

DECISION N°2024-L0013/ARCOP/ORD

sur recours de ITEEM Labs & Services contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°015/2023 pour la fourniture d'équipements de Radio VHF au profit de la Société nationale d'électricité burkinabé (SONABEL) (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 lettre en date du 02 janvier 2024 de ITEEM Labs & Services contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Monsieur Roger MILLOGO, membre de l'ORD ;
- Madame Mariam TRAORE, membre de l'ORD ;
- Mesdames Awa ZARE/KONATE et K. Irène BAYANE/ZONGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Monsieur Amidou OUATTARA, représentant ITEEM Labs & Services ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Maker K. SANDWIDI et B.J. Antoni BOUGMA, représentant la SONABEL ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Mesdames Isabelle NONGUERMA et Kilmiadi OUOBA et Monsieur Faousi MAIGA, représentant ASTECH ;

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 ouvert 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 le recours concerne la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°015/2023 pour la fourniture d'équipements de Radio VHF au profit de la SONABEL (lot 01) ;

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°3780 du jeudi 28 décembre 2023, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mardi 02 janvier 2024 ; que ITEEM Labs & Services a saisi l'ORD par lettre en date du 02 janvier 2024 ; 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 1er 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 SONABEL a lancé l'appel d'offres ouvert N°015/2023 pour la fourniture d'équipements de Radio VHF ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) lors des premiers résultats (n°3693 du mardi 29 août 2023) avait déclaré l'offre de ITEEM LABS & SERVICES non conforme au motif qu'il n'a pas fourni de marchés similaires ;

le requérant avait contesté cette décision de la CAM et faisait valoir en premier lieu que ses marchés étaient conformes en nature car ce sont des fournitures ; que quant à la complexité, ses marchés étaient plus complexes par leurs volumes et la diversité des articles fournis ; que quant aux montants de ses marchés, ils dépassaient même le budget prévisionnel du présent appel d'offres alors que la jurisprudence ne demande que 50% du budget ; que dès lors son offre ne saurait être rejetée sur la nature ou la complexité des références produites ;

en second lieu celui-ci signalait la non-conformité des autorisations de fabricant de l'attributaire provisoire et des autres sociétés déclarées conformes ; que le dossier ayant exigé une autorisation du fabricant, dès lors, il devenait obligatoire pour tout soumissionnaire de fournir une autorisation du fabricant et rien d'autre ; que même si ceux-ci avaient fourni cette autorisation, celle-ci ne serait pas authentique ;

que l'ORD avait conclu par décision N°2023-L0447/ARCOP/ORD du 08 septembre 2023, que la plainte de ITEEM LABS & SERVICES était partiellement fondée ; que les marchés similaires de celui-ci étaient conformes ; que les références similaires ne devraient pas être entendues comme des marchés identiques ;

que par contre l'attributaire provisoire avait produit l'autorisation d'un distributeur agréé ; l'ORD admet que l'on puisse prendre en compte l'autorisation d'un distributeur agréé par le fabricant ; que, sinon, il n'y aurait pas de concurrence entre les soumissionnaires dans la mesure où le fabricant ne donne son autorisation qu'à un seul soumissionnaire ; que dans tous les cas, les équipements livrés bénéficieront de la garantie du fabricant à travers le distributeur reconnu ; qu'ainsi, l'objectif recherché dans l'exigence de l'autorisation du fabricant est atteint ; qu'en définitive les résultats furent infirmer ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a mis en œuvre cette décision et les résultats ont été republiés le jeudi 28 décembre 2023 dans le quotidien des marchés publics N°3780 ; ces résultats déclaraient l'offre de ITEEM LABS & SERVICES non conforme au motif qu'il n'a pas fourni de marchés similaires ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que suivant la décision n°2023-L0447/ARCOP/ORD du 08 septembre 2023 et de la republication des résultats, il demande d'instruire la CAM/SONABEL à la mise en œuvre effective de la décision suscitée et infirmer le grief retenu contre son offre et la déclarer conforme ; qu'il a exercé un recours en référé suspension et en annulation de la décision N°2023-L0447/ARCOP/ORD du 08 septembre 2023 devant le tribunal administratif ; que le tribunal a ordonné la suspension de l'exécution de ladite décision par ordonnance N°25-3/2023 du 19 octobre 2023 ; qu'il sollicite auprès de l'ORD d'ordonner la CAM à mettre en œuvre l'ordonnance ci-dessus et déclarer l'offre de ses concurrents non conformes pour défaut d'autorisation du fabricant ;

sur la discussion,

considérant qu'il s'agit en l'espèce de vérifier la mise en œuvre de la décision n°2023-L0447/ARCOP/ORD du 08/09/2023 ; qu'en substance, il ressort de cette décision sus visée que « la plainte de ITEEM LABS & SERVICES est partiellement fondée ; qu'il est fondé sur le point concernant le marché similaire ; que, cependant, elle n'est pas fondée sur l'autorisation du fabricant de l'attributaire provisoire ; que celui-ci a produit l'autorisation d'un distributeur agréé par la marque MOTOROLA qui reste valable au regard des circonstances de l'affaire ;

-d'infirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°015/2023 pour la fourniture d'équipements de Radiocommunications VHF et de téléphones satellites pour la SONABEL (lot 01), au sens où l'offre du requérant mérite d'être déclarée conforme » ;

considérant que par ordonnance N°25-3/2023 du 19 octobre 2023, le tribunal administratif ordonnait la suspension de l'exécution de la décision ci-dessus ;

considérant que l'offre du requérant a été écartée sur la base des motifs ci-dessus rappelés ;

considérant que le requérant a noté qu'il a constaté que son offre a été de nouveau déclarée non conforme pour les marchés similaires non fournis ; que la décision N°2023-L0447/ARCOP/ORD du 08 septembre 2023 n'a pas été régulièrement mise en œuvre ; qu'il demande que ladite décision ainsi que l'ordonnance du juge soient sagement mises en œuvre ;

considérant que la CAM a noté qu'il y a eu une erreur dans la publication rectificative des résultats; que l'offre du requérant est conforme comme mentionné dans le rapport d'analyse; que l'attributaire provisoire n'a pas changé; qu'elle n'a pas reçu notification de l'ordonnance du juge par la justice donc elle n'a pas tenu compte de celle-ci dans l'analyse des offres;

considérant que l'attributaire provisoire a précisé que l'ORD n'est pas un organe chargé de la mise en œuvre des décisions de justice; que la question de l'autorisation du fabricant a déjà été traitée dans la séance passée; qu'il ne sied plus de revenir sur cette question;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, prend acte de la reconnaissance par la CAM des erreurs dans la publication rectificative des résultats; qu'en effet, l'offre du requérant est conforme sur la question des marchés similaires dans le rapport d'analyse des offres; que cette conformité traduit le sens de la décision rendue le 08/09/2023; ; qu'en ce qui concerne l'ordonnance rendue par le juge administratif le 19 octobre 2023 dont le requérant fait valoir, l'ORD prend acte de la décision du juge et invite la CAM à en tirer toutes les conséquences de droit;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et d'infirmes les résultats provisoires;

par ces motifs,

DECIDE :

- **qu'il est compétent ;**
- **que la plainte de ITEEM Labs & Services est recevable ;**
- **que l'appel d'offres visé reste soumis 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 ;**
- **que la plainte de ITEEM Labs & Services est fondée ;**
- **d'infirmes les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°015/2023 pour la fourniture d'équipements de Radio VHF au profit de la SONABEL (lot 01) ;**
- **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 08 janvier 2024

Le Président de séance

Lassina TRAORE