

DECISION N°2018-0090/ARCOP/ORD

sur recours des entreprises SMAF INTERNATIONAL, WILL.COM SARL, Ets KABRE LASSANE et SGE SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°30/2017 pour la fourniture d'équipements informatiques à la Société nationale d'électricité du Burkina (SONABEL).

**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 ;*
- 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 des 15 et 16 février 2018 des entreprises SMAF INTERNATIONAL, WILL.COM SARL, Ets KABRE LASSANE et SGE SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert ci-dessus cité ;*

présidé par Madame Léa ZAGRE/RIMTOUMDA, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Madame Céline KONE/DIALLO, membre de l'ORD
- Monsieur Moussa TRAORE, membre de l'ORD ;
- Messieurs Modeste YAMEOGO et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :
 - Monsieur Mahamadi NIKIEMA, représentant de SGE SARL ;

-Messieurs Karim LENGLENGUE, Ibrahim ZIDWEMBA, représentants de WILL.COM SARL ;
-Monsieur Moussa OUEDRAOGO, représentant de l'entreprise SMAF International ;
-Madame Corinne OUEDRAOGO, Messieurs Saïdou OUEDRAOGO et Amidou CAMARA, représentant EKL ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Dramane KOUGWINDEGA, Seydou BARRA et Brahima TIENDREBEOGO, représentants la SONABEL ;
- au titre des attributaires provisoires :
 - Monsieur Hervé OUEDRAOGO, représentant de l'entreprise PIXELS-BF ;
 - Monsieur Julien T. MALO, représentant de l'entreprise AFRIK LONNYA ;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

rend la présente décision fondée sur la régularité des 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 1^{er} 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 l'appel d'offres n°30/2017 pour la fourniture d'équipements informatiques à la SONABEL ;

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 sus visée « 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 ouvert ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2249 du mercredi 14 février 2018, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 16 février 2018 ; que les entreprises SMAF INTERNATIONAL, WILL.COM SARL, et SGE SARL ont saisi l'ORD par lettres respectivement en dates des 15 et 16 février 2017; 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 1^{er} février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

considérant que l'Ets KABRE LASSANE a saisi l'ORD par lettre en date du 15 février 2017 ; que cependant, il a contesté les lots 1 à 4, alors même qu'il n'a participé qu'au lot 01 ; qu'il convient de déclarer son recours irrecevable aux lots 2 ,03 et 4 pour défaut d'intérêt à agir ; qu'ainsi son recours n'est recevable qu'au lot 01 ;

que, dès lors, il convient de les déclarer recevables au lot 01 et de déclarer irrecevable le recours de EKL aux lots 02,03 et 04 ;

AU FOND :

sur les faits,

la Société nationale d'électricité du Burkina a lancé l'appel d'offres n°30/2017 pour la fourniture d'équipements informatiques à son profit ;

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

-l'offre de l'entreprise SMAF INTERNATIONAL non conforme au dossier d'appel d'offres (DAO) au motif qu'elle a fourni une autorisation délivrée par l'entreprise Action pour le Développement du Numérique installé en France, cependant elle n'apporte pas la preuve que cette dernière est agréée par HP comme demandé dans le DAO ;

-l'offre de WILL.COM SARL non conforme au motif qu'il a fourni une autorisation du distributeur « S-CUBE S3 », mais n'apporte pas la preuve que S-CUBE S3 est agréée par HP comme demandé dans le DAO ;

-l'offre de l'Ets KABRE LASSANE conforme, mais ne lui a pas attribué le marché ;

-l'offre de SGE SARL non conforme au motif qu'il a fourni l'autorisation du distributeur « DEVEA » mais n'apporte pas la preuve que DEVEA France SAS est agréée par HP comme demandé dans le DAO ;

Les requérants contestent cette décision de la CAM :

-l'entreprise SMAF INTERNATIONAL argue qu'elle a joint l'agrément HP délivré par le fournisseur dans son offre ; qu'une copie du document est restée dans son offre gardé pour archive ;

-WILL.COM SARL conteste le motif retenu contre son offre ; il affirme que le distributeur S-CUBE S3 est incontestablement agréée par HP ; que cela est vérifiable auprès de HP ou S-CUBE S3 par le biais des données fournies par le certificat d'origine et l'autorisation du fabricant qui ont été joint dans son offre ;

-l'Ets KABRE LASSANE conteste la conformité des autres soumissionnaires au motif qu'ils n'ont pas fourni l'agrément technique conformément à l'article 13 de l'arrêté conjoint n°2016-040/MDENP/MINEFID du 10/11/2016 et de l'article 37 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01/02/17 portant capacités techniques requises, la conformité des documents d'appel à concurrence à la réglementation et les règles relatives à la participation ; que ces textes étaient bien en vigueur à la date d'émission du DAO et de dépôt des offres ; que si le DAO ne l'exige pas il y'a entorse à la saine concurrence et au traitement égalitaire des soumissionnaires ; que ceci constitue donc une violation des principes de la commande publique ; que l'ordonnance n°032 du 14 novembre 2017, dans une procédure similaire, le juge administratif a suspendu la décision n°2017-0615/ARCOP/ORD du 21 aout 2017 pour excès de pouvoir car elle soutenait la non exigibilité dudit l'agrément ; que par ailleurs, cette ordonnance a été transmis le 24 novembre 2017 à la SONABEL qui n'en a pas tenu compte dans l'examen de la conformité des offres ;

-SGE SARL conteste cette décision de la CAM et argue qu'il a joint à son offre une autorisation de distributeur agréée fournie par la société DEVEA France SAS ; il note qu'il est mentionné clairement sur l'autorisation représentant réputé et grossiste partenaire agréé de Hewlett Packard (HP) et bien d'autres marques représentées sous forme de LOGO en bas de page de cette autorisation de distributeur ;

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 l'entreprise SMAF INTERNATIONAL,

considérant que le point A-31 des données particulières requiert des soumissionnaires une autorisation du fabricant/constructeur du moteur ;

considérant que la CAM soutient qu'il a fourni une autorisation du fabricant de Action pour le développement numérique France ; que cependant, l'agrément HP jointe dans l'offre a été donnée par Action pour le développement numérique du Sénégal ; que c'est cette contradiction dans les documents qui a conduit à sa non-conformité ; qu'une correspondance a été adressée à Action pour le développement numérique France pour confirmation mais aucune suite n'a été donnée ;

considérant que le requérant soutient qu'il a fourni une autorisation de fabricant de son fournisseur Action pour le développement numérique France ; que ce dernier lui a donné l'autorisation HP de son représentant basé au Sénégal étant donné que celui-ci est en Afrique de l'Ouest ; que ce document lui a permis d'avoir des marchés qui ont été parfaitement exécutés ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé qu'il est constant qu'il existe des incohérences dans les autorisations du fabricant fourni par le requérant ; qu'étant donné que HP a donné son autorisation à l'entreprise Action pour le développement numérique du Sénégal, il revenait à cette dernière de donner son autorisation de concessionnaire agréée à SMAF International ; que l'entreprise Action pour le développement numérique France qui donne l'autorisation du fabricant au requérant ne fait pas la preuve qu'elle est agréée par HP ; que c'est donc à bon droit que la CAM n'a pas retenu son offre ;

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 ainsi les résultats provisoires à son égard ;

sur le recours de WILL.COM SARL,

considérant que le point A-31 des données particulières requiert des soumissionnaires une autorisation du fabricant/constructeur du moteur ; que le point A-12 requiert un certificat d'origine ;

considérant que la CAM soutient que certes le requérant a fourni dans son dossier une autorisation de fabricant HP ; que cependant, la qualité du document suscite un doute au regard de son entête ; que mieux, le requérant a fourni un document intitulé certificat d'origine, mais le contenu de celui-ci s'apparente à une autorisation de fabricant ; que ce document lui a été délivré par S-CUBE S3, mais le lien entre celui-ci et HP n'a pas été fait ; que des tentatives de vérifications ont été faites auprès desdites structures mais sans gain de cause ;

considérant que le requérant affirme qu'il dispose d'une autorisation de fabricant qui lui a été délivrée par HP ; que le certificat d'origine joint dans l'offre s'explique par le fait que pour les petites quantités, le fabricant HP le réfère à son partenaire S-CUBE S3 et aussi par le fait que le dossier a exigé un certificat d'origine ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé d'une part, que le certificat d'origine n'est exigible qu'au moment de la livraison ; que l'autorité contractante a reconnu ce fait et note qu'elle n'en a pas fait une exigence dans l'évaluation des offres ; que d'autre part, il est aussi constant que le requérant dispose d'une autorisation du fabricant HP ; que c'est donc à tort que la CAM n'a pas retenu son offre ;

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

sur le recours de EKL (lots 01),

considérant qu'aux termes de l'article 37 du décret 2017-0049 ci-dessus visé un agrément doit être requis s'il en existe dans le domaine concerné et s'il n'est pas contraire à l'accord de financement ;

considérant que l'article 13 de l'arrêté conjoint 2016-040/MDENP/MINEFID du 10 novembre 2016 portant fixation des conditions d'octroi, de renouvellement et de retrait de l'agrément technique en matière informatique dispose que tous dossiers d'appels d'offres, de passation de marché de gré à gré ou de consultation restreinte en matière informatique doit inclure comme pièce administrative obligatoire l'agrément technique en copie légalisée ;

considérant que le requérant réaffirme ses moyens de défense ci-dessus évoqués ; qu'il relève qu'il est constant que l'autorisation du concessionnaire agréé doit être obligatoirement accompagnée de l'autorisation du fabricant pour établir le lien entre le concessionnaire et le fabricant ;

considérant que l'autorité contractante dit ne pas avoir de déclarations particulières à faire sur cette question ;

considérant que l'ORD, note que l'autorité contractante n'a pas fait une bonne application de la réglementation en vigueur sur la question de l'exigence de l'agrément technique dans le domaine informatique en ne l'exigeant pas dans son dossier d'appel d'offres ; qu'au regard de la réglementation, il convient de dire que l'agrément est réputé être exigé dans la présente procédure ; qu'il est aussi constant que tous les autres concurrents ont reconnu qu'ils ne disposaient pas dudit agrément au jour du dépouillement ; que c'est donc à tort que la CAM a retenu la conformité de leurs offres sur ce point ;

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

sur le recours de SGE SARL,

considérant que le point A-31 des données particulières requiert des soumissionnaires une autorisation du fabricant/constructeur du moteur ;

considérant que la CAM soutient qu'il a fourni une autorisation du distributeur de la société DEVEA France SAS ; qu'il n'y a aucune preuve que cette dernière est autorisé à commercialiser les produits HP ;

considérant que le requérant soutient qu'il a fourni l'autorisation du distributeur agréée DEVEA France SAS ; que nulle part dans le dossier il n'est demandé de faire la preuve du lien entre le fabricant et le concessionnaire agréé ;

considérant que l'attributaire provisoire estime que son offre est conforme au regard des résultats des travaux de la CAM ; que dans ces conditions, il s'en remet à la décision de l'ORD ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé qu'il est constant que le requérant n'apporte pas la preuve dans son offre que la société DEVEA France SAS est un distributeur agréée de HP ; que cette preuve est obligatoire ; que c'est donc à bon droit que la CAM n'a pas retenu son offre ;

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 ainsi les résultats provisoires à son égard ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours des entreprises SMAF INTERNATIONAL, WILL.COM SARL, Ets KABRE LASSANE et de SGE SARL sont recevables au lot 01 et de déclaré irrecevable le recours de EKL aux lots 02,03 et 04 ;

-que l'appel d'offres ouvert sus visé reste soumis aux dispositions 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 les plaintes des entreprises SMAF INTERNATIONAL, SGE SARL ne sont pas fondées ;

-que la plainte de WILL.COM SARL est fondée mais demeure non-conforme pour absence d'agrément technique ;

-que la plainte de Ets KABRE LASSANE est fondée ;

-qu'il sied d'infirmier les résultats provisoires du lot 01 et de confirmer ceux des lots 02, 03 et 04 de l'appel d'offres ouvert n°30/2017 pour la fourniture d'équipements informatiques à la SONABEL et d'inviter la CAM à tirer toutes les conséquences de droit ;

-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 20 février 2018

la Présidente de séance

Léa ZAGRE/RIMTOUMDA
Chevalier de l'Ordre National