

DECISION N°2018-0279/ARCOP/ORD

sur recours de EGF SARL et du Groupement FT BUSINESS/ KABIL/NEW DEAL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2018-010F/MAAH/SG/DMP pour l'acquisition de matériels et outillages techniques au profit de la Direction de la protection des végétaux et du conditionnement (DPCV).

**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 30 avril 2018 de EGF SARL et du Groupement FT BUSINESS/ KABIL/NEW DEAL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;

présidé par Madame Aïssata DIALLO/DIALLO, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Sylvestre OUEDRAOGO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Moussa TRAORE, membre de l'ORD ;
- Messieurs B. Adama OUEDRAOGO et A Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :

- Messieurs Saidou OUEDRAOGO et Narelba OUEDRAOGO, représentants le groupement FT-Business/KABIL/NEW DEAL ;
 - Monsieur Boris WINKOUN et Maître Moumouni GNESSIEN respectivement assistant en passation des marchés et conseil de EGF SARL ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs René William KOULIDIATY, Denis NIKIEMA, A. Wahab SAWADOGO, représentants le Ministère de l'agriculture et des aménagements hydraulique (MAAH) ;
 - au titre de l'attributaire provisoire, Madame Faridah OUEDRAOGO, Messieurs Ousseiny GUENE et Hervé SOUBEIGA, représentants le groupement FASO PLANTES/PROPHYMA ;

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 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 les recours concernent la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2018-010F/MAAH/SG/DMP pour l'acquisition de matériels et outillages techniques au profit de la Direction de la protection des végétaux et du conditionnement (DPCV) ;

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°2300 du jeudi 26 avril 2018, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 30 avril 2018 ; que EGF SARL et le Groupement FT BUSINESS/KABIL/NEW DEAL ont saisi l'ORD par lettres en date du 30 avril 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 Ministère de l'Agriculture et des Aménagements Hydrauliques(MAAH) a lancé l'appel d'offres ouvert n°2018-010F/MAAH/SG/DMP pour l'acquisition de matériels et outillages techniques au profit de la Direction de la protection des végétaux et du conditionnement (DPCV) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de EGF SARL non conformes au dossier d'appel d'offres (DAO) au motif qu'à l'item 2, la puissance du moteur n'est pas précisée ; que le prospectus est non conforme à l'item 4 et 8 (aucune référence, adresse, site web du fabricant permettant de vérifier les informations fournies ; il a aussi été relevé que l'autorisation fournie n'est pas authentique car elle n'émane pas du fabricant (aucun document attestant l'existence d'une convention de représentation entre le fabricant et le représentant ayant fourni l'autorisation) ;

quant à l'offre du groupement FT BUSINESS/KABIL/NEW DEAL sa non-conformité réside dans le fait qu'à l'item 3 le prospectus ne prévoit pas le logo de la DPVC ; il a été aussi reproché que l'équipement de l'item 6 n'est pas certifié ISO 9001 sur le prospectus, qui du reste a été modifié ; il lui a été reproché d'avoir fourni des marchés qui ne sont ni similaires ni de même complexité et que les procès-verbaux de réception n'ont pas été joints ;

les requérants contestent ces décisions de la CAM :

-le groupement FT BUSINESS/ KABIL/NEW DEAL argue d'une part qu'il est impossible pour le fabricant de prévoir le logo de la DPVC sur le prospectus à condition de le modifier ; qu'à l'item 6, les preuves de la certification ISO 9001 existe dans son offre ; qu'un marché similaire n'est pas seulement un marché identique ; d'autre part, il relève que l'offre de l'attributaire provisoires n'est pas conforme du fait qu'à l'item 3, le logo de la DPVC a été modifié et inséré sur le prospectus sans autorisation du fabricant ; qu'à l'item 5, le taux de débit du produit et la taille des gouttelettes pulvérisées ne sont pas respectées ;

-EGF SARL soutient que, pour ce qui concerne la puissance du moteur, son offre technique est clair car il a proposé 3,0./4,1 comme puissance ; que s'agissant des prospectus fournis dans l'offre, ils contiennent toutes les informations essentielles notamment la marque de l'équipement et ses spécifications ; que le DAO n'a pas demandé de fournir le site web du fabricant sur le prospectus ; que, pour ce qui est de l'authenticité de l'autorisation du fabricant, il soutient avoir produit une autorisation d'un représentant agréé ; que la CAM pouvait faire des vérifications auprès du fabricant s'il elle avait des doutes ; qu'en tout état de cause, cette exigence de l'autorisation du fabricant seulement à un item sur les huit peut avoir un but inavoué ; que seule l'entreprise FASO PLANTES dispose d'une autorisation du fabricant, ce qui constitue une situation de monopole contraire au principe de la liberté d'accès à la commande publique ;

ils sollicitent donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires ;

sur la discussion,

sur le recours du groupement FT BUSINESS/ KABIL/NEW DEAL,

considérant qu'il est requis au point A-31 des données particulières, deux projets de nature et de complexité similaires exécutés dans les cinq dernières années ; qu'il est fait obligation de joindre les pages de garde et de signature des contrats ainsi que les PV de réception définitive ; qu'il est requis au niveau de la documentation un prospectus en français pour tous les items et une autorisation du fabricant pour l'item 6 ;

considérant que le requérant soutient que les griefs tirés de la certification ISO et de la présence du logo sur le prospectus doivent être purement et simplement rejetés ; que, pour la question des marchés similaires, les bordereaux de livraison sont valables et prouvent que le matériel a été livré ; que si la CAM avait des doutes elle aurait pu procéder à des vérifications ; que, pour ce qui concerne

l'attributaire provisoire, il renonce à contester sa conformité en ce qui concerne l'item 5 ;

considérant que la CAM fait observer qu'elle n'a fait que mettre en œuvre les règles du DAO ; qu'à l'item 3, le logo ne figure pas sur le prospectus ; que, pour l'item 6, les modifications qui ont été apportées aux prospectus du requérant ont conduit à faire disparaître la certification ISO ; qu'il s'agit du même prospectus proposé par plusieurs entreprises ; qu'il existe un document dans l'offre qui, du reste, est en anglais, qui fait cas d'une certaine certification ; que, pour les marchés similaires, il y a absence de PV de réception définitive tel que demandé par le dossier ; que ce sont ces éléments qui ont conduit à la non-conformité de son offre ;

considérant que l'attributaire provisoire note que le logo est disponible et doit figurer sur le prospectus de l'item 3 ; qu'il en est de même pour la certification de l'item 6 ; que ces manquements doivent être sanctionnés ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé qu'il ne faut pas faire une confusion entre prospectus et photo commentée ; que les prospectus émanant des fabricants ne peuvent pas porter le logo d'un quelconque Ministère car il s'agit d'un produit de publicité générale de l'entreprise ; que tout document de l'offre qui fait la preuve de la certification doit être accepté car il n'est pas obligatoire que la certification figure uniquement sur le prospectus ; que c'est donc à tort que la CAM a relevé ces griefs contre le requérant ; que s'agissant de la justification des marchés similaires, l'ORD note qu'aux termes de l'article 22 du décret n°2017-0049 ci-dessus cité, tous travaux réalisés ou les fournitures livrées, à l'issue de l'exécution des marchés publics d'un montant égal ou supérieur à un million (1 000 000) de francs CFA TTC, sont réceptionnés par une Commission de réception ; que, pour les marchés publics et les ordres de commande d'un montant inférieur à un million (1 000 000) de francs CFA TTC, les attestations de service fait et ou les bordereaux de livraison tiennent lieu de procès-verbaux de réception ; qu'en l'espèce, les marchés fournis par le requérant sont d'un montant supérieur un million de FCFA ; que, dans ces conditions, les bordereaux de livraison ne peuvent pas tenir lieu de PV de réception définitive ; que c'est donc à bon droit que son offre n'a pas été retenue sur cette base ; qu'enfin, l'ORD note que l'attributaire provisoire s'est conformé aux exigences du dossier en ce qui concerne l'item 3 contrairement aux affirmations du requérant ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée pour l'essentiel et de confirmer ainsi les résultats provisoires ;

sur le recours de EGF SARL,

considérant qu'il est requis au point A-31 des données particulières, au niveau de la documentation un prospectus en français pour tous les items et une autorisation du fabricant pour l'item 6 ;

considérant qu'il est requis à l'item 2, un moteur d'une puissance KW(CV) : 3,0/4,1 ;

considérant que le requérant note que les principes de la commande publique sont d'ordre public et doivent être le socle de la concurrence ; que le fait d'exiger une autorisation de fabricant seulement à un item sur les huit, biaise la concurrence, la preuve est que les autres soumissionnaires n'ont pas satisfait à cette exigence ; que la preuve du lien entre le fabricant et le revendeur agréé n'a pas été demandé dans le dossier, de même que l'adresse et le site WEB du fabricant ; que toutes ces exigences sont nulles et non avenues ;

considérant que la CAM fait observer que le grief relatif à la puissance est inopérant car précisé dans l'offre technique du requérant ; que ce dernier a fourni une autorisation d'un représentant et non d'un fabricant ; que plusieurs soumissionnaires ont fourni la même autorisation avec des signataires différents ; que cela a suscité des doutes et a conduit la CAM a procédé aux vérifications de l'authenticité de certaines de ces autorisations ;

considérant que l'attributaire provisoire note que l'adresse et le site web sont très important pour identifier le fabricant et leur absence doit être sanctionnée ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la puissance du moteur a été précisée dans l'offre ; que c'est à tort que la CAM a relevé au titre des critères de comparaison des offres, l'adresse et le site web du fabricant alors qu'il n'ont pas été demandés dans le dossier ; que, par ailleurs, au niveau de l'item 6, il est constant que le requérant a fourni une autorisation d'un représentant ACME, sans pour autant apporter la preuve que celui-ci est agréé par le fabricant de la marque qu'il propose dans la présente procédure ; que l'absence de ce lien ne permet pas de s'assurer d'un minimum de garantie en ce qui concerne le matériel proposé ; que c'est donc à bon droit que la CAM a relevé ce grief ;

considérant que l'ORD a relevé que les autorisations de fabricant de tous les soumissionnaires n'ont pas été vérifiées ; qu'en vue d'un traitement équitable, il enjoint la CAM à procéder de même pour les soumissionnaires dont l'autorisation n'a pas été contrôlée et d'en tirer les conséquences de droit ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant dans l'ensemble n'est pas fondée et de confirmer ainsi les résultats provisoires sous réserve de la vérification de l'authenticité des autorisations de fabricants des autres soumissionnaires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

**-que les recours l'Entreprise EGF et du Groupement FT BUSINESS/
KABIL/NEW DEAL sont recevables ;**

-que l'appel d'offres ouvert accéléré sus visé reste soumis 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 EGF et du Groupement FT BUSINESS/KABIL/NEW DEAL ne sont pas fondées pour l'essentiel ;

-qu'il sied de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2018-010F/MAAH/SG/DMP pour l'acquisition de matériels et outillages techniques au profit de la Direction de la protection des végétaux et du conditionnement (DPCV), sous réserve de la vérification de l'authenticité des autorisations de fabricants des autres soumissionnaires ;

-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 03 mai 2018

la Présidente de séance

Aïssata DIALLO/DIALLO
Chevalier de l'Ordre du Mérite