

DECISION N°2016-0608/ARCOP/ORAD

sur recours de la SCPA-ACR, agissant au nom et pour le compte de EFFICIENCE Sarl, contre les résultats provisoires de la manifestation d'intérêt n°2016-003/SBT/DFC/SMP pour la sélection d'une agence de communication pour la conception et la confection de supports d'information et de sensibilisation sur la TNT au profit de la Société burkinabè de télédiffusion (SBT).

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

- 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 lettre en date du 03 novembre 2016 SCPA-ACR, agissant au nom et pour le compte de la société EFFICIENCE Sarl, contre les résultats provisoires de la manifestation d'intérêt ci-dessus citée;

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

en présence de :

- Monsieur Soumaïla BARRO, membre de l'ORAD ;
- Monsieur Puraogo G. KAFANDO, membre de l'ORAD ;
- Messieurs Modeste YAMEOGO et Boureïma dit Adama OUEDRAOGO assurant le secrétariat de l'ORAD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Monsieur Pascal Der Gontran SOME, gérant de EFFICIENCE Sarl et Me Idrissa Kirsi TRAORE, en sa qualité d'avocat-conseil, représentant de SCPA-ACR, agissant au nom et pour le compte de EFFICIENCE Sarl;
- au titre de l'autorité contractante, Madame Yolande KALWOULE et Monsieur B. Hermann KOANDA, respectivement chargé de communication et juriste, représentants de SBT;

- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Lamine BAYALA et Aristide KOKORE, respectivement en leur qualité de DGAet de directeur du développement,représentants de AZUR CONSEIL ;

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 la manifestation d'intérêtsus visée reste soumise 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 le recours concerne la contestation desrésultats provisoires de la manifestation d'intérêt n°2016-003/SBT/DFC/SMP pour la sélection d'une agence de communication pour la conception et la confection de supports d'information et de sensibilisation sur la TNT au profit de la Société burkinabè de télédiffusion (SBT) ;

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

sur la recevabilité,

considérant qu'aux termes de l'article 30 du décret n°2014-554 ci-dessus visé,« Tout candidat ou soumissionnaire s'estimant injustement évincé des procédures de passation de la commande publique, doit, avant de saisir l'ORAD, exercer un recours auprès de l'autorité contractante.

Ce recours est une demande écrite indiquant les références de la procédure de passation et exposant les motifs de sa réclamation. Il est adressé à l'autorité contractante avec accusé de réception ou déposé contre récépissé. Il doit invoquer une violation caractérisée des textes en la matière. Il doit être exercé dans un délai de trois (03) jours ouvrables à compter de la publication de l'avis d'attribution dans la revue de la commande publique, de la communication de la lettre d'invitation ou du dossier de demande de propositions.

L'autorité contractante est tenue de répondre à cette réclamation dans un délai de trois (03) jours ouvrables au-delà duquel le défaut de réponse sera constitutif d'un rejet implicite du recours.

En cas de rejet implicite, le requérant dispose de deux (02) jours ouvrables pour saisir l'ORAD. En cas de notification d'une réponse de rejet, il dispose de cinq (05) jours ouvrables pour saisir l'ORAD » ;

considérant que les résultats provisoires de la manifestation d'intérêt sus visée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°1908-1909 du mardi 25 au mercredi 26 octobre 2016, et que le délai de recours préalable auprès de l'autorité contractante courait jusqu'au 02 novembre 2016 ; que la SCPA-ACRa saisi l'autorité contractante, en l'occurrence, Madame la Présidente de la Commission d'attribution des marchés de la SBT par lettre en date du 26 octobre 2016, laquelle a répondu par une lettre en date du 28 octobre 2016 ; qu'au regard du rejet de son recours préalable, le requérant non satisfaisant disposait d'un délai de cinq (05) jours ouvrables pour saisir l'ORAD ; que c'est ce à quoi, il a satisfait par un recours en date du 03 novembre 2016 ; 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 le déclarer recevable;

AU FOND :

sur les faits,

la Société burkinabé de télédiffusion a lancé la manifestation d'intérêt n°2016-003/SBT/DFC/SMP pour la sélection d'une agence de communication pour la conception et la confection de supports d'information et de sensibilisation sur la TNT au profit de la SBT ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a attribué le marché à AZUR CONSEIL tout en déclarant l'offre du requérant non conforme pour les motifs suivants : premier motif, il est reproché au requérant une mauvaise présentation de la facture car la facturation proposée n'a pas pris en compte les différents formats des supports de communication ; ensuite, la CAM a dû corriger des erreurs sur le montant du coût total minimum des affiches, il est de 160000f au lieu de 16000f. ; en plus, la CAM a effectué la correction du nombre minimal de dépliants 500x13 soit 6500 au lieu de 500x1 soit 500 ; toutes ces corrections, on conduit à ce que le montant minimum corrigé soit de 8807500 FCFA et le montant maximum corrigé de 28127500 FCFA, soit une différence de 2644950 FCFA au niveau du montant minimum et de 10521900 FCFA au niveau du montant maximum, soit une variation de 59,76% supérieur à 15% ;

le requérant conteste les motifs avancés par la CAM et demande l'annulation des résultats provisoires ; il fonde son recours sur les moyens suivants : il y aurait une violation manifeste de la réglementation des marchés publics du fait du défaut de base légale ou la fausse application par la CAM de l'article 126 du décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service publics ;

il ressort en substance de son exposé qu'aucune disposition dudit décret ne permet d'écarter une offre dont la correction de l'offre financière a entraîné une variation de plus de 15% ; en plus, à supposer que la CAM considère que l'offre est anormalement basse, elle ne pouvait également pas la rejeter sans avoir permis à la société de justifier ses prix, ce qui n'a pas été fait ; enfin, il estime également qu'il y a eu une violation de l'article 102 du décret suscitée ;

il sollicite donc de l'ORAD un réexamen des résultats provisoires ;

sur la discussion

considérant que la Société burkinabè de télédiffusion a fait valoir que le requérant a obtenu la meilleure note technique 94/100 ; que cependant, des erreurs constatées dans son offre ont conduit la CAM à opérer les corrections objectives conformément au besoin exprimé dans le dossier ; que ces corrections ont eu pour conséquence une variation à la hausse de l'offre financière initiale de 59,76% alors que le seuil de variation autorisé est de 15% ; que cette limite ayant été dépassée, la CAM a écarté l'offre de la société EFFICIENCE Sarl ; que s'agissant de la note technique non mentionnée, elle a expliqué qu'il s'agit d'une erreur qui a été corrigée par une publication rectificative du 04 novembre 2016 ;

considérant qu'en réponse, le requérant a relevé qu'il reconnaît avoir commis certaines erreurs ; que, cependant, il estime que l'incidence financière de la correction n'atteint pas le taux présenté par la CAM ; que ses calculs lui permettent d'indiquer une variation d'environ 18% ; qu'à ce niveau, il est ressorti des échanges que le requérant s'est également trompé sur le nombre des panneaux urbains ; qu'en effet, il en a prévu 30 alors que le dossier, notamment l'annexe, en a demandé 60 ; que sur cette question, il est apparu que l'annexe contient une incohérence dans la mesure où le nombre maximum prévu est 30 alors qu'en observation, l'on retrouve une répartition dont la sommation des éléments donne 60 ; que le requérant a rappelé qu'il avait attiré l'attention de l'autorité contractante sur cette incohérence en lui adressant un courrier resté sans réponse ; que l'attributaire provisoire a renchéri en confirmant que suite à un appel téléphonique qu'il a initié, SBT lui dit de prendre en considération les 60 panneaux résultant de la répartition entre les villes concernées ;

considérant qu'il est constant que le requérant a fait les diligences nécessaires pour obtenir les éclaircissements relativement au nombre exact des panneaux ;

considérant que l'ORAD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que le point principal de la contestation est relatif à la légalité du rejet de l'offre du requérant sur la base de la variation supérieure à 15% de son offre financière consécutive à une correction ; qu'en réponse, l'ORAD a d'abord relevé que la règle appliquée par la CAM n'est pas étrangère au droit des marchés publics ; qu'elle est en effet prévue par les instructions aux soumissionnaires des dossiers d'appel à concurrence notamment pour les travaux et les fournitures ;

que, cependant, il ressort de l'analyse des textes en vigueur que le législateur n'a pas voulu l'appliquer aux dossiers de demande de propositions relatifs aux prestations intellectuelles, ce qui explique qu'elle n'ait pas été prévu pour ce type de dossier ; qu'il s'en suit que la règle litigieuse n'est pas applicable en matière de prestations intellectuelles ; que c'est donc à tort que l'offre du requérant a été écartée en application de cette règle, l'importance des corrections ne pouvant conduire à son élimination ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et d'infirmes ainsi les résultats provisoires en enjoignant à la CAM de reprendre l'évaluation des propositions conformément à la présente décision ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de la SCPA-ACR, agissant au nom et pour le compte de la société EFFICIENCE Sarl, est recevable;

-quela manifestation d'intérêt sus viséereste soumise 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 la plainte de la SCPA-ACR, agissant au nom et pour le compte de la société EFFICIENCE Sarl, est fondée;

-qu'il sied d'infirmes les résultats provisoires de la manifestation d'intérêt n°2016-003/SBT/DFC/SMP pour la sélection d'une agence de communication pour la conception et la confection de supports d'information et de sensibilisation sur la TNT au profit de la Société burkinabè de télédiffusion (SBT) ;

- que la CAM doit en tirer les conséquences de droit ;

-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 novembre 2016

Le Président de séance

Seydou SIMPORE