

DECISION N°2018-0173/ARCOP/ORD

sur recours de l'entreprise TAWOUFIQUE MULTI SERVICES (lot 01) et du Cabinet d'Avocats Maitre Marcelin SOME, agissant au nom et pour le compte de l'Entreprise KABORE Junior (EKJ) (lots 02 et 03), contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2018-04/MS/SG/CHR-BFR/DG/PRM pour l'acquisition de produits d'entretien, de consommables pour conditionnement et de matériel de protection au profit du CHR de Banfora.

**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 lettres en date du 28 mars 2018 de TAWOUFIQUE MULTI SERVICES (lot 01) et du Cabinet d'Avocats Maitre Marcelin SOME, agissant au nom et pour le compte de l'Entreprise KABORE Junior (EKJ), (lots 02 et 03) contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

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

en présence de :

- Monsieur Moussa TRAORE, membre de l'ORD ;
- Monsieur Didace DOUAMBA, membre de l'ORD ;
- Messieurs B. Adama OUEDRAOGO et Y. Ferdinand KINDA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs K. Clément BAGUIAN, Abdou Razak KIEMTORE, Salif KIEMTORE et Moustapha TIEMTORE, représentants de l'entreprise TAWOUFIQUE MULTI SERVICES (lot 01) ;

Monsieur Cyriaque DABIRE, Juriste du Cabinet d'Avocats Maître Marcelin SOME, agissant au nom et pour le compte de l'Entreprise KABORE Junior ;

- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Daniel GUIGUI, PRM de CHR de Banfora ;
- au titre des attributaires provisoires, Monsieur Saad KOANDA, représentant de l'entreprise Inten-Sat (lots 02 et 03) ;

l'entreprise Espoir Multi Services (EMS) (lot 01) régulièrement convoqué mais absente ;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

rend la présente décision fondée sur la régularité des recours, les faits et moyens exposés ci-après ;

EN LA FORME :

sur la compétence,

considérant que la demande de prix sus visée reste soumise 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 les recours concernent la contestation des résultats provisoires de la demande de prix n°2018-04/MS/SG/CHR-BFR/DG/PRM pour l'acquisition de produits d'entretien, de consommables pour conditionnement et de matériel de protection au profit du CHR de Banfora ;

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 la demande de prix ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2277 du lundi 26 mars 2018, que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 28 mars 2018 ; que l'entreprise TAWOUFIQUE MULTI SERVICES (lot 01) et le Cabinet d'Avocats Maître Marcelin SOME, agissant au nom et pour le compte de l'Entreprise KABORE Junior (EKJ), (lots 02 et 03) ont saisi l'ORD par lettres en date du 28 mars 2018 ; que, par ailleurs, les recours sont conformes aux autres conditions de recevabilité prévues à l'article 28 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

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

AU FOND :

sur les faits,

le Centre hospitalier régional (CHR) de Banfora a lancé la demande de prix n°2018-04/MS/SG/CHR-BFR/DG/PRM pour l'acquisition de produits d'entretien, de consommables pour conditionnement et de matériel de protection au profit dudit CHR ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de l'entreprise TAWOUFIQUE MULTI SERVICES (lot 01) non conforme au dossier de demande de prix (DDP) au motif que les échantillons des items 03 et 07 ne sont pas conformes ; par ailleurs, l'offre de l'Entreprise KABORE Junior a été déclarée conforme aux lots 02 et 03 mais non attributaire sur la base du critère du moins disant ;

les requérants contestent ces décisions de la CAM ;

l'entreprise TAWOUFIQUE MULTI SERVICES soutient avoir fourni les échantillons conformément au DDP ; qu'en effet, le dossier a requis aux items 03 et 07, respectivement savon en poudre 500 g, carton de 12 et insecticide GF, carton de 24 ; elle relève qu'en réponse, elle a fourni à l'item 03 du savon en poudre de 500 g de marque MOK et à l'item 07 un insecticide GF 750 ml de marque HEAVEN ; l'entreprise s'interroge donc sur les motifs de non-conformité de ses échantillons, d'autant plus que la CAM n'a apporté aucune précision ;

le conseil de l'Entreprise KABORE Junior argue, pour sa part, que conformément aux dispositions de l'article 95 du décret n°2017-0049 ci-dessus visé, les soumissionnaires « sont tenus de fournir une garantie d'offre lorsque la nature des prestations le requiert (...) » ; la garantie doit émaner « d'une banque ou d'une institution de micro finance agréée (...) » ; il note que, pourtant, les garanties de soumission de ses concurrents classés 1^{ers} et 2^{ième} émanent d'une structure non agréé ; en dépit de cette irrégularité, leurs offres n'ont pas été déclarées non conformes au DDP ;

ils sollicitent donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de les rétablir dans leurs droits ;

sur la discussion,

sur recours de TAWOUFIQUE MULTI SERVICES (lot 01) ;

considérant que le DDP a requis des soumissionnaires aux items 03 et 07 respectivement savon en poudre 500 g, carton de 12 et insecticide GF, carton de 24 ;

considérant que le requérant soutient que ses propositions sont conformes aux spécifications techniques demandées dans le dossier ;

considérant que la CAM relève qu'elle a douté de la qualité de ces propositions au regard de la particularité du milieu hospitalier ; que les marques MOK et HEAVEN proposées par le requérant, ne sont pas connues des utilisateurs et, de ce fait, la commission a déclaré son offre non conforme ;

considérant que l'attributaire provisoire n'a pas fait d'observations particulières ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que le dossier n'a pas prévu de prescriptions spécifiques de savon en poudre et d'insecticide en milieu hospitalier ; que, dans ces conditions, les offres doivent être appréciées par rapport aux prescriptions du dossier ; qu'aucune preuve de défaut de qualité des produits proposés par le requérant aux items querellés n'a été apportée par la CAM ; qu'il s'en suit que les motifs relevés par la CAM ne sauraient prospérer ; qu'en conséquence, c'est à tort que l'offre du requérant a été écartée sur ces fondements ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et d'infirmier ainsi les résultats provisoires (lots 01) ;

sur recours du Cabinet d'Avocats Maitre Marcelin SOME, agissant au nom et pour le compte de l'Entreprise KABORE Junior (lots 02 et 03) ;

considérant que l'article 95 du décret n°2017-049 suscité dispose que « Pour être admis à présenter une offre, les soumissionnaires aux marchés publics et délégations de service public passés par appel à concurrence sont tenus de fournir une garantie d'offre lorsque la nature des prestations le requiert.

(...)

La garantie peut être constituée sous forme soit du cautionnement d'une banque, d'une institution de micro finance d m nt agrée ou d'un établissement financier soit d'une lettre de garantie à première demande desdites personnes morales ».

considérant que le requérant réitère que les cautions fournies par les entreprises INTEN-Sat et Espoir Multi Services sont issues d'une structure non agrée en violation des termes de l'article 95 sus-cité ;

considérant que la CAM relève que la question a été soulevée au dépouillement mais par manque de preuves écrites la commission n'a pas retenu ce motif ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a constaté que l'en-tête de SMS SARL, structure émettrice des dites cautions ne contient aucune information relative à un quelconque agrément ; que, par ailleurs, au regard des informations recueillies auprès du monsieur Yacouba SANOU, Gérant de SMS et signataire desdites cautions, l'ORD a conclu que SYA mutuelle services (SMS) SARL n'est pas d m nt agrée auprès du Ministère de l'économie et des finances comme le prévoit l'article 95 suscité ; qu'en conséquence, les entreprises INTEN-Sat et Espoir Multi Services s'étant faites délivrer leurs cautions de soumission par SMS SARL, il convient de les déclarer non conformes sur ce fondement ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et d'infirmer ainsi les résultats provisoires (lots 02 et 03) ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours de l'entreprise TAWOUFIQUE MULTI SERVICES (lot 01) et du Cabinet d'Avocats Maitre Marcelin SOME, agissant au nom et pour le compte de l'Entreprise KABORE Junior, sont recevables ;

-que la demande de prix sus visée reste soumise aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-que les plaintes de l'entreprise TAWOUFIQUE MULTI SERVICES (lot 01) et du Cabinet d'Avocats Maitre Marcelin SOME, agissant au nom et pour le compte de l'Entreprise KABORE Junior (lots 02 et 03), sont fondées ;

-qu'il sied d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n°2018-04/MS/SG/CHR-BFR/DG/PRM pour l'acquisition de produits d'entretien, de consommables pour conditionnement et de matériel de protection au profit du CHR de Banfora aux lots 01, 02 et 03 ;

-d'enjoindre à la CAM de tirer toutes les conséquences de droit de 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 mars 2018

le Président de séance

Charles SAWADOGO

Chevalier de l'ordre du mérite