

DECISION N°2018-0115/ARCOP/ORD

sur recours de MEGA TECH SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2017-006/ARCEP/SG/PRM pour l'acquisition de véhicules au profit de l'ARCEP (lot 03)

**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 ;*
- 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 26 février 2018 de MEGA TECH SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Monsieur Salifou OUOBA, membre de l'ORD
- Monsieur Idrissa OUATTARA, membre de l'ORD ;
- Messieurs Modeste YAMEOGO, Moïse BAKORBA et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Madame Eléonore GARGANI et Monsieur Souleymane OUEDRAOGO, respectivement Juriste et Gérant de MEGA TECH SARL ;

- au titre de l'autorité contractante, Madame Lamoussa TETEGAN et Messieurs Damien YAMEOGO, Sibiri OUATTARA, Abel OUEDRAOGO, Kietibwiè GRIMANIO, représentants de l'ARCEP ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Salifou SORE, représentant CFAO MOTORS BURKINA ;

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°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 l'appel d'offres n°2017-006/ARCEP/SG/PRM pour l'acquisition de véhicules au profit de l'ARCEP (lot 03) ;

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 sus visée « 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 l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2255 du jeudi 22 février 2018, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 26 février 2018 ; que MEGA TECH SARL a saisi l'ORD par lettre en date du 26 février 2018 ; 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 ;

considérant que l'ARCEP souhaite que l'ORD déclare la requête de MEGA TECH SARL irrecevable pour autorité de la chose jugée au motif que les moyens de défense ainsi que les faits avancés par le requérant dans la présente contestation n'ont pas variés depuis les décisions n°2017-0638/ARCOP/ORD du 25 août 2017 et n°2017-0685/ARCOP/ORD du 04 septembre 2017, rendues suites à ses recours sur le même motif ;

considérant que l'ORD note que les décisions ci-dessus cités sont intervenues avant la publication des résultats ; que les présents résultats relèvent des motifs de non-conformité qui n'avaient pas été discutés lors des précédentes sessions ; que mieux, contrairement aux autres plaintes, le requérant a produit un rapport d'expertise sur les caractéristiques du véhicule querellé, qui mérite d'être apprécié ; qu'au regard de tous ces éléments, la plainte ne peut être déclarée irrecevable ;

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

AU FOND :

sur les faits,

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a lancé l'appel d'offres n°2017-006/ARCEP/SG/PRM pour l'acquisition de véhicules à son profit (lot 03) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de MEGA-TECH SARL non conforme au motif qu'il a fourni une autorisation d'un concessionnaire du nom de « InterMotive » ; que conformément à l'arrêté n°2016-445/MINEFID/CAB portant adoption des spécifications techniques de matériel roulant, objet de marché public, l'autorisation détenue par le soumissionnaire doit être du

constructeur/fabricant ; que MEGA-TECH SARL a proposé une radio avec lecteur CD sans MP3 ; qu'elle ne fait pas cas de tous les autres équipements exigés par la réglementation en vigueur ; qu'il n'a pas fourni de détail sur la climatisation d'origine double avant et arrière ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et argue que les spécifications techniques du véhicule souhaité par l'autorité contractante renvoient exclusivement à la marque TOYOTA et à son modèle LAND CRUISER VDJ 200 ; que TOYOTA est le seul constructeur automobile à produire le véhicule correspondant aux exigences du dossier d'appel d'offres de par le gasoil comme source d'énergie exigée ; qu'en effet la société CFAO MOTORS BURKINA est la seule société locale à détenir cette autorisation du fabricant TOYOTA ; qu'il a produit dans son offre une autorisation de son fournisseur qui est agréée par TOYOTA ; que cette autorisation produit les mêmes effets que celle du fabricant et confirme le caractère tropicalisé du véhicule ; que l'exigence strict de l'autorisation du fabricant dans ce cas d'espèce viole l'article 83 du code des marchés publics à son premier paragraphe ; que l'expertise d'un cabinet technique assermenté confirme l'inexistence d'une marque autre que TOYOTA qui fabrique le véhicule en question ; que les décisions n°197/ARMP/CRD, n°165/ARMP/CRD, n°222/ARMP/CRD et n°388/ARMP/CRD dénonçaient cette discrimination ; que concernant les griefs relatifs à la radio avec lecteur CD sans MP3, la non précision des autres équipements et à la climatisation d'origine double avant et arrière, il estime que son offre à satisfait aux exigences des critères standards ; que par ailleurs, il conteste la conformité technique de l'offre de la société 4B et dénonce l'autorisation du fabricant joint à son offre ; que les spécifications techniques du DAO avec l'exigence du gasoil comme source d'énergie renvoient à la TOYOTA ; que si la société 4B propose la marque TOYOTA, elle ne peut détenir et produire une autorisation émanant de TOYOTA ;

il sollicite donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de le rétablir dans ses droits ;

sur la discussion,

considérant que l'arrêté n°2016-445/MINEFID/CAB portant adoption des spécifications techniques de matériel roulant, objet de marché public dispose que le soumissionnaire doit fournir une autorisation du fabricant/constructeur à la soumission ; que les équipements obligatoires sont entre autres, une climatisation d'origine, la radio et le lecteur CD minimum (...)

considérant que la circulaire n°2013-194/ARMP du 06/08/2013 dispose que toute spécification ou mention non prévue ou non conforme à celles définies par l'arrêté ci-dessus cité serait considérée comme nulle et non avenue ;

considérant que le requérant relève qu'il n'y a pas de doute que les spécifications du véhicule renvoient à la seule marque TOYOTA ; que tous les soumissionnaires ayant participé à cette procédure ne peuvent pas proposer un autre véhicule ; que maintenir cette exigence tel que prévu dans le DAO avec la source d'énergie (le gasoil) serait porter entorse à la libre concurrence ; que mieux, l'expertise faite par

le cabinet CIRTECH est claire sur la question ; qu'il invite l'ORD a porté une attention particulière au dossier de la société 4B ;

considérant que la CAM relève que la question sur les caractéristiques techniques du véhicule a été vidée par deux fois devant l'ORD ; que l'arrêté en exigeant un lecteur CD minimum, laisse la latitude à l'autorité contractante de fixer ses exigences en la matière ; que la climatisation est obligatoire à l'arrière du véhicule car le matériel qui doit y être installé est d'une valeur énorme et ne peut résister à la chaleur ;

considérant que l'attributaire provisoire note que plusieurs décisions de l'ORD prouvent la non-conformité du requérant sur la question de l'autorisation du fabricant ; que le requérant ne peut attester la garantie du véhicule alors même qu'il n'a pas d'autorisation du fabricant ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que les exigences relatives au lecteur MP3 et à la climatisation avant et arrière ne sont pas prévues dans l'arrêté 2016-445 ci-dessus cité ; que dans ces conditions, ces exigences sont considérées comme nulles et non avenues ; que c'est donc à tort que la CAM a déclaré l'offre du requérant non conforme sur ces points ; considérant qu'il est constant que le requérant a fourni une autorisation d'un concessionnaire agréée, ce qui est contraire aux exigences de l'arrêté 2016-445 ci-dessus cité ; que la plainte du requérant est non fondée sur cette question ; qu'il prend acte de l'expertise fournie par le requérant prouvant que les caractéristiques du véhicule renvoient à une seule marque ; que l'ORD a sollicité une expertise sur lesdites spécifications dans une procédure similaire ; qu'en l'absence des conclusions de l'expertise, il ne peut pas tirer de conclusion ; considérant que le requérant a contesté l'autorisation du fabricant fournie par la société 4B ; qu'il existe des éléments, qui suscitent le doute sur l'authenticité de ladite autorisation ; qu'en effet cette autorisation est sensée avoir été délivrée par le fabricant TOYOTA alors même que CFAO Motors Burkina est le détenteur exclusif des droits de commercialisation de cette marque au Burkina Faso ; que CFAO Motors Burkina, attributaire provisoire dans la présente procédure a été interpellé mais n'a pas fait de commentaires particuliers ; qu'ainsi l'ORD invite la CAM à procéder à la vérification de l'authenticité de ladite autorisation ;

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 de MEGA TECH SARL est recevable ;

-que l'appel d'offres sus visé reste soumis 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 MEGA TECH SARL n'est pas fondée ;

-qu'il sied de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2017-006/ARCEP/SG/PRM pour l'acquisition de véhicules au profit de l'ARCEP (lot 03) ;

-qu'il invite la CAM a procéder à la vérification de l'authenticité de l'autorisation du fabricant fournie par la société 4B ;

-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 28 février 2018

le Président de séance

Firmin BAGORO