

DECISION N°2024-L0263/ARCOP/ORD

sur recours de ACMY contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2024-07/MESRI/SG/UV-BF/P/PRM pour l'acquisition de mobiliers de bureau au profit de l'Université virtuelle du Burkina Faso.

**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 20 juin 2024 de ACMY contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

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

en présence de :

- Monsieur P. Boureima SAVADOGO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Issoufou YELEMOU, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Madame Faouzi MAÏGA, représentant ACMY ;
- au titre de l'autorité contractante, Mesdames Gisèle YANGANE/SAMANDOULOGOU, Salimata SANDWIDI/ROUAMBA et Monsieur Anicet TAGO, représentant l'Université virtuelle du Burkina Faso ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs A. Kader TAPSOBA et Alain BONKOUNGOU, représentant UNISTAR MOBILIERS ET DIVERS 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°2024-07/MESRI/SG/UV-BF/P/PRM pour l'acquisition de mobiliers de bureau au profit de l'Université virtuelle du Burkina Faso ;

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°3903 du mardi 18 juin 2024, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au jeudi 20 juin 2024 ; que ACMY a saisi l'ORD par lettre en date du jeudi 20 juin 2024 ;

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'Université virtuelle du Burkina Faso a lancé la demande de prix n°2024-07/MESRI/SG/UV-BF/P/PRM pour l'acquisition de mobiliers de bureau à son profit ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de ACMY non-conforme au motif que les photos de la table individuelle pour étudiant et de la chaise secrétaire ne sont pas conformes aux prototypes présentés par l'administration ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir sur le grief relatif à la non-conformité des prospectus proposés face à la demande du DAO et de la position de l'ORD sur ce point, qu'en rappel, le DAO à sa page 56 a exigé au niveau du bordereau des quantités précisément en bas de page : « échantillons disponibles tous les soumissionnaires sont invités à passer les voir » ; qu'en effet, suivant cette exigence du DAO, dans la mesure où l'autorité contractante a présenté des échantillons pour lesquels les soumissionnaires devraient s'y conformer, elle ne devrait plus leur exiger la production d'échantillons ou de prospectus ; que présenter des échantillons à consulter et exiger en même temps la production de prospectus ou des échantillons, revient à une double exigence contraire à la position constante et abondante de l'ORD sur ce point ; qu'il est réconforté par les six (06) décisions n°2020-L0423/ARCOP/ORD du 17/07/2020, n°2020-L0237/ARCOP/ORD du 28/05/2020, n°2020-L0254/ARCOP/ORD du 03/06/2020, n°2021-L0369/ARCOP/ORD du 06/07/2021, n°2021-L0640/ARCOP/ORD du 05/11/2021 et n°2022-L0311/ARCOP/ORD du 05/06/2022 dont certaines ont les teneurs explicites ; qu'à titre d'illustration, il ressort de la décision n°2021-L0369/ARCOP/ORD du 06/07/2021 ayant opposé SCPA LEX AMA au MATD que l'ORD a statué en ces termes : « -que la plainte de SCPA LEX AMA est fondée, que l'exigence d'échantillon en plus du modèle mis à la disposition des soumissionnaires est une double exigence qui est contraire à la réglementation ; que dans ces conditions, aucun soumissionnaire ne doit être écarté sur la base des échantillons, ceux-ci étant liés par les modèles ;

-d'infirmes les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2021-03/MATD/SG/DMP pour l'acquisition d'effets d'habillement au profit de la Brigade Nationale des Sapeurs-Pompiers, lot 01 » ; que aussi, à travers la décision n°2020-L0237/ARCOP/ORD, ayant opposé SHINY SERVICE SARL au Centre Hospitalier Régional de Banfora, l'ORD à son audience du 28/05/2020 après s'être déclaré compétent et le recours recevable, statua en ces termes : « -que la plainte de SHINY SERVICE SARL est fondée, que l'exigence d'échantillons n'est pas pertinente au regard de la mise à disposition des soumissionnaires de modèles des imprimés (IC 4 des données particulières) et de la pratique de Bon à tirer (BAT) dans le secteur de l'imprimerie ;

- d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n°2020-002/MS/SG/CHR-BFR/DG pour l'acquisition de fournitures de bureau et d'imprimés spécifiques au profit du Centre Hospitalier Régional de Banfora » ;

qu'en rappel, toutes ces six (06) décisions sont conformes à la circulaire n°2017-20/ARCOP/CR du 17/05/2017 portant gestion des échantillons dans le cadre de la commande publique ; qu'à cet effet, le rejet de son offre sur ce point mérite infirmation car contraire à la réglementation et à la position de l'ORD sur ce point ;

s'agissant de la mauvaise application de la formule M (offre anormalement basse), il rappelle que pour l'application de la formule M, la CAM devrait intégrer les offres totalement conformes, les offres irrecevables pour défaut uniquement de complément de pièces administratives et les offres non retenues à la post-qualification (chiffre d'affaires, matériel, personnel) ; que dans son cas, elle n'a pas intégré les offres non conformes pour le personnel (RIMKETA SERVICES, BERAKAH NEWS SARL, ETS KM DISTRIBUTION, KOZAMI SERVICE, GUIRA GLOBAL SERVICES, ENTREPRISE RAYIM, GLOBAL SAMY SARL, GLOBEX INDUSTRIE SARL, AMG, JEBNEJA SARL, YANNSIS FOURNITURE SARL, ACE) ; qu'il peut s'appuyer sur la décision n°2022-L0640/ARCOP/ORD du 22/11/2022 ayant opposé le groupement NAILA SERVICES/KE DISTRIBUTION au CNAMU qui décida que : « -que le modèle de calcul des offres anormalement basses ou élevées prend en compte toutes les offres techniquement conformes ; qu'ainsi, toutes les offres qui ne remplissent pas les critères de post-qualification doivent être intégrées » ; que sur la décision n°2023-L0130/ARCOP/ORD du 15/03/2023 ayant opposé ETABLISSEMENT YAMSEM NOOGO au MDICAPME, l'ORD décida que : « -que toutes les offres non retenues pour des critères de post-qualification et de pièces administratives doivent être prises en compte dans l'application de la formule des offres anormalement basses ou élevées ; que la CAM doit reprendre les calculs et en tirer les conséquences de droit » ; qu'à cet effet, avec la reprise des calculs en considérant toutes les offres financières de tous les soumissionnaires, on a les résultats suivants : $E = 50\,000\,000$ FCFA ; $0,6E = 30\,000\,000$; $P = 39\,099\,521$; $0,4P = 15\,639\,808$; $M = 45\,639\,808$; $0,85M = 38\,793\,837$; qu'on en déduit que l'attributaire provisoire UNISTAR MOBILIERS ET DIVERS SARL dont le montant est de 42 550 800 FCFA TTC est plus cher ; que son offre qui est de 38 848 904 FCFA, est plus avantageuse et mérite d'être attributaire du marché ;

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 dossier a noté que : « Echantillons disponibles tous les soumissionnaires sont invités à passer les voir » page 56 ;

considérant que le requérant a réaffirmé ses moyens et prétentions ci-dessus exposés ; qu'en substance, il estime qu'il y a double exigence avec la mise à disposition des modèles disponibles à consulter et l'exigence des prospectus ;

considérant que la CAM a noté que le requérant que les photos présentés par le requérant présentent des caractéristiques différentes de la chaise secrétaire et de la table ; que les échantillons devaient permettre aux soumissionnaires de voir en grandeur nature les mobiliers exigés déjà clairement spécifiés dans les prescriptions techniques du dossier ;

considérant que l'attributaire provisoires a relevé que l'offre de son concurrent est effectivement non conforme ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la plainte de ACMY n'est pas fondée car il n'y a pas de double exigence « échantillon à livrer et modèle à consulter » au sens de la jurisprudence de l'ORD invoquée ; qu'en effet, le dossier n'a pas demandé de reproduire les mobiliers en tant qu'échantillons ; qu'il a juste exigé les prospectus ou photos des mobiliers alors même que la visite des échantillons était facultative ;

que s'agissant du moyen de l'offre anormalement basse soulevé par le requérant, sa plainte est également non fondée ; que les prospectus non conformes induisent le rejet de l'offre comme étant techniquement 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 ainsi les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

- **qu'il est compétent ;**
- **que le recours de ACMY 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 de ACMY n'est pas fondée car il n'y a pas de double exigence « échantillon à livrer et modèle à consulter » au sens de la jurisprudence de l'ORD invoquée ; qu'en effet, le dossier n'a pas demandé de reproduire les mobiliers en tant qu'échantillons ; qu'il a juste exigé les prospectus ou photos des mobiliers alors même que la visite des échantillons était facultative ;**

- **que s'agissant du moyen de l'offre anormalement basse soulevé par le requérant, sa plainte est également non fondée ; que les prospectus non conformes induisent le rejet de l'offre comme étant techniquement non conforme ;**
- **de confirmer les résultats provisoires de la demande de prix n°2024-07/MESRI/SG/UV-BF/P/PRM pour l'acquisition de mobiliers de bureau au profit de l'Université virtuelle du Burkina Faso ;**
- **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 25 juin 2024

Le Président de séance

Lassina TRAORE