
**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2023-L0291/ARCOP/ORD

sur recours du Groupement KHALIL NEGOCE INTERNATIONAL/IMA TECHNOLOGIES SARL contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2023-001/SONAGESS/DG/DMP pour l'acquisition de matériels et outillages techniques au profit de la SONAGESS.

**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 lettre en date du 05 juin 2023 du Groupement KHALIL NEGOCE INTERNATIONAL/IMA TECHNOLOGIES SARL contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;

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

en présence de :

- Monsieur Charles Marie Bernard SORGHO, membre de l'ORD ;
- Madame Mariam TRAORE, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. N. Moïse BAKORBA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Ousmane KIEMA, Boureima OUEDRAOGO et Youssouf SAWADOGO, représentant le Groupement KHALIL NEGOCE INTERNATIONAL/IMA TECHNOLOGIES SARL ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Sény SIMPORE et Patrice KINDA, représentant la Société nationale de gestion du stock de sécurité alimentaire (SONAGESS) ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Paul LANKOANDE, représentant YIENTELLA SARL ;

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 la demande de prix sus visée reste soumise 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 la demande de prix n°2023-001/SONAGESS/DG/DMP pour l'acquisition de matériels et outillages techniques au profit de la SONAGESS ;

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 la demande de prix ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°3627 du lundi 29 mai 2023, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mercredi 31 mai 2023;

que le Groupement KHALIL NEGOCE INTERNATIONAL/IMA TECHNOLOGIES SARL a fait un recours préalable en date du 31 mai 2023 et avait jusqu'au mardi 06 juin 2023 pour saisir l'ORD ; qu'il a saisi l'ORD par lettre en date du lundi 05 juin 2023; 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 1^{er} 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 ;

la Société nationale de gestion du stock de sécurité alimentaire (SONAGESS) a lancé la demande de prix n°2023-001/SONAGESS/DG/DMP pour l'acquisition de matériels et outillages techniques au profit de la SONAGESS ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre du Groupement KHALIL NEGOCE INTERNATIONAL/IMA TECHNOLOGIES SARL non conforme au motif que le type de filtre proposé sur le catalogue du masque à cartouche est FF, A1, P2, RD au lieu de A, B, E, K et P demandés ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que les motifs retenus par la CAM sont injustifiés mais aussi contraires à la réglementation sur les marchés publics et qu'il entend les contester ; que sa requête se fonde sur les deux volets de l'analyse des offres par la CAM ; que du point de vue de l'analyse technique, il importe de préciser que l'item 7 du dossier de demande de prix concerne la fourniture de masques respiratoires à cartouche filtrante ; qu'aucun masque à cartouche filtrante n'est conçu avec autant de filtres (05) incorporés comme demandés dans le tableau des spécifications techniques ; qu'il faut noter également que le nombre de filtres avec les différents codes couleurs, utilisables avec les masques à cartouche ne se limite pas aux cinq (05) types de code couleur nature du contaminant figurant dans le dossier de demande de prix ; qu'en dehors de ceux-là, il y a par exemple le code couleur CO Noir pour le monoxyde de carbone, le code couleur Hg rouge pour les vapeurs de mercure, le code couleur NO bleu pour les vapeurs nitreuses et oxydes d'azote ; que le document contenant ces différents types de code couleur de filtre a été annexé à son offre ; que dans le présent dossier, les filtres sont des accessoires du masque, le masque lui-même étant conçu avec des filtres de base ; que les différents types de filtre et code couleur sont donc utilisés avec le masque en fonction des produits et substances dangereux auxquels s'expose son utilisateur ; que cela l'a conduit à proposer dans son offre technique un prospectus d'un masque respiratoire à cartouche filtrante qui répond parfaitement aux spécifications demandées ; que les filtres étant des accessoires, il n'a pas jugé nécessaire de proposer de prospectus y afférent ; qu'il s'est engagé à travers le tableau des spécifications techniques renseigné à fournir les différents types de filtres demandés lors de la livraison des masques ; que le tableau des spécifications techniques fait partie intégrante du marché subséquent ;

que l'ARCOP a, dans une jurisprudence abondante, rappelé constamment les autorités contractantes que la non production des prospectus des accessoires ne constitue pas un élément substantiel pouvant justifier la non-conformité d'une offre technique ; qu'au vu des résultats de l'analyse financière, il a été surpris de constater que la CAM a fait application de la formule de l' « offre anormalement basse » figurant dans les instructions aux candidats (IC) ; que cela a été fait afin d'écartier des soumissionnaires ; que s'il est vrai que cette formule figure dans les IC, il importe de souligner que dans les données particulières notamment au point IC 21.6, il est indiqué que cette formule ne sera pas appliquée au motif que ce marché résulte d'un financement AFD ; que les soumissionnaires ont été donc confrontés à deux règles juridiques (l'une spécifique, les données particulières et l'autre générale, les IC) qui s'appliquent au même marché ; que la solution dans le cas d'espèce est donnée par un principe bien connu du droit administratif : les règles spéciales dérogent aux règles générales ; que le cadre spécifique s'applique même en présence d'un cadre plus général ; que les données particulières s'appliquent dans ce marché, raison pour laquelle en estimant que la formule de l' « offre anormalement basse » ne s'appliquait pas, il a formulé son offre en connaissance de cause ; qu'il estime que le fait pour la CAM d'appliquer la formule au moment de l'évaluation des offres constitue une violation flagrante de la réglementation ;

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

sur la discussion,

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

considérant que le requérant réaffirme ses prétentions ci-dessus ;

considérant que la CAM a noté que le requérant a fournis des prospectus non conformes ; que les masques c'est pour le traitement des stocks et ils sont facilement accessibles à tous les fournisseurs ; qu'elle ne comprend pas pourquoi certains soumissionnaires n'ont pas pu proposer des produits conformes ; que chaque année ce sont les mêmes masques qui sont utilisés à la SONAGESS et même au niveau du ministère de l'agriculture ; que le masque proposé par le requérant est un masque avec le filtre incorporé contrairement à ce qui est demandé ; qu'il est même passé pour compléter son offre, toute chose qui lui a été refusée ;

considérant qu'en réplique, le requérant explique qu'il n'était pas question de compléter son offre mais de présenter à l'autorité contractante les insuffisances de leur dossier ; qu'en réalité ce que l'autorité contractante demande n'existe pas ; que le filtre est un accessoire qui peut être complété ou remplacé à tout moment ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que le masque proposé est à filtre unique contrairement aux exigences de la demande de prix ; que les griefs qui lui sont reprochés sont bien réels ;

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 les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours du Groupement KHALIL NEGOCE INTERNATIONAL/IMA TECHNOLOGIES SARL est recevable ;

-que la demande de prix sus visée 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 la plainte du Groupement KHALIL NEGOCE INTERNATIONAL/IMA TECHNOLOGIES SARL n'est pas fondée ;

-de confirmer les résultats provisoires de la demande de prix n°2023-001/SONAGESS/DG/DMP pour l'acquisition de matériels et outillages techniques au profit de la SONAGESS ;

-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 08 juin 2023

Le Président de séance

Issa ZERBO