



**Commission Nationale de la
Commande Publique**

**Avis n° 67/2021 du 21 octobre 2021 relatif à la réclamation de la
société au sujet de l'appel d'offres n° 30/2020 relatif à la
fourniture de carottiers et accessoires de forages miniers**

La Commission nationale de la commande publique,

Vu la lettre de la société du 03/07/2020 et les pièces y annexées ;

Vu la lettre de la CNCP n° 309-20 du 10/08/2020, adressée à l'.....
(.....) ;

Vu la lettre de réponse de l'...../DG/DLS n° 101/2020 du 17/08/2020 ;

Vu la lettre de la société du 14/12/2020 portant complément
d'information ;

Vu la lettre de la CNCP n° 456-20 du 30/12/2020, adressée à l'.....
(.....) au sujet du complément de données ;

Vu les lettres de réponse de l'..... n° 12/21 du 15/01/2021 et n° 35/21 du
29/01/2021 portant complément d'informations ;

Vu la lettre de la société du 01/02/2021, adressée à la CNCP ;

Vu la lettre de la société du 17/03/2021, adressée à la CNCP ;

Vu le décret n° 2-14-867 du 7 hijra 1436 (21 septembre 2015) relatif à la
Commission nationale de la commande publique, tel qu'il a été modifié et complété ;

Vu le règlement des marchés de l'..... ;

Après examen du rapport soumis par le rapporteur général à l'organe délibératif
de la Commission nationale de la commande publique ;

Après délibération de l'organe délibératif de la Commission nationale de la
commande publique réuni, à huis clos, le 21 octobre 2021.

I. Exposé des faits

Par lettre du 3 juillet 2020, adressée à la CNCP, la société considère que l'appel d'offres n° 30/2020 relatif à la fourniture de carottiers et accessoires de forages miniers, lancé par l'....., ne respecte pas la réglementation des marchés publics ainsi que le règlement des marchés de l'..... et comporte des critères discriminatoires pour la société et pour la plupart des concurrents.

La société a émis plusieurs observations au sujet du CPS et du règlement de consultation de l'appel d'offres n° 30/2020 en signalant à l'..... que les articles demandés pour le lot n° 1 (carottiers et accessoires) et pour le lot n° 2 (couronnes de forages miniers) comportent, outre les dimensions H, H3 et P, qui représentent des désignations de dimensions normalisées, des codes spécifiques à un seul fabricant, notamment la lettre Q ajoutée aux spécifications techniques après la dimension H, H3 ou P qui est une marque déposée (Trademark) par un fabricant unique connu dans la profession.

Pour les couronnes, la société précise que la mention (série 9, 7,3....) est également un classement spécifique, ce qui ne permet pas à tous les concurrents de soumissionner du fait que chaque fabricant a son propre classement ou sa propre indication.

La société considère, en outre, que les caractéristiques techniques détaillées des couronnes relatives à la dureté et à l'abrasion ne devaient pas être mentionnées dans le CPS puisque ce produit est déjà identifiable par des standards de la profession (H, H3 et P) qui renseignent sur le type, la dimension, le profil, le filetage, la hauteur de la matrice et que toute indication supplémentaire aurait pour effet d'orienter le marché vers un fabricant déterminé.

Par ailleurs, la société considère que la mention « documents techniques originaux du fabricant » constitue une restriction pour les PME marocaines du fait que ces documents sont transmis, dans le monde, essentiellement par voie électronique entre les fabricants, leurs représentants, voire même leurs clients. Les représentants impriment ainsi les documents reçus par voie électronique et y apposent leur cachet officiel, sachant que l'..... a toujours accepté ces documents sous cette forme. Les revendeurs, qui représentent des fabricants étrangers, sont donc, soit pénalisés soit accusés dès le départ de faux et usage de faux.

Comme suite aux observations émises par la société et autres demandes d'éclaircissements formulées par cette dernière, l'..... a introduit des modifications au niveau du CPS et du règlement de consultation qui portent sur les éléments suivants :

- l'indication, au niveau des annexes du CPS et du règlement de consultation, des lots n° 1 et 2, de la mention « interchangeable et équivalent » ;
- l'indication, au niveau de la clause afférente à la réception définitive du CPS, de la mention « que l'..... se réserve le droit de réaliser des tests par des laboratoires nationaux pour qualifier la qualité des couronnes, conformément aux caractéristiques techniques demandées dans le CPS avant leur utilisation. A l'issue de tests concluants, la réception qualitative sera prononcée » ;

- l'indication, au niveau des annexes du CPS, des mentions suivantes : « l'..... se réserve le droit de réaliser des essais de contrôle dans les centres techniques industriels du Royaume ou autres laboratoires pour vérifier la conformité et la qualité des articles » et « l'..... se réserve le droit de demander les plans des articles, approuvés par le fabricant pour vérifier l'interchangeabilité ».

Il est à souligner, par ailleurs, que le procès-verbal de la réunion de la commission d'ouverture des plis du 18/12/2020 relatif à l'appel d'offres n° 30/2020 a fait état du motif d'écartement de la société pour le lot n° 1 en se référant aux conclusions contenues dans le rapport de la sous-commission constituée pour la vérification de la conformité technique des offres. Il a ainsi souligné que « la majorité des items sont identifiés par des références (Part Numbers), propriété industrielle de « Boart Longyear », fournis par un autre fabricant sans fournir les licences de la société « Boart Longyear ».

Suite à la décision de la commission d'ouverture de plis, la société a été informée du motif de son écartement, par lettre/DG/DAM/n° 66/2021 du 19/01/2021. La société a contesté son écartement, par lettre du 01/02/2021, adressée à l'..... en rejetant l'exigence de la production des licences de la société « Boart Longyear ».

Dans sa réponse à la CNCP, par lettre/DG/DLS n° 101/2020 du 17/08/2020, l'..... a apporté les éclaircissements suivants :

- les clauses du CPS et du règlement de consultation sont pertinentes et non entachées d'irrégularités, et ce, conformément au règlement des marchés de l'..... ;
- ces clauses visent, d'une part, à garantir un niveau de qualité à même d'assurer la sûreté de fonctionnement des sondeuses, d'optimiser les coûts opératoires et les délais d'exécution et de préserver l'intégrité physique des collaborateurs, et d'autre part, de se prémunir contre la contrefaçon des marques leaders dans le secteur et éviter ainsi de se procurer des pièces de contrefaçon compromettant le fonctionnement des machines.

L'..... précise, en outre, que l'Office a pris le soin de répondre à l'ensemble des demandes d'éclaircissement de la société, dans le cadre de cet appel d'offres, dans les délais impartis, conformément à la réglementation en vigueur, en signalant que l'Office, à l'exception de la société, n'a reçu aucune autre demande d'éclaircissement portant sur la consistance ou les critères de jugement des offres fixés par le règlement de consultation.

S'agissant du lot n° 2, la commission d'ouverture des plis l'a attribué à la société au même titre que les lots nos 1 et 3 sous réserve que cette société rectifie les bordereaux des prix conformément au modèle annexé au règlement de consultation.

A ce titre, la société a contesté le mode de comparaison des offres des concurrents en estimant que les offres étrangères sont avantagées par rapport aux offres des entreprises nationales du fait qu'elles ne sont pas exprimées toutes taxes comprises, ce que la société qualifie d'injuste pour l'entreprise nationale qui paie l'impôt en proposant de comparer les offres sur les mêmes critères, à savoir la comparaison de l'offre de l'entreprise marocaine hors TVA avec l'offre étrangère coût et fret compris.

L'..... a précisé, à ce titre, que la comparaison des prix est basée sur le prix rendu campus, toutes charges, taxes, coûts et frais d'approche compris indépendamment de la domiciliation des fournisseurs en intégrant dans le prix des marchandises les frais de dédouanement, les frais de transport et les frais d'approche.

II. Déductions

Considérant que l'article 8 du règlement de consultation prévoit que les soumissionnaires sont tenus de présenter les documents techniques originaux émanant du fabricant justifiant les caractéristiques techniques indiquées au CPS ainsi qu'un document original délivré par le fabricant, attestant de l'origine des tiges, objet de cet appel d'offres, la date, le nom et la qualité du signataire ; les documents reconstitués par les revendeurs ou les distributeurs n'étant pas acceptés.

Considérant que le procès-verbal de la commission d'ouverture des plis a souligné que la société a proposé une marque protégée (HQ), propriété de « Boart Longyear », fournie par un autre fabricant sans fournir les licences de la société « Boart Longyear ».

Considérant que l'article 5 du règlement des marchés de l'..... précise que les spécifications techniques doivent être basées sur des caractéristiques portant notamment sur la performance, la capacité et la qualité requises. Les spécifications techniques ne doivent pas mentionner de marque commerciale, de références au catalogue, appellation, brevet, conception, type, origine ou producteurs particuliers, à moins qu'il n'y ait aucun autre moyen suffisamment précis et intelligible de décrire les caractéristiques des prestations requises et à condition que l'appellation utilisée soit suivie des termes "ou son équivalent". Dans ce cas, si une telle référence est mentionnée, elle inclut les prestations ayant des caractéristiques équivalentes et qui présentent une performance et une qualité au moins égales à celles qui sont exigées.

Considérant que le même article 5 précise que la définition des spécifications techniques ne doit pas avoir pour effet de créer des obstacles au libre jeu de la concurrence.

Considérant que le procès-verbal de la réunion de la commission d'ouverture des plis a fait état du motif d'écartement de la société pour le lot n° 1 en soulignant que la majorité des items sont identifiés par des références (Part Numbers), propriété industrielle de « Boart Longyear », fournis par un autre fabricant sans fournir les licences de la société « Boart Longyear ».

Considérant que la société ne conteste pas les motifs de son écartement mais les conditions exigées dans le CPS et le règlement de consultation en signalant que malgré ses réserves, la société a participé à l'appel d'offres en question.

Considérant que la société a proposé un matériel dont le brevet appartient à un autre fabricant, ce qui a conduit la commission d'ouverture des plis à exiger la justification dudit matériel par la production de la licence délivrée par le fabricant au fournisseur de la société

Considérant que le rapport de la sous-commission technique n'a pas examiné les caractéristiques techniques des tiges proposées par la plaignante du fait de la non production de la licence du fabricant demandée par la commission d'ouverture des plis contrairement aux deux autres concurrents et s'est limitée à déclarer la non-conformité technique dudit matériel.

Considérant que ladite sous-commission est tenue à l'obligation d'examiner l'ensemble des composantes du matériel de tous les concurrents afin d'en relever, le cas échéant, les anomalies.

Considérant la nature des fournitures, objet de l'appel d'offres n° 30/2020 qui porte sur la fourniture de carottiers et accessoires de forages miniers pour le compte de l'.....

Considérant que l'article 89 du code général des impôts soumet à la taxe sur la valeur ajoutée les opérations portant sur les ventes et les livraisons par les fabricants et les entrepreneurs de manufacture de produits extraits, fabriqués ou conditionnés par eux, directement ou à travers un travail à façon.

Considérant, par ailleurs, que l'objet de l'appel d'offres porte sur la fourniture de carottiers et accessoires de forages miniers qui sont incluses dans la catégorie des fournitures soumises à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) en vertu de l'article 89 visé ci-dessus.

Considérant que l'article 12 du décret 2-12-349 dispose que le prix du marché comprend le bénéfice du marché ainsi que tous droits, impôts taxes, frais généraux, faux frais et d'une façon générale toutes les dépenses qui sont la conséquence nécessaire et directe des prestations.

Considérant, qu'en vertu du CPS, du bordereau des prix et du détail estimatif remis aux concurrents dans le dossier d'appel d'offres et en l'absence d'une disposition fiscale qui exonère de la TVA les fournitures de l'espèce, les offres des concurrents doivent impérativement être exprimées toutes taxes comprises.

Considérant que le maître d'ouvrage n'a pas respecté les dispositions fiscales et celles relatives aux marchés publics en matière de TVA en acceptant des offres ne prévoyant pas cette taxe.

Considérant que la commission d'ouverture des plis, dans sa séance du 23/6/2020, a procédé à la comparaison des offres toutes taxes comprises proposées par les sociétés nationaleset avec celle de la société étrangère, exprimée hors TVA en infraction à la législation fiscale.

Considérant que le principe d'égalité des concurrents n'a pas été observé en matière de comparaison des offres des concurrents.

III. Avis de la commission

Eu égard à ce qui précède, la commission nationale de la commande publique considère ce qui suit :

Concernant le lot n° 1 :

- l'écartement de la société est conforme aux spécifications techniques exigées dans le règlement de consultation ;
- la commission nationale de la commande publique relève toutefois que :
 - le maître d'ouvrage est tenu, dans le respect des dispositions de l'article 5 du règlement des marchés de l'..... d'éviter d'insérer des spécifications techniques pouvant conduire au ciblage d'une marque particulière ;
 - la sous-commission technique est tenue, en application du principe d'égalité de traitement des concurrents, à veiller à l'examen exhaustif de l'ensemble des éléments composants les offres de tous les concurrents.

Concernant le lot n° 2 :

La commission d'ouverture des plis, ayant procédé à la comparaison des offres des concurrents sur la base de critères discriminatoires en évaluant des offres hors taxes et d'autres toutes taxes comprises a enfreint le principe d'égalité entre les concurrents.

Par ailleurs, la commission nationale de la commande publique relève que le maître d'ouvrage a enfreint la législation fiscale en admettant des offres hors taxe pour des prestations assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée. L'écartement de la société n'étant pas fondé.