

DECISION N°2018-0204/ARCOP/ORD

sur recours de la SCPA LEGALIS, agissant au nom et pour le compte de l'Etablissement TENKO et FRERES, aux fins d'exécution de la décision n°2017-0643/ARCOP/ORD du 12 octobre 2017 rendue par l'ORD dans le cadre de l'appel d'offres n°41/2016 pour la fourniture de tenues de travail et de chaussures de sécurité pour les agents de la 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 lettre en date du 09 avril 2018 de la SCPA LEGALIS, agissant au nom et pour le compte de l'Etablissement TENKO et FRERES contre les résultats provisoires de l'appel d'offres 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 ;
- Madame BAYANE/ZONGO Irène Messieurs Moïse BAKORBA, A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Monsieur Rachide SINARE, représentant de l'Etablissement TENKO et FRERES;

- au titre de l'autorité contractante, Madame Abzeta SANFO et Monsieur Adama SORE, Agents de la SONABEL;

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/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 aux fins d'exécution de la décision n°2017-0643/ARCOP/ORD du 12 octobre 2017 rendue par l'ORD dans le cadre de l'appel d'offres n°41/2016 pour la fourniture de tenues de travail et de chaussures et sécurités pour les agents de 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 ;
(...) » ;

qu'il ressort du dossier qu'en date du 12 octobre 2017, l'ORD a rendu une décision infirmant les résultats provisoires du lot 03 suite à la contestation des résultats provisoires dans le quotidien des marchés en date du 08 octobre 2017 ; qu'à la date de ce jour, la publication rectificative suite à la décision sus visée devrait être déjà effectuée au regard des délais règlementaires dont dispose la CAM ; que l'on peut en déduire une faute de l'administration pour défaut de publication des résultats provisoires rectificatifs ; qu'il s'en suit, que le requérant est fondé dans la forme à contester l'inaction de l'autorité contractante ;

que la saisine de l'ORD exercé par l'ETABLISSEMENT TENKO ET FRERES en date du 09 avril 2018 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 Société nationale d'électricité du Burkina a lancé l'appel d'offres n°41/2016 pour la fourniture de tenues de travail et de chaussures et sécurités pour ses agents ;

à la suite de la publication des résultats provisoires en date du 06 octobre 2017, la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de l'Etablissement TENKO et FRERES non conforme au dossier d'appel d'offres (DAO) ; ce dernier ayant exercé un recours, l'ORD l'a déclaré fondé au lot 3 par décision d'infirmerie n°2017-0826/ARCOP/ORD du 12 octobre 2017 ;

l'Etablissement TENKO et FRERES relève qu'à ce jour, la publication rectificative des résultats provisoires censée mettre en œuvre la décision ORD sus visée n'a pas encore été publiée malgré ses multiples relances ; pourtant la décision est exécutoire et le lot 03 du marché doit en principe lui être attribué ; ce refus de republier les résultats rectificatifs lui cause de grave préjudice qui s'évalue comme suit :

- un gain manqué de 11 392 000 Francs CFA, représentant la marge bénéficiaire de 30% escompté ;
- une perte éprouvée provisoirement évaluée à la somme de 327 120 Francs CFA, représentant les dépenses directes liées au marché ;

-un préjudice commercial et moral estimé à 60 000 000 Francs CFA ;

il sollicite donc de l'ORD la mise en œuvre de la décision n°2017-0826/ARCOP/ORD afin de le rétablir dans ses droits ;

sur la discussion,

considérant qu'il s'agit en l'espèce de vérifier la mise en œuvre de la décision n°2017-0826/ARCOP/ORD du 12 octobre 2017 ; qu'à ladite séance, l'ORD avait déclaré la plainte de l'Etablissement TENKO ET FRERES fondée et infirmer les résultats provisoires du lot 3 ;

considérant que la CAM fait observer que le rectificatif des résultats a été transmis à la DGCMEF pour publication et cela conformément à la décision rendue en date du 12 octobre 2017 ;

considérant que le requérant relève que c'est suite à ses multiples relances restées sans suites qu'il a décidé de saisir l'ORD ; qu'il sollicite un délai afin de se rassurer que le rectificatif des résultats provisoires sera effectivement publié ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties constate que six mois après la décision n°2017-0826/ARCOP/ORD du 12 octobre 2017, sa mise en œuvre n'est pas encore effective ; qu'il rappelle que conformément à l'article 39 du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017, les décisions de l'Organe de règlement des différends sont exécutoires dès leur prononcé sauf en cas de retrait ; qu'il prend acte que la CAM a entrepris les diligences nécessaires pour permettre la publication rectificative des résultats provisoires ; qu'il lui enjoint à transmettre sous huitaine les preuves que la publication rectificative censée mettre en œuvre la décision n°2017-0826/ARCOP/ORD du 12 octobre 2017 est en cours de publication ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant est fondée et qu'il y a lieu d'enjoindre la CAM à publier les résultats rectificatifs des résultats provisoires conformément à la décision n°2017-0826/ARCOP/ORD du 12 octobre 2017 et faire le point complet à l'ARCOP sous huitaine de la mise en œuvre de la décision sus visée ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de l'Etablissement TENKO et FRERES est recevable ;

-que l'appel d'offres 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 la plainte de l'Etablissement TENKO et FRERES est fondée ;

-d'enjoindre à la CAM de la SONABEL à publier les résultats rectificatifs conformément à la décision n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1er février 2017 ;

-faire le point complet de la mise en œuvre de la décision sous huitaine à l'ARCOP ;

-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 13 avril 2018

la Présidente de séance

Léa ZAGRE/RIMTOUMDA
Chevalier de l'Ordre National