

DECISION N°2017-0157/ARCOP/ORD

sur recours de AFRICA GENERAL TRADING-BURKINA FASO SA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°029/2016/ONEA/DG/SG/DM pour la fourniture de produits chimiques (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/MEF/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 public déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 12 avril 2017 de AFRICA GENERAL TRADING-BURKINA FASO SA contre l'appel d'offres ci-dessus cité (lot 03) ;*

présidé par Monsieur Serge Louis Marie P. TOE, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Pierre NACOULMA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Doudou DOUMBIA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Tahirou SANOU, assisté de Messieurs Modeste YAMEOGO et B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Moussa Abdou MAÏGA et Moumouni GNESSIEN, respectivement DG de AFRICA GENERAL TRADING-BURKINA FASO SA et conseiller juridique de la société ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Jean Raphaël COMPAORE, Severin KI et Olivier YAMEOGO, respectivement Directeur des marchés, Chef de service et Chimiste de l'ONEA ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Moussa GUIGMA, Hamadou SAWADOGO et Souleymane OUEDRAOGO, respectivement DG, responsable Achat et responsable technique de COPROCHIM ;

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 l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MEF/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/PRES/PM/MINEFID 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 n°029/2016/ONEA/DG/SG/DM pour la fourniture de produits chimiques (lot 03) ;

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

sur la recevabilité,

considérant qu'aux termes l'article 26 de la loi n°039-2016/AN du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique « 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°2027 du lundi 10 avril 2017, et que le délai de recours auprès de l'ORD courait jusqu'au mercredi 12 avril 2017 ; que AFRICA GENERAL TRADING-BURKINA FASO SA a saisi l'ORD, par lettre en date du 12 avril 2017 ; que, par ailleurs, le recours est conforme aux autres conditions de recevabilité prévue à l'article 28 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 ;

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

AU FOND :

sur les faits,

l'ONEA a lancé l'appel d'offres n°029/2016/ONEA/DG/SG/DM pour la fourniture de produits chimiques (lot 03) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre du requérant non-conforme au dossier d'appel d'offres (DAO) pour absence d'acte d'engagement et indication de délai de validité des offres ;

le requérant conteste les résultats provisoires arguant que son offre est bien conforme au DAO ; sur la conformité technique du produit proposé, il relève que son offre est conforme eu égard au contrôle que le produit a subi au laboratoire de l'ONEA et au fait qu'il a fait l'objet d'une utilisation grandeur nature dans les stations de Ziga et Paspanga de janvier 2016 à août 2016 avec un résultat très satisfaisant ; en plus, la qualité du produit est reconnue par le certificat de conformité délivré par le grand organisme privé américain d'accréditation au monde (certificat NSF de ANSI 60) ; il souligne que l'ONEA sachant que les autres soumissionnaires seront dans l'impossibilité de fournir ce certificat, a modifié les termes de l'appel d'offres et reporté la date limite de dépôt initialement prévu pour le 30 août 2016 au 14 septembre 2016 ;

sur les motifs d'éviction de son offre, il affirme avoir bel et bien fourni l'acte d'engagement et le délai de validité qui est de 12 mois contre 120 jours comme mentionné dans le DAO ; ensuite, il ajoute qu'aucune précision en nombre de jours n'est mentionné sur la page dite lettre d'engagement ;

après réception du premier ordre de commande, il est juste indiqué le délai de 90 jours pour la livraison et 45 jours pour les autres ordres de commande pour compter de la date de notification de livrer ; par ailleurs, la validité de son offre concerne toute la durée d'exécution qui va de la commande minimum à celle maximum ; il termine en relevant que, dans le souci de préserver la santé du peuple burkinabè, l'annulation de l'attribution provisoire doit être de mise pour permettre à l'ONEA de s'assurer de la qualité du produit des autres soumissionnaires d'une part ; et d'autre part, pour faire des économies sur les offres à venir ;

il sollicite alors de l'ORD le réexamen des résultats provisoires ;

sur la discussion,

considérant que l'ouverture des plis était initialement prévue pour le 30 août 2016 ; que, suite à une demande d'éclaircissement d'un candidat, l'ouverture des plis a été reportée au 14 septembre 2016, par communiqué publié dans la revue des marchés publics du 26 août 2016 ; que cette modification a eu notamment pour effet de changer le nom « Sudfloc 3870 » qui renvoie à une marque ; qu'ainsi, un nom général de coagulant a été utilisé pour une saine concurrence ;

considérant qu'il ressort du point A-31.2 des données particulières du DAO relatif aux critères d'ordre technique que les soumissionnaires devaient fournir « autorisation du fabricant/prospectus/échantillons/Certificat de conformité délivré par NSF » ; que, selon le DAO, les échantillons devaient être justifiés par une fiche de réception présentée à l'ouverture des plis ;

considérant que le requérant a défendu la qualité de son produit ; qu'il a subi un contrôle au laboratoire de l'ONEA et fait l'objet d'une utilisation grandeur nature sur les stations de Ziga et Paspanga de janvier 2016 à août 2016 avec un résultats très satisfaisant ; qu'en plus, la qualité du produit est approuvée par le certificat ANSI 60 ; que, par ailleurs, il a fourni l'acte d'engagement conformément aux prescriptions du DAO ;

considérant que le requérant a accusé l'ONEA d'avoir modifié les termes de l'appel d'offres et reporté la date limite de dépôt initialement prévue pour le 30 août 2016 au 14 septembre 2016 car les autres soumissionnaires ne pouvaient pas fournir le certificat NSF de ANSI 60 ; qu'il a notamment insisté sur le caractère irrégulier de cette modification parce qu'elle a été opérée par une publication dans la revue des marchés publics du 26 août 2016, soit quatre (04) jours avant la date initiale d'ouverture des plis fixée au 30 août 2016 ; qu'au regard du délai, il apparaît que l'ONEA n'a pas respecté l'article 11 des Instructions aux soumissionnaires du DAO ; qu'en effet, cette disposition ne permet pas à l'autorité contractante de modifier le DAO à moins de dix (10) jours de la date d'ouverture des plis ;

considérant que l'autorité contractante a expliqué qu'il y a eu initialement une erreur dans l'examen de l'offre du requérant ; que son offre avait été déclarée non conforme pour absence d'acte d'engagement ;

que, par la suite, cette erreur avait été corrigée ; que, cependant, le mauvais rapport a été malencontreusement envoyé au contrôle pour avis et publication ; qu'en conséquence, il faut considérer que l'offre du requérant ne souffre d'aucun motif de non-conformité ;

considérant que relativement à la préparation de l'appel d'offres, l'ONEA a admis avoir été approché par le requérant dans le cadre du marketing du Sudfloc 3870 ; qu'après certains tests et vérifications, il a conclu à la bonne qualité du produit et a souhaité l'acquérir en initiant le présent appel d'offres ; que, cependant, la demande d'éclaircissement l'a conduit à revoir le dossier pour permettre à tous les candidats de participer à l'appel d'offres ; que seul le requérant pouvait lui livrer le Sudfloc 3870 ; qu'ainsi, l'ONEA n'a pas remis en cause la qualité de ce produit qui présente plusieurs avantages dont sa forme liquide ;

considérant qu'en réplique, la société AGT-BF SA a relevé qu'elle n'a pas le monopole du Sudfloc 3870 ; que même s'il s'agit d'une marque, les autres candidats pouvaient l'obtenir sur le marché international en produisant les garanties de qualité nécessaires ; qu'ensuite, elle a souligné que la démarche de l'autorité contractante n'est pas cohérente dans la mesure où elle a maintenu des noms commerciaux de produits chimiques dans d'autres lots du DAO ; qu'elle a cité l'exemple du synthofloc au lot 10 ; qu'il s'agit d'une marque utilisée pour le traitement de l'eau dans plusieurs pays ; que, par ailleurs, elle a noté qu'à l'ouverture des plis, l'autorisation du fabricant et l'échantillon de l'attributaire n'ont pas été présentés en séance publique en dépit de sa demande expresse ; que, sur ce point, l'autorité contractante a répondu en relevant qu'elle a l'habitude de demander aux soumissionnaires de présenter la fiche de réception des échantillons signés par les services de l'ONEA ; qu'ainsi, il n'est pas nécessaire qu'ils soient apportés au lieu du dépouillement ; qu'il faut également prendre en compte le volume et la taille importants de certains échantillons ;

considérant que l'ONEA a reconnu que la procédure n'a pas été bien conduite notamment avec la modification du DAO ; qu'en effet, la modification n'a pas pu prendre en compte d'autres prescriptions du dossier, en occurrence la certification requise qui devait être harmonisée ; qu'en ce qui concerne le cas du synthofloc, il a relevé qu'il s'agit de petites quantités négligeables ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications nécessaires, a relevé que l'appel d'offres a été conduit avec des vices de procédures importants ; que s'agissant de la modification du DAO, elle est irrégulière pour avoir été effectuée moins de dix (10) jours avant la date initiale d'ouverture des plis en violation de l'article 11 des Instructions aux soumissionnaires du DAO ; que, par ailleurs, l'ORD a noté qu'il ressort des relations antérieures avec le requérant dans le cadre du marketing du Sudfloc 3870, qu'il a eu une quasi-garantie de l'obtention du marché de la part de l'ONEA ; que cette situation est de nature à compromettre la transparence de la procédure ; qu'il en est de même de la gestion des échantillons en ce sens qu'ils n'ont pas été présentés à la séance publique d'ouverture des plis ;

qu'il appartient à l'autorité contractante de prendre les mesures nécessaires pour permettre aux soumissionnaires de voir les échantillons fournis ; qu'un certificat de dépôt d'échantillon ne saurait valablement remplacer cette exigence de transparence ; qu'en ce qui concerne la certification NSF requise, il est apparu que l'attributaire provisoire dispose d'un document qui ne saurait équivaloir à la certification NSF ; qu'il s'agit d'une pièce délivrée par KEMIRA qui dit que les produits sont certifiés NSF ; que l'ORD a jugé que cette pièce n'offre pas de garantie et mérite d'être rejetée ;

qu'au regard de ce qui précède, il est constant que l'appel d'offres n'a pas été conduit conformément aux textes en vigueur ; qu'il y a eu notamment des vices de procédure et un défaut de transparence qui remettent en cause la procédure ; qu'en conséquence, il y a lieu d'annuler le lot concerné en vue de sa reprise dans le respect des règles de l'art ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de AFRICA GENERAL TRADING-BURKINA FASO SA est recevable ;

-que l'appel d'offres ouvert sus visé reste soumis aux dispositions 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 ;

-que la plainte de AFRICA GENERAL TRADING-BURKINA FASO SA est fondée ;

-qu'il sied d'annuler le lot 03 de l'appel d'offres n°029/2016/ONEA/DG/SG/DM pour la fourniture des produits chimiques ;

-de renvoyer l'autorité contractante à tirer les conséquences 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 18 avril 2017

Le Président de séance

Serge Louis Marie P. TOE