

DECISION N°2018-0602/ARCOP/ORD

sur recours de SMX BURKINA SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°004/2018 pour l'acquisition d'outillages et de matériels de sécurité à la SONABEL (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 29 août 2018 de l'entreprise SMX BURKINA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

présidé par Madame Léa ZAGRE/RIMTOUMDA, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Salifou OUOBA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Silamana SOMANDA, 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 du requérant, Messieurs Norbert CONCOPO et Rigobert ZOUNGRANA, respectivement Gérant et Agent de SMX BURKINA SARL ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Dramane KOUGWINDEGA, Sibiri J Bernard COMPAORÉ et Larba DIPAMA, tous représentant la SONABEL ;

- au titre de l'attributaire provisoire, l'entreprise SFE régulièrement convoquée, 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 l'appel d'offres susvisé 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 ouvert n°004/2018 pour l'acquisition d'outillages et de matériels de sécurité à la SONABEL (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 susvisée « 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°2387 du 27 août 2018, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 29 août 2018 ; que l'entreprise SMX BURKINA a saisi l'ORD, par lettre du 29 août 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 1^{er} février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

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

AU FOND :

sur les faits,

la Société nationale d'électricité du Burkina (SONABEL) a lancé l'appel d'offres ouvert n°004/2018 pour l'acquisition d'outillages et de matériels de sécurité (lot 03) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de l'entreprise SMX BURKINA conforme, mais ne lui a pas attribué le marché, car son offre n'est pas la moins disante ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et relève que le marché a été attribué à la société qui fabrique le matériel demandé (Sibille Fameca Electric- SFE France) et, avec laquelle, il a obtenu la cotation pour soumissionner à l'appel d'offres querellé ; qu'une telle procédure est entachée de vice pour plusieurs raisons : d'abord, que le cahier de charge contenait uniquement des items de la marque SFE, qu'à titre d'exemple, « il a été demandé à l'item 3 du lot 3 un équipement de MALT et en CC pour réseaux aériens nus modèles ou type PA3GT1 de marque SFE », qu'il était impossible de proposer des appareils autres que ceux de la marque SFE ; que, dès lors, la participation de la société SFE, son fournisseur, à la procédure s'analyse comme une trahison, d'autant plus qu'il n'était pas informé de cette participation ; qu'autrement, il se serait abstenu, car la société SFE qui est à la fois le fabricant et le fournisseur avait une longueur d'avance dans cette procédure ; que, par le passé, il a déjà eu à livrer du matériel de la marque SFE sans que cette dernière ait eu besoin de participer aux procédures d'appel à concurrence ;

le requérant ajoute ensuite qu'il croyait avoir pris part à une procédure anonyme, impersonnelle et équitable, comme le témoigne l'article 3 alinéa 2 des dispositions générales relatives aux instructions aux soumissionnaires d'après lequel : « *un soumissionnaire ne peut se trouver en situation de conflit d'intérêt. Tout*

soumissionnaire jugé être dans une situation de conflit d'intérêt sera disqualifié. Un soumissionnaire (y compris tous les membres d'un groupement d'entreprises et tous les sous-traitants du soumissionnaire) peut être jugé comme étant en situation de conflit d'intérêt s'il est associé ou a été associé dans le passé à une entreprise (ou à une filiale de cette entreprise) qui a fourni des prestations de consultant pour la conception, la préparation des spécifications et d'autres documents utilisés dans le cadre des marchés passés au titre du présent appel d'offres, etc. » ; qu'il est évident que dans la présente procédure, SFE a participé à la confection du cahier de charge en fournissant à la SONABEL des documents et des catalogues de sa marque, ainsi que de ses modèles et types de matériels ; qu'elle doit donc être disqualifiée pour cet appel d'offres ;

il sollicite donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires ;

sur la discussion,

considérant qu'aux termes de l'article 52 du décret 2015-1260/PRES-TRANS/PM/MEF portant code d'éthique et de déontologie de la commande publique, un candidat ou un soumissionnaire peut être en situation de de conflit d'intérêt vis-à-vis d'une ou de plusieurs autres candidats ou soumissionnaires, s'il a une relation, soit directement soit par des tiers, qui leur permet d'accéder à des renseignements ou d'influer sur l'offre d'un autre soumissionnaire ;

considérant que le requérant fait observer que s'il avait eu l'information que SFE participerait à ce marché, il se serait abstenu d'y participer ; que le matériel proposé est fabriqué par SFE ; que son offre financière a été faite sur la base de la facture pro forma qui lui a été donnée par SFE ;

considérant que la CAM a noté que, pour le matériel du lot 03, il n'y a pas que la société SFE seule qui les fabrique ; qu'il existe des fabricants en Espagne et en Allemagne ; qu'il s'agit simplement de respecter les normes internationales des différents équipements requis ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que tous les soumissionnaires ont proposé au lot 03 du matériel fabriqué par SFE ; qu'au dire de l'autorité contractante, qui reconnaît avoir fait des missions auprès dudit fabricant afin de mieux cerner son besoin, seuls les produits du fabricant SFE peuvent être compétitifs ; que cela se justifie par le rapport qualité/coût que celui-ci propose ; que tous les soumissionnaires ont été indirectement dirigés vers ledit fabricant ; qu'ainsi leurs offres financières ont été élaborées sur la base des factures pro-forma délivrées par SFE ; qu'il apparaît donc, que SFE, étant que fabricant et soumissionnaire à la foi, a influencé les offres des autres soumissionnaires ; qu'en conséquence, le conflit d'intérêt défini à l'article 52 est établi ; que c'est donc à tort que la CAM a retenu l'offre de SFE ; que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires a été violé ; que le non-respect de ce principe fondamental de la commande publique conduit à l'annulation dudit lot ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et qu'il convient d'annuler ainsi le lot 03 de la présente procédure ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de l'entreprise SMX BURKINA est recevable ;

-que l'appel d'offres susvisé 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 la plainte de l'entreprise SMX BURKINA est fondée ;

-qu'il sied d'annuler l'appel d'offres ouvert n°004/2018 pour l'acquisition d'outillages et de matériels de sécurité à la SONABEL (lot 03) ;

-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 septembre 2018

La Présidente de séance

Léa ZAGRE/RIMTOUMDA
Chevalier de l'Ordre du Mérite