
**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2024-L0281/ARCOP/ORD

sur recours de EZO International Sarl (lot 01) et de SADEC SARL (lots 01 et 02) contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2024-011/MDICAPME/SONABHY pour l'acquisition d'équipements de protection individuelle au profit de la Société nationale burkinabé d'hydrocarbures (SONABHY) à Bingo et à Bobo-Dioulasso.

**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 public déléguée ;*
- Sur** *recours par lettres en date du 1^{er} juillet 2024 de EZO International Sarl et du 02 juillet 2024 de SADEC SARL contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

présidé par Madame Carine Estelle OUERMI/YETTA, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Madame Delphine M. D. SAMADOULOUYOU ;
- Monsieur Issoufou YELEMOU, membre de l'ORD ;
- Madame Awa ZARE/KONATE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :
 - Monsieur W. Benoît OUEDRAOGO, représentant EZO International Sarl ;
 - Monsieur Faouzi MAIGA, représentant SADEC Sarl ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Adama TRAORE et Jérôme NITIEMA, représentant la Société Nationale Burkinabè d'Hydrocarbures (SONABHY) ;

- au titre des attributaires provisoires :
 - Messieurs B. Cédric NIKIEMA, et Rodrigue BAYOW, représentant ADF SERVICES ;
 - Monsieur Yann COMBOIGO, représentant IMPERIUM GROUP ;

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 n°2024-011/MDICAPME/ SONABHY pour l'acquisition d'équipements de protection individuelle au profit de la SONABHY à Bingo et à Bobo-Dioulasso ;

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 la demande de prix ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°3911 du vendredi 28 juin 2024, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mardi 02 juillet 2024 ;

que EZO International Sarl et SADEC SARL ont saisi respectivement l'ORD par lettres en date du lundi 1^{er} et mardi 02 juillet 2024 ; que par ailleurs, les recours sont conformes 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 les déclarer recevables ;

AU FOND :

sur les faits ;

la Société Nationale Burkinabè d'Hydrocarbures (SONABHY) a lancé la demande de prix n°2024-011/MDICAPME/ SONABHY pour l'acquisition d'équipements de protection individuelle au profit de la SONABHY à Bingo et à Bobo-Dioulasso ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré :

- l'offre de EZO International Sarl non conforme au lot 01 au motif qu'il propose des masques FFP2 au lieu de FFP1 exigé par le dossier ; qu'il propose un prospectus de botte de sécurité avec embouts de semelles en acier au lieu de botte entièrement en PVC exigé par le dossier ;
- l'offre de SADEC SARL non conforme aux lots 01 et 02 aux motifs qu'elle a été attributaire du marché de même nature (marché n°SE/SONABHY/00/2022/00157) et résilié le 30 juin 2023 par lettre n°23/01978, qu'en application des dispositions de l'article 178 nouveau du décret n°2023-0273/PRES-TRANS/PM/MEFP du 21 mars 2023 modificatif du décret n°2017-049, son offre a été rejetée ;

les requérants contestent cette décision de la CAM :

- EZO International Sarl fait valoir que ses propositions sont conformes aux spécifications techniques demandées ; qu'il a proposé à l'item 06 le masque FFP2 ; que ce masque présente toutes les caractéristiques du FFP1 ; qu'il est de loin plus fin et laisse passer moins de particules que le FFP1 ; qu'en effet, les masques FFP1 filtrent au moins 80% des aérosols de taille moyenne 0,6µm (fuite totale vers l'intérieur<22%) alors que les masques FFP2 filtrent au moins 94% des aérosols de taille moyenne 0,6µm (fuite totale vers l'intérieur<8%) ; que de même, à l'item 14, la botte qu'il a proposée est conforme car elle présente toutes les caractéristiques demandées ; que dans les caractéristiques demandées il est fait mention de « relief antidérapant très cranté, résistante au glissement » qui n'est autre que les embouts qui sont ressortis sur son prospectus ; que la CAM a retenu la présence des embouts en observations pour la déclarer non conforme ; qu'une botte avec ces caractéristiques dispose obligatoirement d'un dispositif en acier pour la stabilisation mais entièrement recouvert en PVC ;

qu'au regard de tout ce qui précède qu'il plaise à l'ORD de comparer les différents prospectus à ceux de l'attributaire provisoire pour enfin constater que les éléments retenus pour l'écartier sont si mineurs et ne peuvent remettre en cause la conformité de l'offre;

- SADEC SARL fait valoir que de l'interprétation des dispositions de l'article 178 nouveau du décret n°2023-0273/PRES-TRANS/PM/MEFP du 21 mars 2023 modificatif du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 et de l'incompétence de l'autorité contractante à prononcer des sanctions de défaillances ; qu'en application dudit article, l'organe où l'instance habilité à prononcer la défaillance est l'ORD ; qu'aussi, c'est au cours d'une session de discipline que les parties sont convoquées régulièrement pour leurs défenses ; que par ce principe du contradictoire, l'ORD administre la justice ; que par ailleurs, à la date du 02 juillet 2024, l'instance ne l'a pas convoquée pour la déclarer défaillante ; que dès lors, il s'agit non seulement d'une sanction prématurée de l'autorité contractante mais également une manifestation d'incompétence de sa part ; que sur l'inopposabilité de la résiliation du marché n°SE/SONABHY/00/01/02/00/2022/00157 portant acquisition de gants, de masques, de casques, de lunettes, de charlottes, de bouchons d'oreilles et d'imperméables à la présente procédure de la Demande de Prix n°2024-011/MDICAPME/SONABHY pour l'acquisition d'équipements de protection individuelles au profit de la SONABHY à Bingo et à Bobo-Dioulasso, qu'attendu que selon la CAM, elle a été titulaire d'un précédent marché de même nature et s'en est suivi une résiliation ; qu'en rappel, il s'agit d'une procédure différente et ledit marché a été régulièrement résilié ; qu'aussi, aucun accord n'a été trouvé entre les parties sur ledit marché par devant l'ORD ;

que sur la décision de rejet de son offre tirée de la violation de l'article 103 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, que ledit article dispose que « Pour évaluer une offre, la sous-commission n'utilise que les critères et méthodes définis dans le dossier d'appel à concurrence » ; que suivant cette disposition, ce sont les critères du dossier d'appel à concurrence qui constituent le référentiel pour l'évaluation des offres ; que la conformité des offres se fait donc à l'aune des critères du dossier ; qu'en l'espèce, la CAM, a émis un DAO qui contient l'ensemble des critères et toutes les offres de tous les soumissionnaires sont évaluées pour s'assurer, entre autres, du respect des critères du dossier de demande de prix ; qu'en résumé, l'évaluation et la comparaison des offres doivent se fonder sur la réglementation ; que toute autre considération serait illégale ; que pour chaque point ci-dessus la décision de la CAM mérite infirmation ;

ils sollicitent donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de les rétablir dans leurs droits ;

sur la discussion,

sur le recours de EZO International Sarl (lot 01),

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

considérant que le dossier de demande de prix a requis des soumissionnaires des masques FFP1 et des bottes entièrement en PVC ;

considérant que le requérant a réitéré son argumentaire ci-dessus développé ;

considérant que la CAM a noté que le requérant n'a pas respecté le dossier ; que ce qu'il propose n'est pas préconisé pour le milieu de travail de la SONABHY ;

considérant que l'attributaire provisoire a signalé que les bottes en acier ne sont pas conformes ; que l'acier et le cuivre sont des conducteurs électriques ; que par conséquent ces bottes ne sont pas adaptées à la SONABHY où l'électricité est utilisé ; qu'il y a un risque d'électrocution de ceux qui vont les utiliser ; qu'il fallait juste respecter le dossier ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que les masques et les bottes de sécurité que le requérant propose sont différents de ceux qui ont été exigés par le dossier ; que par conséquent c'est à bon droit que son offre a été déclarée non conforme ;

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

sur le recours de SADEC SARL (lots 01 et 02),

considérant que l'offre du requérant a été écartée sur la base du motif ci-dessus rappelé ;

considérant que l'article 178 du décret n°2023-0273/PRES-TRANS/PM/MEFP du 21 mars 2023 modificatif du décret n°2017-049 du 1^{er} février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public, ensemble ses modificatifs précise que : « (...)

Sans préjudice de la défaillance prononcée par l'Organe de règlement des différends, lorsque la résiliation a été décidée à la suite d'une inexécution partielle ou totale, d'une mauvaise exécution ou d'un retard d'exécution imputable au titulaire d'un contrat, l'autorité contractante concernée par le contrat résilié rejette, à l'occasion de l'examen de procédures ultérieures concernant les acquisitions de même nature durant deux (02) ans, toute offre ou proposition de ce dernier.

La structure en charge de la régulation et celle en charge du contrôle de la commande publique sont nécessairement ampliatrices. Le défaut d'ampliation fait perdre à l'autorité contractante la possibilité du rejet ultérieur de l'offre du titulaire défaillant prévu à l'alinéa précédent et l'expose à des sanctions disciplinaires. » ;

considérant que SADEC SARL a été titulaire du marché n°SE/SONABHY/00/2022/00157 pour acquisition de gants, de masques, de lunettes, de charlottes, de bouchons d'oreilles et d'impermeables au profit de la SONABHY à BINGO et à BOBO DIOULASSO ;

que ce marché a été résilié le 30 juin 2023 par lettre n°23/01978 du 30 juin 2024 et l'ampliation a été faite à l'ARCOP et à la DG CMEF ;

considérant que le requérant a affirmé qu'il n'a pas été déclaré défaillant à l'issue d'une session disciplinaire de l'ORD ; que la CAM n'a pas la qualité de le déclarer défaillant ;

considérant que la CAM a noté que le requérant n'a pas pu exécuter le marché ; que le marché a donc été résilié ; que selon la réglementation en vigueur elle a la faculté d'écarter l'offre de celui-ci dans la présente procédure ;

considérant que l'attributaire provisoire n'a pas fait d'observations particulières ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que le requérant a effectivement été titulaire d'un marché avec la même autorité contractante ayant le même objet et que ce marché a été résilié ; qu'en application des dispositions de l'article 178 nouveau du décret N°2023-0273/PRES-TRANS/PM/MEFP du 21 mars modificatif du décret N°2017-0049 ci-dessus cité, la CAM peut écarter l'offre de celui-ci de la présente procédure ; que la lettre de résiliation a été transmise à l'ARCOP le 03 juillet 2023 ;

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

par ces motifs ;

DECIDE :

- **qu'il est compétent ;**
- **que les recours de EZO International Sarl (lot 01) et de SADEC (lots 01 et 02) sont recevables ;**
- **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 ;**
- **que la plainte de EZO International Sarl (lot 01) n'est pas fondée ;**
- **que la plainte de SADEC SARL (lots 01 et 02) n'est pas fondée ;**

- **de confirmer les résultats provisoires de la demande de prix n°2024-011/MDICAPME/ SONABHY pour l'acquisition d'équipements de protection individuelle au profit de la SONABHY à Bingo et à Bobo-Dioulasso ;**
- **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 04 juillet 2024

La Présidente de séance

Carine Estelle OUERMI/YETTA