

DECISION N°2016-0711/ARCOP/ORAD

sur recours de la Société civile professionnelle d'avocats (SCPA) THEMIS-B agissant au nom et pour le compte de TAFE (lot 1), de EGF SARL (lot 3), du Groupement SAAT/DONG FENG (lots 1, 2 et 3) et du Groupement DIACFA/SCOA NIGERIA PLC (lot 1) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international n°2016-07/SONATER/DG/PRM du 25 août 2016 pour l'acquisition d'équipements agricoles motorisés au profit de la SONATER;

**L'ORGANE DE REGLEMENT AMIABLE DES DIFFERENDS
STATUANT EN MATIERE DE LITIGE :**

- Vu** *la loi n°020-2016/AN du 22 juillet 2016 portant allègement des conditions d'exécution des projets, programmes et activités de développement ;*
- Vu** *le décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;*
- Vu** *le décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public et ensemble ses modificatifs ;*
- Vu** *le décret n°2008-374/PRES/PM/MEF du 02 juillet 2008 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Sur** *recours par lettres en date respectivement du 08 décembre de EGF SARL et du 09 décembre 2016 de SCPA THEMIS-B pour le compte de TAFE, du Groupement SAAT/DONG FENG et du Groupement DIACFA/SCOA NIGERIA PLC contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international ci-dessus cité ;*

présidé par Monsieur Oumarou BASSAVE, membre de l'Organe de règlement amiable des différends (ORAD) ;

en présence de :

- Monsieur Soumaïla BARRO, membre de l'ORAD ;
- Monsieur Doudou DOUMBIA, membre de l'ORAD ;
- Messieurs Moïse BAKORBA et B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORAD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants, Maître Maria Mireille BARRY et Geneviève SILGA de la SCPA THEMIS-B, Messieurs Jean Bosco OUEDRAOGO et Ambroise BALIMA, représentant la Compagnie TAFE ; Madame Irène BAYANE/ZONGO et Monsieur Eloi GANSONRE, représentant EGF SARL ; Maître Bouba Yaguibou, Messieurs Saïdou OUEDRAOGO et Hubert SANDWIDI, représentant le Groupement SAAT/DONG FENG ; Messieurs Joseph FADOUL et Aboubacar Cyrille TOURE , représentant le Groupement DIACFA/SCOA NIGERIA PLC ;
- au titre de l'autorité contractante, Madame Zalissa KOUMARE/OUILLIO, Messieurs Tasré BOUDA, Basile DABIRE, Hamidou OUEDRAOGO, Pierre SANON, Boukary SIONE et Martial LOMPO, représentant la Société Nationale de l'Aménagement des Terres et de l'équipement rural (SONATUR);
- au titre des attributaires provisoires, Maîtres Idrissa Kirsi TRAORE et Sidi SANON de la SCPA-ACR et Monsieur Alassane TRAORE, représentant GROUPEMENT TROPIC AGRO CHEM/TOGUNA SARL ; Messieurs Ousséni NIKIEMA et Moussa TIONOU, représentant GROUPEMENT ENF/LIPAO ;

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 les résultats provisoires de l'appel d'offres international sus visé restent soumis aux dispositions du décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public et ses modificatifs n°2012-123/PRES/PM/MEF du 02 mars 2012 et n°2013-1148/PRES/PM/MEF du 12 décembre 2013 ;

considérant qu'aux termes de l'article 28 du décret n°2014-554 ci-dessus visé, l'ORAD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ;

considérant que les recours visent la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert international n°2016-07/SONATER/DG/PRM du 25 août 2016 pour l'acquisition d'équipements agricoles motorisés au profit de la SONATER (lots 01, 02 et 03) ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORAD est compétent pour en connaître ;

sur la recevabilité,

considérant qu'aux termes l'article 6 de la loi n°020-2016/AN du 22 juillet 2016 portant allègement des conditions d'exécution des projets, programmes et activités de développement ci-dessus visée « les délais de passation, de contrôle et de règlement des différends relatifs aux commandes publiques passées en application des conditions allégées sont fixées comme suit :

- ...
- pour le recours des candidats et soumissionnaires auprès de l'autorité de régulation de la commande publique : deux (2) jours ouvrables à compter 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 ;
- pour l'autorité de régulation de la commande publique : trois (3) jours ouvrables à compter de sa saisine jusqu'à la notification de la décision lorsqu'elle statue en matière de litige ;
- ...» ;

considérant que les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°1939 du mercredi 07 décembre 2016 et que le délai de recours auprès de l'ORAD courait jusqu'au 09 décembre 2016 ; que les requérants ont exercé leur recours devant l'ORAD par lettres respectivement en date du 08 décembre pour EGF SARL et du 09 décembre 2016 pour la SCPA THEMIS-Bagissant au nom et pour le compte de TAFE, le Groupement SAAT/DONG FENG et le Groupement DIACFA/SCOA NIGERIA PLC; que par ailleurs, le recours est conforme aux dispositions de l'article 33 du décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique précité ;

que, dès lors, il convient de les déclarer recevables ;

AU FOND :

sur les faits,

la SONATERa lancé l'appel d'offres ouvert international n°2016-07/SONATER/DG/PRM du 25 août 2016 pour l'acquisition d'équipements agricoles motorisés (lots 01, 02 et 03) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré les offres des requérants non-conformes ;

pour la SCPA THEMIS-B agissant au nom et pour le compte de la Compagnie TAFE, les motifs d'éviction de son offre au lot 01 ne sont pas fondés ; sur le premier motif relatif à l'absence « de précision sur le système de filtrations à air » pour les tracteurs de 40 ch, il affirme avoir satisfait à toutes les informations exigées par les spécifications techniques ; sur le deuxième motif portant sur la proposition de modèle de 3 cylindres au lieu de 4 pour les tracteurs de 60 ch , il estime avoir proposé un modèle de tracteur 59 CV n° TAFE 5900 équipé d'un moteur 4 cylindres ; il admet avoir commis une erreur de typographie lors de la traduction

en français ; que cette erreur est tolérable ; sur le troisième motif tiré de l'absence de marché similaire, il déclare être leader dans le domaine ; il a déjà réalisé ce type de marché et même de grande envergure dans différents pays ; par ailleurs, en ce qui concerne l'offre du Groupement TROPIC AGRO CHEM/TOGUNA SARL, elle doit être déclarée non-conforme du fait qu'aucun membre du groupement n'est fabricant de tracteurs ; et sur le plan des montants proposés, son offre est de loin la plus économiquement avantageuse ;

EGF SARL conteste le motif d'absence de marché similaire élevé contre son offre ; elle soutient qu'au lot 3 son offre est bien conforme aux exigences demandées ; en effet, dans sa soumission, elle a joint des références techniques de nature et de complexité similaires ; en outre un marché similaire n'est pas un marché identique et les marchés joints concernent des équipements agricoles ;

le Groupement SAAT/DONG FENG réfute le motif de l'absence de l'accord de groupement pour déclarer ses soumissions aux lots 1, 2 et 3 non-conformes ; il affirme qu'il a fourni l'accord de groupement qui est la pièce numéro 02 de son offre ; du reste, l'offre du Groupement TROPIC AGRO CHEM/TOGUNA SARL doit être déclarée non-conforme, car aucun membre du groupement n'est fabricant de tracteurs ; en effet TOGUNA SARL est dans l'importation et la distribution de la marque FOTON au Mali et TROPIC AGRO CHEM est reconnu dans la commercialisation d'engrais au Burkina Faso ; par ailleurs, la réputation de TOGUNA SARL est entachée du scandale dit de « Soupçon de corruption » dans l'« affaire des 1000 tracteurs » au Mali ; par conséquent, il serait imprévoyant d'attribuer le marché à de tels soumissionnaires ;

le Groupement DIACFA/SCOA NIGERIA PLC allègue que les raisons évoqués par la CAM ne sont pas fondées ; les tracteurs qu'il a proposés respectent les longueurs minimales demandées ; il n'y a rien d'excessif ; dans son dossier d'appel d'offres, il a bien fait mention du type de freinage des tracteurs de 40 CH ; la CAM a relevé l'absence de marché similaire et de preuve d'exécution du marché similaire joint, alors qu'il n'est nul part question dans le DAO de Procès-verbal (PV) ou d'attestation de bonne fin à fournir ; au Nigéria, il n'existe pas de PV de réception provisoire ou d'attestation de bonne, raison pour laquelle il a joint la facture définitive pour paiement adressée à l'autorité contractante ; par ailleurs, il a l'offre la moins-disante par rapport à l'attributaire provisoire ;

au regard des moyens développés par les requérants, ils sollicitent de l'ORAD le réexamen des résultats provisoires ;

Discussion

considérant que la Commission d'attribution des marchés de la SONATER a déclaré non-conformes les offres des soumissionnaires Compagnie TAFE, Groupement SAAT/DONG FENG, Groupement DIACFA/SCOA NIGERIA PLC et EGF ; que chacun d'eux, au regard des griefs soulevés par la CAM, a saisi l'ORAD aux fins de le voir déclarer ces griefs non fondés ;

sur le recours du Groupement SAAT/DONG FENG (lots 1, 2 et 3)

considérant que l'offre du requérant a été rejetée pour absence d'accord de groupement ; que le requérant conteste ce motif arguant qu'à l'ouverture des plis et à la lecture des pièces constitutives de son offre conformément aux dispositions de l'article 25 des instructions aux soumissionnaires, il n'a pas été question d'absence d'une quelconque pièce ; que la SONATER dit avoir noté au sommaire de l'offre l'indication d'un accord de groupement sans la présence physique de ladite pièce ; que ni à l'ouverture des plis, ni dans les travaux de la sous-commission technique la présence de cette n'a été constatée ;

considérant que sur le motif du rejet de l'offre du requérant, l'ORAD, après avoir entendu les parties et procédé à des vérifications nécessaires, note l'absence effective de l'accord de groupement dans l'offre du requérant ; que la liste des pièces mentionne l'accord de groupement ; que s'il est de règle que la CAM doit vérifier à l'ouverture des plis l'exhaustivité des pièces constitutives de l'offre, il revient aussi aux soumissionnaires l'intérêt de présenter leurs offres de sorte à garantir leur sécurité et leur intégrité ; que dans le cas d'espèce, l'offre du requérant n'est ni reliée, ni numérotée et la liste des pièces jointe mentionne l'accord de groupement comme pièce n°00 ; que dans ces circonstances, l'ORAD, n'ayant aucune preuve de la production effective de l'accord de groupement, dit que le recours n'est pas fondé sur ce moyen ;

considérant par ailleurs que le requérant conteste la conformité de l'offre de l'attributaire provisoire arguant que l'article A-31.2 des données particulières du DAO exige d'être fabricant pour pouvoir soumissionner au lot 1 ; que son concurrent n'établit pas la preuve qu'il a cette qualité ; que sur ce point l'ORAD rappelle à l'endroit des parties que l'exigence de l'autorisation du fabricant appuyée avec « *les copies légalisées du brevet de fabrication ou de la marque attestant la preuve de fabricant de tracteurs* » ne saurait signifier d'être un fabricant de tracteurs pour soumissionner au présent appel en concurrence, auquel cas le DAO violerait les principes fondamentaux de la commande publique ; que dans le cas d'espèce, il appartient au soumissionnaire ayant obtenu l'autorisation d'un fabricant de joindre les éléments de preuve requis que celui qui lui donne l'autorisation est effectivement un fabricant de tracteurs ; que sur ce moyen également la plainte du groupement n'est pas fondée ;

sur le recours de la Compagnie TAFE (lot 1)

considérant que la Compagnie TAFE, à travers son conseil la SCPA THEMIS-B, conteste non seulement les motifs de non-conformité de son offre mais aussi la conformité de l'offre de l'attributaire provisoire ;

considérant que sur les motifs de non-conformité de l'offre, la CAM soutient que pour les tracteurs 40 chevaux il n'y a pas de précision sur le système de filtrations à air ; que sur ce point le requérant soutient qu'il n'y a pas de système à 03 niveaux de filtration sans bol décanteur ; que la CAM n'a pas pu démontré le contraire ; qu'il va s'en dire que c'est à tort que ce grief a été élevé contre l'offre du requérant ;

considérant que le motif de non-conformité des tracteurs 60 chevaux, le requérant a soutenu qu'il y a eu une seule mention sur quatre (04) où le tracteur a03 cylindres ; que la CAM devrait savoir qu'il s'agit d'une erreur sans conséquence majeure sur la conformité de l'offre ; que sur ce point, l'ORAD, après vérification, dit que la matérialité de l'erreur est avérée sans qu'il soit besoin de s'appesantir sur sa gravité dès lors que celle-ci fait l'objet de controverse entre les parties ; qu'en tout état de cause, le requérant ne saurait se prévaloir de sa propre turpitude ;

considérant que sur l'exigence de production de marché similaire conformément aux dispositions du point A-33 des données particulières, l'ORAD note que le requérant a produit à ce titre une liste de références sans preuve matérielle en termes de documents contractuels établissant la réalité et la bonne exécution de ces contrats ; que c'est donc à bon droit que la CAM a déclaré son offre non-conforme pour absence de marché similaire ;

considérant enfin que le requérant a soutenu tout le Groupement SAAT/DONG FENG que l'offre de l'attributaire provisoire doit être déclarée non-conforme pour défaut de qualité de fabricant ; que sur ce point, l'ORAD dit que le moyen étant le même que celui du groupement précité, sa position sur ce point ne peut qu'être la même ;

sur le recours du Groupement DIACFA/SCOA Nigéria (lot 1)

considérant que la CAM a rejeté l'offre du requérant, motifs pris d'une part de ce que les prescriptions techniques sur les longueurs des tracteurs et le type de freinage des tracteurs de 40 chevaux sont non-conformes et d'autre part, de l'absence de preuve d'exécution de marché similaire ;

considérant que sur la longueur des tracteurs, le requérant a prévu une longueur de plus de 4 km que mais visiblement au regard des prospectus joints, il s'agit plutôt de 4 mètres de longueur ; que l'erreur est si grossière et qu'elle est due à l'omission de la virgule ; que de ce fait, l'ORAD note que cette erreur ne saurait justifier la non-conformité d'une offre ;

considérant que sur les points du type de freinage des tracteurs de 40 chevaux et sur l'absence de preuve de l'exécution d'un marché similaire, l'ORAD a procédé à des vérifications ; que sur le premier point, il ressort que le requérant a repris les deux types possibles de freinage visés sans opérer un choix dans les prescriptions techniques proposées ; qu'il y a lieu de dire qu'il n'a pas fait d'offre précise sur ce point ; quant à l'absence de preuve d'exécution de marché similaire, l'examen de l'offre du requérant ne comporte qu'une facture définitive, laquelle pièce ne saurait valablement établir la preuve irréfutable que le marché a été exécuté convenablement ; que sur ce point également sa plainte doit être déclarée non fondée ;

sur le recours d'EGF SARL (lot 03)

considérant que le DAO exige pour le lot 3 la production d'un marché similaire de 150 motopompes au moins ; que se fondant sur cette disposition, la CAM a rejeté

les références de EGF SARL au motif que les références produites sont du domaine de la transformation de produits agricoles et non de la production agricole ;

considérant que l'ORAD, après avoir entendu les parties et procédé à des vérifications utiles, dit que les références produites par EGF SARL sont bien des références similaires ; que c'est à tort que l'autorité a entendu voir produire des références à objet identique que le marché en cours de passation ; que les références similaires ne sauraient s'entendre de références identiques ; que de ce fait, il convient de faire droit à la requête ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours de TAFE à travers son conseil SCPA THEMIS-B, de EGF SARL, du Groupement SAAT/DONG FENG et du Groupement DIACFA/SCOA NIGERIA PLC SARL sont recevables ;

-que l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions du décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-que les plaintes de TAFE, du Groupement SAAT/DONG FENG et du Groupement DIACFA/SCOA NIGERIA PLC SARL ne sont pas fondées ;

-que la plainte de EGF SARL est fondée au lot 3 et de faire droit à sa requête ;

-qu'il y a lieu d'une part de confirmer les résultats provisoires des lots 1 et 2 et d'autre part, d'infirmes les résultats provisoires du lot 3 de l'appel d'offres ouvert international n°2016-07/SONATER/DG/PRM du 25 août 2016 pour l'acquisition d'équipements agricoles motorisés au profit de la SONATER ;

-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 15 décembre 2016
Le Président de séance

Oumarou BASSAVE
Chevalier de l'Ordre national