

DECISION N°2016-0496/ARCOP/ORAD

sur recours de l'entreprise FT BUSINESS contre l'avis d'appel d'offres ouvert international n°2016-007/SONATER/DG/PRM 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** 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 23 juillet 2008 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;
- Sur** recours de l'entreprise FT BUSINESS contre l'avis d'appel d'offres ci-dessus cité ;

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

en présence de :

- Monsieur L. Prosper THIOMBIANO, membre de l'ORAD ;
- Monsieur Puraogo G. KAFANDO, membre de l'ORAD ;
- Messieurs Tahirou SANOU, Moïse BAKORBA et B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORAD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Monsieur Christian SORE, Gérant de FT BUSINESS ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Hamidou OUEDRAOGO, P. Martial LOMPO et M. Basile DABIRE, respectivement DAF, DMA et PRM de la SONATER ;

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 sus visé reste 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 le recours concerne la contestation de l'avis d'appel d'offres ouvert international n°2016-007/SONATER/DG/PRM pour l'acquisition d'équipements agricoles motorisés au profit de la SONATER ;

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

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 l'avis d'appel d'offres ci-dessus cité a été publié dans le quotidien des marchés publics n°1870 du Jeudi^{er} septembre 2016, et que le délai de recours préalable auprès de l'autorité contractante courait jusqu'au 06 septembre 2016 ; que FT BUSINESS a, par lettre en date du 06 septembre 2016, saisi le Directeur général de la SONATER; que l'autorité contractante n'a pas répondu au recours préalable, ce qui équivaut à un rejet implicite ;

que si tant est que le requérant n'était pas satisfait, il disposait de deux (02) jours ouvrables pour saisir l'ORAD ; que c'est ce à quoi, il a satisfait par lettre en date du 14 septembre 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 précitée ;

que, dès lors, il convient de le déclarer recevable ;

AU FOND :

sur les faits,

la SONATER a lancé l'avis d'appel d'offres ouvert international n°2016-007/SONATER/DG/PRM pour l'acquisition d'équipements agricoles motorisés à son profit ;

l'autorité contractante a indiqué dans le dossier d'appel d'offres (DAO) que le regroupement est interdit ; par ailleurs, elle a exigé des marchés similaires avec des précisions de quantité ; ainsi, il faut avoir livré au moins 200 tracteurs pour le lot 01, 30 motoculteurs pour le lot 02 et 150 motopompes pour le lot 03 ; enfin, il a demandé de fournir la preuve de la représentation de la marque proposée ;

le requérant conteste cette interdiction de groupement sur le motif pris de ce qu'elle viole les articles 45 et 46 du décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 19 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public ; en sus, il relève que l'exigence des marchés similaires avec des montants ou des quantités est également contraire à la réglementation en vigueur et à la position constante de l'ORAD sur cette question ; suivant la même logique, il estime que l'on ne doit pas exiger de marché similaire par lot et qu'il convient de considérer l'unicité de l'appel d'offres ; enfin, FT BUSINESS souligne qu'il n'est pas normal d'exiger que les soumissions soient des représentants de marques avec pour conséquence l'exclusion des revendeurs de la procédure ;

il sollicite alors de l'ORAD le réexamen du dossier afin qu'il soit corrigé au regard des moyens ci-dessus évoqués ;

sur la discussion,

considérant que le requérant conteste les prescriptions du DAO, notamment l'interdiction du groupement, l'exigence excessive de marchés similaires et l'obligation de représentation d'un fabricant ; il estime que ces prescriptions sont contraires aux textes régissant les marchés publics ;

considérant que l'autorité contractante a expliqué que le lot 01 s'adresse aux fabricants, ce qui justifie l'exigence du brevet de fabrication ; qu'en sus, il est prévu un transfert de compétence qui nécessite la présence du fabricant lui-même ; qu'en conséquence, il ne peut y avoir de groupement dans ce cas ; que, par ailleurs, elle envisage d'installer une usine d'assemblage des pièces des tracteurs ;

qu'en ce qui concerne la question des marchés similaires, SONATER a souligné que chaque lot constitue une unité qui va aboutir à la signature d'un contrat distinct de ceux des autres lots ; qu'il faut donc un marché par lot ; qu'elle a jugé, au regard du nombre important du matériel avec notamment 500 tracteurs au lot 01, qu'il faut s'assurer que l'attributaire ait livré une certaine quantité ;

considérant que l'ORAD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications nécessaires, a relevé que le DAO contient effectivement certaines dispositions contraires aux textes en vigueur ; qu'il s'agit en général de toutes les dispositions du dossier qui restreignent la libre participation ouverte à tous les candidats et soumissionnaires, et particulièrement de l'interdiction du groupement ; que le groupement est un droit des entreprises consacré par les articles 45 et suivants du décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 ci-dessus cité ; qu'il ne saurait donc être remis en cause dans un dossier d'appel à concurrence ; que la plainte du requérant est donc fondée sur ce point ;

que s'agissant de la question des marchés similaires, l'ORAD a rappelé que le principe est qu'il n'est pas permis d'exiger des marchés similaires avec des montants ou des quantités ; qu'il faut plutôt apprécier les marchés proposés par les soumissionnaires selon la nature et la complexité du marché envisagé ; qu'en l'espèce cependant, l'ORAD a jugé que la fixation de quantités liés aux marchés similaires n'est pas contraire aux textes en vigueur ; qu'en effet, l'exigence d'une certaine quantité dans le présent dossier est un élément de la complexité du marché ; qu'il est évident que l'on ne peut considérer un marché de quelques unités d'un bien alors qu'il s'agit d'une procédure devant permettre d'acquérir plusieurs centaines ; qu'un tel marché est beaucoup plus complexe qu'un marché de quelques unités ; que l'autorité contractante souhaite acquérir 500 tracteurs équipés, 100 motoculteurs équipés et 600 motopompes ; que l'ORAD a estimé que les quantités exigées ci-dessus rappelées sont raisonnables ; qu'en conséquence, la plainte du requérant n'est pas fondée ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est partiellement fondée et d'inviter ainsi l'autorité contractante à en tirer les conséquences de droit ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de FT BUSINESS est recevable ;

-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 la plainte de FT BUSINESS est partiellement fondée ; qu'elle est fondée sur l'interdiction du groupement alors qu'elle ne l'est pas sur la question des marchés similaires ;

-qu'il sied d'infirmes l'avis d'appel d'offres ouvert international n°2016-007/SONATER/DG/PRM pour l'acquisition d'équipements agricoles motorisés au profit de la SONATER conformément à la présente décision ;

-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 2016

Le Président de séance

Oumarou BASSAVE

Chevalier de l'Ordre national