

DECISION N°2022-L0562/ARCOP/ORD

sur recours de ETABLISSEMENT LA GRACE DIVINE et de MSIBTB SARL contre les résultats provisoires de la demande de prix à commande n°2022-009/MDICAPME/SONABHY pour l'acquisition de produits d'entretien au profit de la SONABHY (lot 01).

**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, ensemble ses modificatifs ;*
- 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 24 octobre 2022 de ETABLISSEMENT LA GRACE DIVINE et de MSIBTB SARL contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

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

en présence de :

- Monsieur Christophe Regawoyi BADO, membre de l'ORD ;
- Madame Aïssata SELIRA/KANAZOE, membre de l'ORD ;
- Madame K. Irène BAYANE/ZONGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :
 - Madame D. Pélagie YARO/BADO, représentant de ETABLISSEMENT LA GRACE DIVINE,
 - Madame Alida S. COMPAORE et Monsieur Didier KI, représentant de MSIBTB SARL ;
- au titre de l'autorité contractante, Madame Kadidia KABORE, représentant de la SONABHY ;

- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Sommaila TASSEMBEDO, représentant de PLANETE SERVICES ;

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 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 à commande n°2022-009/ MDICAPME/SONABHY pour l'acquisition de produits d'entretien au profit de la SONABHY (lot 01) ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORD est compétent pour en connaitre ;

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 qu'aux termes de l'article 34 du décret n°2017-0050 ci-dessus visé « L'Organe de règlement des différends peut s'autosaisir en toutes matières et statuer sur les irrégularités, les fautes et les infractions constatées sur le fondement des informations recueillies dans l'exercice de sa mission ou de toute information communiquée par des autorités contractantes, des candidats, des soumissionnaires, des attributaires, des titulaires, des partenaires privés ou des tiers. ...» ;

considérant que les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°3471 du vendredi 21 octobre 2022, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mardi 25 octobre 2022 ; que MSIBTB SARL a saisi l'ORD par lettre en date du lundi 24 octobre 2022 ; 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 déclarer MSIBTB SARL recevable ;

que par ailleurs, ETABLISSEMENT LA GRACE DIVINE a également saisi l'ORD par lettre en date du lundi 24 octobre 2022 pour contester les résultats provisoires ; que l'ORD note que ce dernier n'est pas soumissionnaire dans la présente procédure ;

que, dès lors, il convient de le déclarer irrecevable pour défaut de qualité ;

que cependant les faits portés à la connaissance de l'ORD dans la requête de ETABLISSEMENT LA GRACE DIVINE sont assez graves et constituent une entorse aux textes régissant la commande publique ; que conformément aux termes de l'article 34 du décret n°2017-0050 ci-dessus visé, l'ORD décide de s'autosaisir pour connaître de l'affaire ;

AU FOND :

sur les faits,

la Société Nationale Burkinabè d'Hydrocarbures a lancé la demande de prix à commande n°2022-009/MDICAPME/SONABHY pour l'acquisition de produits d'entretien au profit de la SONABHY (lot 01) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de MSIBTB SARL conforme mais non attributaire du marché ;

les entreprises MSIBTB et ETABLISSEMENT LA GRACE DIVINE contestent cette décision de la CAM :

- ETABLISSEMENT LA GRACE DIVINE n'ayant pas pris part à la procédure fait valoir qu'il a été attributaire de la demande de prix ci-dessus citée ; que les contrats ont été approuvés, enregistrés et remis à la SONABHY en décembre 2021 ; que c'est dans l'attente de recevoir les ordres de commandes, qu'il a été surpris de voir de nouveaux résultats provisoires ayant le même objet avec un nouvel attributaire dont lui-même est déjà titulaire du marché en question ;

que l'ORD relève qu'au regard des faits portés à sa connaissance, il y a entorse au processus de passation du marché sus visé ; qu'il décide de s'auto saisir afin de connaître de l'affaire au fond ;

- quant à MSIBTB SARL, il fait valoir que la remise de 17% de l'offre financière de l'attributaire provisoire est irrégulière ; qu'en effet, ladite remise n'est pas mentionnée sur toutes les pièces de l'offre financière à savoir sur le bordereaux des prix unitaire et le devis quantitatif et estimatif ;

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

sur la discussion,

sur auto saisine de l'ORD suite au recours de ETABLISSEMENT LA GRACE DIVINE ;

considérant que les faits relatés dans la requête de ETABLISSEMENT LA GRACE DIVINE pourraient constituer des irrégularités et porter atteinte aux principes fondamentaux de la gestion de la commande publique ; que l'ORD a donc décidé de s'autosaisir

considérant que la CAM appelée à se prononcer sur le dossier reconnaît que la présente procédure fait l'objet déjà d'un contrat en cours avec l'entreprise ETABLISSEMENT LA GRACE DIVINE ; que pour tenter de résoudre cette difficulté, elle verra si la disponibilité des ressources financières permettra de prendre en compte les deux marchés ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que le fait de l'autorité contractante constitue une entorse à la réglementation de la commande publique ; qu'une procédure en cours ne peut être relancée sans avoir au préalable éteint la procédure en cours ; qu'on ne peut conduire à la fois deux mêmes procédures de manière parallèle ; qu'en l'espèce, la présente procédure ayant déjà fait l'objet d'un contrat en cours d'exécution ne saurait être relancé ; que les agissements de la CAM ne sont pas conformes aux textes en vigueur ; qu'il y a donc lieu d'annuler la procédure en cours ;

sur le recours de MSIBTB SARL ;

considérant que le requérant remet en cause l'application du rabais proposée par l'attributaire provisoire ; qu'il est contraire aux dispositions du dossier ; que par ailleurs, au regard de l'auto saisine de l'ORD pour examiner les faits dénoncés dans la plainte de ETABLISSEMENT LA GRACE DIVINE, il souhaite que l'ORD n'annule pas la procédure en cours ;

considérant que la CAM relève que le rabais consenti par l'attributaire provisoire est conforme aux textes en vigueur ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que le rabais proposé par l'attributaire provisoire est régulière ; que sa mention dans la lettre de soumission est suffisante pour sa prise en compte ; que mieux l'attributaire provisoire en plus de la lettre de soumission, a également mentionné le rabais dans le bordereau des prix ; que du reste, l'exigence supplémentaire du rabais dans les pièces de l'offre financière rend celui-ci sans intérêt manifeste dès lors qu'il est pris en compte pour dégager le montant définitif de l'offre ; que sur la base des éléments sus développés, le rabais consenti par l'attributaire provisoire est conforme ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée mais qu'au regard de l'auto saisine de l'ORD sur la conduite de la présente procédure, il y a lieu d'ordonner son annulation ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de MSIBTB SARL est recevable ;

-que la demande de prix sus visée reste soumise 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 ;

-de s'autosaisir sur le fondement des dispositions de l'article 34 du 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 au regard de la gravité des faits exposés dans la requête de ETABLISSEMENT LA GRACE DIVINE ;

-que l'autorité contractante reconnaît que la présente procédure fait l'objet d'un contrat déjà en cours ;

-que la plainte de MSIBTB SARL n'est pas fondée ; que la remise proposée par l'attributaire provisoire est régulière et suffisante pour son application ; que c'est surabondant d'exiger que le rabais figure sur les pièces de l'offre financière ;

-d'ordonner l'annulation de la présente procédure au regard de la gravité des faits exposés par l'autorité contractante ;

-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 où besoin sera.

Ouagadougou, le 27 octobre 2022

Le Président de séance

Issa ZERBO