

DECISION N°2024-L0039/ARCOP/ORD

sur recours du Groupement COGEA INTERNATIONAL/ITEEM Labs & Services contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°079/2023 pour la fourniture de pièces de rechange pour les travaux d'entretien et de révision des groupes de la centrale de Kossodo (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, 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 19 janvier 2024 du Groupement COGEA INTERNATIONAL/ITEEM Labs & Services contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

présidé par Monsieur Siaka COULIBALY membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Christophe BADO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Issoufou YELEMOU, 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 Hamidou OUATTARA, représentant du Groupement COGEA INTERNATIONAL/ITEEM Labs & Services ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Lassané TAPSOBA et Sayouba ZONGO, représentant la Société nationale d'électricité du Burkina (SONABEL) ;

- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Philémon SESSOUMA et Emile GANDEMA, représentant le Groupement COGEMOB/EMIP ;

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/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 n°59/2023 pour la fourniture d'accessoires de réseaux de distribution (lot 04) ;

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°3789 du mercredi 10 janvier 2024, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au vendredi 12 janvier 2024; que le Groupement COGER INTER Sarl/PLANETE TECHNOLOGIES Sarl a fait un recours préalable auprès de l'autorité contractante en date du vendredi 12 janvier 2024 ; que n'ayant pas reçu de réponse à ce recours, le requérant avait jusqu'au jeudi 18 janvier 2024 pour saisir l'ORD ; qu'effectivement, il a saisi l'ORD par lettre en date du 18 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 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 n°59/2023 pour la fourniture d'accessoires de réseaux de distribution;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre du Groupement COGER INTER Sarl/PLANETE TECHNOLOGIES Sarl non conforme au lot 04 aux motifs qu'il n'a pas fourni un titre foncier (titre de pleine propriété) ou un contrat de bail (bail d'usage) qui est la preuve que l'atelier présenté en image dans l'offre est à la disposition de l'entreprise pour la confection des panneaux bois ; qu'il n'a pas joint la liste du personnel et leur qualification ; qu'il a fourni un marché similaire dont le volume de travail et la quantité du bois utilisée sont disproportionnés par rapport au présent appel d'offres ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que sur la prétendue absence de titre foncier ou de contrat de bail dans son offre, le dossier a exigé en nota bene de faire la preuve de l'existence de l'atelier (contrat de bail, titre foncier, photo et adresse précise) ; que cette liste de preuve à produire est au choix (contrat de bail, titre foncier, photos) ; que ce qui n'est pas au choix est l'adresse ; que ce à quoi son entreprise a satisfait en joignant à son offre l'image, la géolocalisation et l'adresse de l'atelier en attendant la visite sur les lieux ; qu'il est aussi mentionné, qu'une visite de site est prévue pour vérifier la présence effective de l'atelier équipé ; que si cette visite avait eu lieu, elle aurait permis à la CAM de confirmer la présence effective de l'atelier ; que le grief de la CAM donne l'impression que ses concurrents (l'attributaire provisoire, le groupement SMF/PROXITEC INTERNATIONAL SA, le groupement GCZP SARL/SGM, le groupement SAKSEY SARL/PWBC SARL et ACCORD BTP) ont produit à la fois un contrat de bail, un titre foncier et des photos ; que toute vérification de leurs offres confirmera leur non-conformité ou la preuve qu'il s'agit de pièces à produire au choix ;

qu'en ce qui concerne l'absence de liste du personnel et leur qualification, nulle part dans le dossier, il n'est mentionné une exigence de personnel en nombre, qualification et expérience ; qu'il s'est conformé au DAO qui n'en a pas fait cas ; que son offre ne peut donc être écartée ; que le DAO peut même se passer de l'exigence du personnel dans la mesure où tout fournisseur n'est pas tenu d'être un menuisier dans le cadre de la présente procédure dont l'objet est la fourniture de panneaux bois de branchement ; que l'objet du marché rend donc non indispensable l'exigence de personnel ; que l'analyse des offres se fait conformément aux dispositions du DAO ; qu'il se demande le type de personnel avec le type de compétence et d'expérience ses concurrents ont pu produire pour être conformes ; que d'ailleurs, il aurait fallu des spécifications claires du DAO sur le personnel pour juger la conformité de leurs offres sur ce point ; que pour mémoire, le dossier a exigé un échantillon pour chaque type de panneau tout en mettant à la disposition de chaque soumissionnaire ces types de panneaux à consulter ; que ce qui sous-entend qu'il y aura également la production de modèles sous forme de Bon à tirer à la livraison ; que cette double exigence de la CAM rend facile l'acquisition y relative ;

qu'également sur la non-conformité du marché similaire produit, le dossier a exigé que le soumissionnaire fasse la preuve qu'il a déjà exécuté un marché similaire au cours des trois (03) dernières années ; qu'il a fourni un marché respectant cette exigence ; que la présente procédure consiste à fournir des équipements et la référence similaire proposée répond à cette exigence tant en volume financier qu'en complexité ; qu'aussi, le grief relatif au nombre de panneaux est contraire au dossier car nulle part, il n'est exigé que le marché similaire ait autant de panneaux que celui de la présente procédure ; que si le dossier avait fait une telle exigence, ce serait même exigé un marché identique ; que ce qui est contraire à la réglementation ; qu'un marché similaire n'est pas un marché identique ; qu'il sied de conclure que le marché similaire produit est de nature et de complexité similaires avec un volume financier conforme à ce qui est requis ; que la fourniture de panneaux bois de branchement n'est pas un marché couramment lancé par plusieurs autorités contractantes ; qu'il est exclusivement demandé par les structures en charge de l'électricité ; que pour ne pas limiter la concurrence aux soumissionnaires ayant déjà livré de tels panneaux, l'autorité contractante doit avoir un regard sur l'appréciation du volume, de la complexité et de la nature du marché similaire produit ; qu'il y a une volonté de limiter la concurrence par l'exigence de marché identique qui est perceptible ;

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

sur la discussion,

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 la justification de l'existence d'un atelier équipé pour la confection des panneaux bois avec la liste du personnel et leur qualification ;

qu'il a été également fait obligation de faire la preuve d'avoir exécuté au moins un (01) marché similaire au cours des trois (03) dernières années d'un montant supérieur à 67 000 000 F CFA TTC pour le lot 04 ;

considérant que le requérant a affirmé qu'exiger cumulativement un titre foncier, un contrat de bail est excessive ; qu'il a fourni des photos qui prouvent que l'atelier existe ; que c'est la visite de site qui devait confirmer l'existence de celui-ci ; que la preuve de l'existence de l'atelier devaient se faire au choix et non être cumulatif ; que le dossier n'a pas clairement exigé de personnel ; qu'aussi un marché similaire n'est pas un marché identique ; que la présente procédure est spécifique et la CAM devait avoir une appréciation large des marchés similaires ;

considérant que la CAM a noté qu'elle a exigé le titre foncier ou un contrat de bail en plus de la photo de l'atelier pour s'assurer de l'existence de celui-ci mais aussi du lien existant entre le soumissionnaire, l'entreprise ou le bailleur ; que l'exigence du contrat de bail ou du titre foncier n'est pas cumulative mais au choix ; que le dossier a exigé un personnel ; que le requérant n'a pas proposé de personnel ; que le caractère similaire n'a pas été retenu car le montant de celui-ci est insuffisant par rapport au exigence du dossier ;

considérant que le requérant a ajouté que le dossier devait exiger expressément un personnel avec les qualifications précises ; qu'il s'agit d'un marché de fournitures et il n'y a pas besoin de personnel ; que son marché similaire est conforme à l'exigence du dossier ;

considérant que l'attributaire provisoire a rappelé que le montant du marché similaire du requérant est insuffisant ; que cela prouve la capacité limitée de celui-ci à exécuter ce marché ; que le requérant devait proposer ne serait-ce que le personnel employé dans son entreprise pour prouver que l'entreprise existe mais aussi qu'il peut exécuter le marché ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la plainte du requérant est fondée sur la question de la preuve de l'existence de l'atelier et des marchés similaires ; que les contrats de bail et les titres de propriété ne sont pas des critères objectifs pour justifier de l'existence d'une entreprise ; que l'absence du titre foncier ou du contrat de bail n'est pas un motif pertinent de rejet de l'offre dans la mesure où le requérant a produit la photo de son atelier ainsi que l'adresse de l'entreprise ; que les préoccupations soulevées par la CAM quant à l'existence réelle de l'entreprise peuvent être levées à travers la visite de site pour s'en convaincre au besoin ;

que s'agissant des marchés similaires, l'ORD note que la notion de marché de nature et de complexité similaires ne renvoie pas à des marchés identiques ; qu'il s'agit de marchés semblables, proches ou voisins de la procédure en question et non forcément des marchés de même type à tout point de vue ; que le marché produit par le requérant présente l'ensemble des critères de similarité à la présente procédure ; qu'ainsi ce marché doit être pris en compte ;

que par contre sur la question de la liste du personnel et de leur qualification, la plainte du requérant n'est pas fondée car le dossier a expressément exigé une liste de personnel ainsi que leur qualification mais ce dernier n'a pas satisfait à cette exigence ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est partiellement fondée mais l'offre reste non conforme et par conséquent, il sied de confirmer les résultats provisoires ;

par ces motifs,

DECIDE :

- **qu'il est compétent ;**
- **que la plainte du Groupement COGER INTER Sarl/PLANETE TECHNOLOGIES Sarl est recevable ;**
- **que l'appel d'offres sus 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 du Groupement COGER INTER Sarl/PLANETE TECHNOLOGIES Sarl est partiellement fondée ;**
- **de confirmer en définitive les résultats provisoires de l'appel d'offres n°59/2023 pour la fourniture d'accessoires de réseaux de distribution (lot 04) ;**
- **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 23 janvier 2024

Le Président de séance

Siaka COULIBALY