

**AUTORITE DE REGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

BURKINA FASO

UNITE – PROGRES – JUSTICE

**ORGANE DE REGLEMENT
AMIABLE DES DIFFERENDS**

DECISION N°2016-0443/ARCOP/ORAD

sur recours des entreprises Leader Commerce du Faso (LCF) et COGEA INTERNATIONAL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert à ordre de commande n°2016-033/MINEFID/SG/DMP du 26 mai 2016 pour l'acquisition de consommables informatiques au profit de la Direction générale du trésor et de la comptabilité publique.

**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 par lettres respectives en date du 25 août 2016 des entreprises Leader Commerce du Faso (LCF) et COGEA INTERNATIONAL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;

présidé par Monsieur Serge Louis Marie P. TOE, 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, Messieurs W. Wendpanga SAWADOGO et Moumounou GNESSIEN, respectivement Directeur et conseiller juridique de Leader Commerce du Faso (LCF) ; Messieurs Lamine YAOLIRE et Ousmane BELEMVIRE, respectivement gérant et stagiaire de COGEA INTERNATIONAL ;

- au titre de l'autorité contractante, Mesdames K. Céline Josiane OUEDRAOGO, Farida OUEDRAOGO, Messieurs Ibrahima ZARE et Roger ZOUNGRANA, tous représentants du Ministère de l'économie, des finances et du développement (MINEFID) ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Rasmané SEGDA, gérant de IPCOM TECHNOLOGIE ;

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 les recours concernent la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert à ordre de commande n°2016-033/MINEFID/SG/DMP du 26 mai 2016 pour l'acquisition de consommables informatiques au profit de la Direction générale du trésor et de la comptabilité publique;

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 l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°1859 du 17 août 2016, et que le délai de recours préalable auprès de l'autorité contractante courait jusqu'au 22 août 2016 ; que les entreprises Leader Commerce du Faso (LCF) et COGEA INTERNATIONAL ont respectivement saisi l'autorité contractante par lettres respectives en dates des 22 et 19 août 2016 ; qu'elle a répondu aux recours préalables par lettres respectives des 24 et 22 août 2016 ; que si tant est que les requérants n'étaient pas d'accord avec les réponses défavorables du MINEFID, ils disposaient de cinq (5) jours ouvrables pour saisir l'ORAD ; que c'est ce à quoi ils ont satisfait respectivement par lettre en date du 25 août 2016 ; que, par ailleurs, les recours sont conformes 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,

le Ministère de l'économie, des finances et du développement a lancé l'appel d'offres ouvert à ordre de commande n°2016-033/MINEFID/SG/DMP du 26 mai 2016 pour l'acquisition de consommables informatiques au profit de la Direction générale du trésor et de la comptabilité publique ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de Leader Commerce du Faso non conforme au dossier d'appel d'offres (DAO) au motif qu'il a fourni en guise d'échantillon des cartouches d'encre défectueux aux items 2 ; 4 ; 36 ; 37 ; 42 ; 51 ; 72 ; 75 et 90 ; quant à l'offre du second requérant, COGEA INTERNATIONAL, elle a été jugée conforme ; cependant, le marché a été attribué à IPCOM TECHNOLOGIES en raison du caractère moins disant de son offre ;

les requérants contestent les résultats provisoires pour divers motifs ; s'agissant de Leader Commerce du Faso (LCF), il estime que le point de non-conformité de son offre n'est pas avéré ; il explique que le grief de la défectuosité ne concerne ni la qualité de l'emballage, ni les caractéristiques techniques de l'échantillon ; il note que la CAM a relevé plutôt la qualité douteuse des échantillons au regard de l'état des cartouches ; il en déduit que la CAM a introduit ainsi un critère subjectif dans l'analyse des échantillons en excluant les critères objectifs de conformité prévus par le DAO ; selon lui, il a fourni des cartouches d'encre conformément aux spécifications techniques et aux exigences du DAO ;

ainsi, il affirme que les encres proposées sont d'origine et que le constat peut se faire à travers les numéros de séries inscrits sur l'emballage ; enfin, le requérant fait valoir les dispositions de la circulaire n°2006-1147/MFB/SG/DCMP du 12 juin 2006 selon lesquelles les « échantillons demeurent la propriété des candidats » de telle sorte que « ceux qui n'ont pas été retenus les reprennent après l'approbation du choix du fournisseur » ; au regard de cela, il estime que la CAM n'avait pas à ouvrir les paquets pour apprécier la conformité des échantillons ;

en ce qui concerne COGEA INTERNATIONAL, il expose que l'attributaire provisoire n'a pas fourni les échantillons tels que demandés dans le DAO ; selon lui, le DAO demandait de fournir des échantillons par item alors que l'attributaire provisoire, lors de la présentation des échantillons, a fourni un échantillon pour plusieurs items, ce qui lui a permis de présenter une offre moins chère ; il en déduit que l'attributaire n'a pas respecté les prescriptions du dossier ;

il sollicite alors de l'ORAD d'infirmier les résultats provisoires ;

sur la discussion,

considérant que le DAO, notamment le point A-31 des données particulières et le Cahier des prescriptions techniques, a fait obligation aux soumissionnaires de fournir des échantillons neufs et originaux pour plusieurs items dont les items 2 ; 4 ; 36 ; 37 ; 42 ; 51 ; 72 ; 75 et 90 ; que l'autorité contractante a insisté sur l'originalité et le caractère neuf des échantillons ;

considérant que le DAO avait fait l'objet d'une contestation dont l'ORAD a été saisi ; que l'un des candidats avait estimé que l'exigence des échantillons était excessive au regard du nombre et du coût final des cartouches d'encres à fournir ; que, cependant, l'autorité contractante avait défendu la nécessité de maintenir l'exhaustivité des échantillons demandés au regard de son expérience dans l'acquisition de ce type de fournitures ;

sur le recours de Leader Commerce du Faso (LCF) ;

considérant que la défectuosité de ses cartouches d'encre ne saurait être un motif de non-conformité de son offre ; que la CAM devait s'en tenir à la vérification du respect des prescriptions techniques auxquelles ses échantillons sont conformes ; que, du reste, ils sont également neufs et originaux ;

considérant que l'autorité contractante a relevé que les membres de la CAM ont, à l'unanimité, décidé de rejeter l'offre de LCF parce que ses cartouches d'encres coulaient, ce qui dénote de leur mauvaise qualité et de leur originalité douteuse ; qu'ainsi, la CAM s'est convaincue que lesdites cartouches d'encres ne sont pas neuves et originales comme exigé par le DAO ; que s'agissant de l'ouverture des paquets des échantillons, l'autorité contractante a expliqué qu'elle ne pouvait faire autrement pour s'assurer que les échantillons soient neufs et originaux ; qu'elle a ouvert ainsi les paquets de tous les soumissionnaires juste aux fins de vérifier les caractéristiques du dossier ;

considérant que l'ORAD, après avoir attendu les parties et procédé aux vérifications nécessaires, a d'abord rappelé le principe selon lequel l'échantillon ne doit pas nécessairement être neuf conformément aux dispositions de la circulaire ci-dessus citée ; qu'en l'espèce, cependant, le DAO a exigé que les échantillons soient neufs et originaux ; que le dossier avait fait l'objet d'une procédure de contestation au terme de laquelle le DAO a été maintenu avec ses dispositions particulières qui s'imposaient ainsi aux candidats et soumissionnaires ;

considérant que l'ORAD a jugé que la défektivité des échantillons du requérant est un élément de fait qui permet de confirmer que les échantillons ne sont pas neufs et originaux tel que demandé ; qu' a priori, une cartouche neuve et originale ne coule pas ; qu'en sus, il est ressorti qu'au moins neuf (09) cartouches sont concernées par le grief ; que le nombre est important de telle sorte que l'on ne peut évoquer, par exemple, une erreur de fabrication pour expliquer que les cartouches ne soient pas étanches ; que, par ailleurs, l'ORAD a noté que la CAM a utilisé la même rigueur dans le traitement des autres offres ; qu'en effet, d'autres soumissionnaires ont également vu leurs offres rejetées pour le même motif ; qu'en conséquence, c'est à bon droit que l'offre de LCF a été déclarée non conforme ;

sur le recours de COGEA INTERNATIONAL ;

considérant que le requérant a relevé que l'offre de l'attributaire provisoire n'est pas conforme parce qu'il a fourni un échantillon pour plusieurs items alors que le dossier a requis un échantillon pour chaque item ;

considérant que l'autorité contractante a reconnu que IPCOM TECHNOLOGIES n'a effectivement pas fourni les échantillons par item tel que demandé ; que, cependant, elle a justifié sa décision par le fait que l'offre querellée répond « aux spécifications techniques demandées aux items pour lesquels il a présenté un échantillon pour plus d'un item » ; qu'il n'était donc pas utile, selon elle, de proposer plusieurs unités du même échantillon ;

considérant qu'en réplique, COGEA INTERNATIONAL a noté qu'en ce qui le concerne, il a fourni tous les échantillons tel que demandé ; que le coût desdits échantillons s'est révélé très élevé ; qu'il n'est pas exclu que d'autres candidats se soient abstenus de participer à l'appel d'offres du fait de ce coût important hors de leur portée ; qu'en ne fournissant pas les échantillons pour chaque item, l'attributaire a fait une économie d'échelle qui lui a permis d'être moins cher ;

considérant que l'attributaire s'est défendu en relevant qu'il s'agissait des mêmes items ; que, par ailleurs, la circulaire de l'ARCOP du 15 avril 2014 relative à l'exigence et la présentation des échantillons demande d'exiger le strict minimum en terme d'échantillons ;

considérant que l'ORAD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications nécessaires, a relevé qu'il appartenait à l'autorité contractante de faire appliquer strictement les termes du dossier, ce d'autant plus qu'elle a insisté sur l'exigence exhaustive des échantillons alors même qu'elle avait reçu une

plainte à ce sujet ; que c'est donc en bonne connaissance de cause qu'elle a exigé les échantillons pour chaque item ; qu'elle ne peut donc se dédire en faisant une application étriquée du dossier au motif qu'un échantillon serait valable pour plusieurs items ; que cette analyse si elle peut paraître logique, aurait dû être faite au stade de l'élaboration du dossier conformément à la circulaire du 15 avril 2014 et non pendant l'évaluation des offres ; qu'il y a donc lieu de constater que l'attributaire n'a pas respecté les prescriptions du dossier et d'en tirer les conséquences de droit ; que, par ailleurs, les arguments du requérant sont très pertinents lorsqu'il relève que l'appréciation favorable de l'offre de l'attributaire lui a permis de présenter une offre financière moins chère au détriment de ses concurrents qui ont suivi à la lettre les exigences du dossier ; qu'il n'y a donc pas eu un traitement égalitaire des soumissionnaires ;

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

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours de Leader Commerce du Faso (LCF) et de COGEA INTERNATIONAL 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 la plainte de Leader Commerce du Faso (LCF) n'est pas fondée ;

-que la plainte de COGEA INTERNATIONAL est fondée et qu'il convient de faire droit à son recours ;

-qu'il sied d'infirmier les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert à ordre de commande n°2016-033/MINEFID/SG/DMP du 26 mai 2016 pour l'acquisition de consommables informatiques au profit de la Direction Générale du Trésor et de la Comptabilité Publique en enjoignant à la CAM de reprendre l'évaluation des offres 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 30 août 2016

Le Président de séance

Serge Louis Marie P. TOE