs de calcul ont été donc constatées sur le produit des prix unitaires CIP par le nombre de véhicules ; qu'en conséquence, la correction apportée est avérée et s'imposait ;

que s'agissant de la contestation de l'offre de l'attributaire provisoire, elle note que le DAO n'a pas précisé que le procès-verbal devant justifier les marchés similaires doit être provisoire ou définitif ; que les soumissionnaires n'ayant pas contesté le dossier jusqu'au dépouillement des offres, elle a décidé de ne pas retenir cet élément comme un critère substantiel dans l'analyse ; que, par conséquent, tous les procès-verbaux ont été acceptés ; mais qu'elle reconnaît que WATAM SA a fourni des procès-verbaux de réception provisoire pour justifier ses marchés similaires ;

considérant que le requérant en réplique soutient que c'est le soumissionnaire qui propose une offre et non le fabricant ; que l'autorisation du fabricant n'est pas adressé à l'autorité contractante mais à MEGA TECH SARL l'autorisant à commercialiser des équipements de qualité; qu'elle n'est donc pas un critère d'évaluation technique mais un document de renseignement sur la conception du véhicule ; que de ce fait, le grief de la non insertion des références du DAO dans l'autorisation du fabricant ne saurait prospérer; qu'il estime par ailleurs, que même s'il s'agit d'une procédure Banque mondiale, celle-ci ne doit pas être en contradiction avec les procédures nationales ; qu'il sollicite l'ORD de procéder aux vérifications nécessaires ;

considérant que l'attributaire provisoire relève que le DAO est un dossier type Banque mondiale et non national ; qu'il convient donc de faire une différence dans le montage des dossiers ; que le DAO n'ayant pas précisé la nature des procès-verbaux, c'est à bon droit que la CAM n'a pas rejeté une offre sur cette base ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, note que le DAO a été élaboré sur la base des procédures Banque mondiale ; que ladite procédure est différente de celle nationale ; que le DAO ayant prévu un modèle pour l'autorisation du fabricant, les soumissionnaires sont tenus de le respecter ; que MEGA TECH SARL n'ayant pas satisfait à cette obligation, c'est à bon droit que la CAM n'a pas retenue son offre sur cette base ;

qu'au regard des erreurs de calcul du bordereau des prix unitaires, c'est à juste titre que la CAM à corriger l'offre du requérant ;

que s'agissant de la contestation de la conformité de l'attributaire provisoire sur la question de la justification des marchés similaires, il est constant que dans les procédures nationales tous les marchés nécessitant une double réception doivent être justifiés par des procès-verbaux de réception définitive ou attestation de bonne fin d'exécution ; que WATAM SA a fourni des procès-verbaux de réception provisoire mais qu'il est judicieux s'agissant là d'une procédure Banque mondiale dont le contrôle est a posteriori, d'inviter la CAM à requérir l'avis du bailleur sur la question de la justification des marchés similaires et d'en tirer toutes les conséquences ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée dans l'ensemble mais d'inviter la CAM à requérir l'avis du bailleur sur la question de la justification des marchés similaires et d'en tirer toutes les conséquences ;

sur les recours des entreprises SEAB et DIACFA,

considérant que l'entreprise SEAB affirme qu'il y a des erreurs dans la publication des résultats provisoires du lot 3 ; que les montants lus à l'ouverture des plis sont différents de ceux publiés dans les résultats provisoires ; que l'offre du groupement 4B -IGNY International-SOGEDIM BTP mérite d'être déclarée non conforme car il n'a pas fourni des procès-verbaux de réception définitive pour justifier les deux (02) marchés similaires exigés dans le DAO ;

considérant que l'entreprise DIACFA soutient qu'au lot 2, l'attributaire provisoire n'a pas respectée les exigences du critères d'évaluation et de qualification ; qu'en effet, ce dernier n'a pas fourni de procès-verbal de réception définitive pour justifier les marchés similaires ; qu'au lot 4, il constate que la correction de l'offre du groupement 4B-IGNY International -SOGEDIM BTP a subi une variation de plus de 15%, qu'ainsi, son offre mérite d'être déclarée non conforme ;

considérant que la CAM relève que contrairement à son rapport d'évaluation, la publication des résultats provisoires du lot 3 comporte des erreurs ; que lesdits montants sont erronés ; qu'un rectificatif sera publié afin de corriger les erreurs ; qu'au lot 4, il y a également des erreurs ; que l'offre du groupement 4B-IGNY International - SOGEDIM BTP n'est pas conforme car la correction de son offre a entraîné une variation de 500% ; que cela s'explique par le fait que le groupement a facturé qu'un seul véhicule au lieu de six (06) exigés dans le DAO ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, constate que contrairement à la synthèse de délibération de la CAM, les résultats provisoires comportent des erreurs aux lots 3 et 4 ; qu'ainsi il prend acte que la CAM procédera à la rectification desdites erreurs ; qu'il fait observer s'agissant de la question de la justification des marchés similaires, il renvoie la CAM à recourir au bailleur comme dit précédemment ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que les plaintes des requérants sont fondées et d'infirmen ainsi les résultats provisoires ;

sur le recours du groupement d'entreprise GALAXIE MULTI SERVICES/ART TECHNOLOGIE SARL

considérant que le requérant affirme que l'offre de l'attributaire provisoire et celles de ses concurrents ne sont pas conformes car ils ne disposent pas de deux marchés similaires dans le domaine des bicyclettes tels que exigés dans le DAO ;

considérant que la CAM relève que WATAM SA a fourni des marchés similaires portant respectivement acquisition de vélos et de vélomoteurs ; qu'elle estime que ce dernier marché est de nature et de complexité similaire au présent marché; que dans ces conditions, elle a jugé bon de déclarer les références similaires conformes ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, relève qu'un marché similaire n'est pas un marché identique ; que les marchés fournis par WATAM SA sont de nature et de complexité similaires au présent marché ; qu'ainsi la plainte du requérant n'est pas fondée sur ce point ; que par ailleurs s'agissant de la question de la justification des marchés similaires, il renvoie la CAM à recourir au bailleur comme dit précédemment ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée mais qu'il sied d'infirmen les résultats provisoires comme ci-dessus indiqué pour requérir l'avis du bailleur sur la justification des marchés similaires et d'en tirer toutes les conséquences ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours de MEGA TECH SARL, SEAB, DIACFA, WATAM SA et le groupement d'entreprise GALAXIE MULTI SERVICES/ART TECHNOLOGIE SARL sont recevables ;

-que l'appel d'offres ouvert international 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 de MEGA TECH SARL n'est pas fondée dans l'ensemble ;

- que la plainte de SEAB est fondée ;

-que la plainte de DIACFA est fondée ;

-que la plainte du groupement d'entreprise GALAXIE MULTI SERVICES/ART TECHNOLOGIE SARL n'est pas fondée ;

-qu'il sied d'infirmier les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international n°2017-0026/MS/SG/DMP/PADS pour l'acquisition de matériel roulant au profit du PADS (lots 2 et 4) et inviter la CAM à requérir l'avis de la banque mondiale sur la question de la justification des marchés similaires et d'en tirer toutes les conséquences;

-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 22 septembre 2017

Le Président de séance

Serge L. M. P. TOE