



**Avis de la Commission nationale de la commande publique n° 13/2021 du 19 février 2021 relatif à la réclamation de la société ..... au sujet de l'appel d'offres n°13/2019**

**La Commission nationale de la commande publique,**

Vu la lettre de la société ..... du 17/2/2020 et les pièces y annexées ;

Vu la lettre de la CNCP n° 59-20 du 06/03/2020, adressée à l'..... ;

Vu la lettre de réponse de l'ONYHM n° 49/2020 du 17/03/2020, appuyée de la note de présentation n°48/2020 et les pièces y annexées ;

Après examen du rapport préliminaire soumis à l'Organe délibératif de la Commission nationale de la commande publique ;

Vu la lettre de la société ..... du 20/07/2020 portant complément d'information ;

Vu la lettre de la CNCP n° 313-20 du 13/08/2020, adressée à l'..... portant audition du maître d'ouvrage ;

Vu l'audition des représentants de l'..... le 18/08/2020 au sujet de la réclamation de la société ..... relative à l'appel d'offres n° 13/2019 ;

Vu la lettre de l'..... n° 102/2020 du 23/08/2020 portant complément d'informations suite à l'audition des représentants de l'Office ;

Vu la lettre de la société ..... du 13/10/2020 relative à la demande d'audience formulée à la CNCP par la société ;

Vu la réunion tenue par la société ..... avec le Président de la CNCP le 10/12/2020 suite à l'accord donné au Président par l'Organe délibératif ;

Vu la lettre de la société ..... du 14/12/2020 suite à la réunion tenue avec le Président de la CNCP et les pièces y annexées ;

Vu le décret n° 2-14-867 du 7 hja 1436 (21 septembre 2015) relatif à la Commission nationale de la commande publique, tel qu'il a été modifié et complété ;

Vu le règlement des marchés de l'..... ;

Après examen, par le Comité de réclamation, dans ses réunions du 21/12/2020, 23/12/2020, 01/02/2021 et 17/02/2021 ;

Vu le rapport final soumis par le Rapporteur général à l'Organe délibératif de la Commission nationale de la commande publique ;

Après délibération de l'Organe délibératif de la Commission nationale de la commande publique réuni, à huis clos, les 21 et 29/05/2020, le 28/07/2020, le 29/09/2020 et le 19/02/2021.

## *I - Exposé des faits :*

Par lettre du 17/02/2020, adressée à la commission nationale de la commande publique, la société ..... conteste les résultats des appels d'offres n<sup>os</sup> 13/2019, 18/2019 et 46/2019 lancés par l'.....

Pour plus de commodité, le présent avis sera consacré à l'appel d'offres n<sup>o</sup> 13/2019, un deuxième avis portant sur les appels d'offres n<sup>o</sup> 18/2019 et 46/2019 sera établi séparément.

Ainsi, la société ..... estime, dans sa réclamation, que le lot n<sup>o</sup> 3 de l'appel d'offres n<sup>o</sup> 13/2019 auquel elle n'a pas soumissionné est orienté vers la société ..... qui est la seule à avoir déposé une offre pour ce lot du fait que l'article 8 du règlement de consultation exige que tous les concurrents doivent présenter une attestation de conformité des pièces à livrer, signée et cachetée par la société ....., ce qui élimine d'office les autres concurrents sachant que les pièces demandées ne sont pas de fabrication propre à .....

La société ..... considère que l'exigence prévue dans le règlement de consultation de produire une attestation de conformité délivrée par la société ..... est une clause discriminatoire qui vise à orienter le marché vers la société ..... qui n'est autre que le représentant exclusif de la société .....

En compléments d'information, la société ..... précise, dans sa lettre du 20 juillet 2020 adressée à la CNCP, qu'il est connu dans la profession et chez tous les fabricants des machines industrielles, notamment les forages miniers, qu'aucun fabricant ne fabrique une machine qui porte sa marque en totalité. Les composants de la machine et les pièces de rechange correspondantes sont fabriqués par les équipementiers qui sont les fabricants d'origine, le constructeur ne possède qu'un faible pourcentage qui lui est propre et fait l'assemblage suivant la conception, la fonction et la particularité qu'il veut donner à sa machine.

Les pièces de rechange demandées sont destinées à une machine de forage minier de marque AtlasCopco Rock ..... AB, type CHRISTENSEN C14 n<sup>o</sup> de série TMG16SED0322, étant précisé que cette machine est équipée par des composants qui peuvent être installés sur d'autres machines de marques différentes ou appartenant à d'autres constructeurs. Il existe des machines similaires propriétés d'autres constructeurs sur le marché avec les mêmes marques de composants qui font le même travail et la même fonction. Ainsi, une société peut avoir l'exclusivité de représentation et de distribution d'une marque donnée sur le marché marocain mais il n'y a pas, dans ce cas, une exclusivité de fabrication.

Dans sa la lettre de réponse à la CNCP n<sup>o</sup> 59-20 du 6/03/2020, l'..... précise ce qui suit :

- le lot n<sup>o</sup> 3 de l'appel d'offres a été déclaré infructueux, seule la société ..... avait soumissionné, son offre s'avérant excessive de 22%, un marché négocié n<sup>o</sup> 55/2019 a été conclu avec cette société qui est le distributeur exclusif de la société ..... , fournisseur des deux sondeuses CT14 de l'Office ;

- l'attestation exigée par le règlement de consultation permet à l'..... de s'assurer que les pièces de rechange en question sont conformes aux spécifications et aux exigences du constructeur de la machine ..... et éviter ainsi de recourir à des pièces de contrefaçon compromettant la sûreté des machines et l'intégrité physique des opérateurs ;
- après un premier lancement de l'appel d'offres déclaré infructueux et après échanges avec le constructeur, il s'avère que la société ....., pour le support technique de ses machines, ne passe pas par des revendeurs (ou distributeurs agréés) mais passe exclusivement par ses filiales ;
- les décisions prises par la commission d'ouverture des plis sont pertinentes et bien fondées dans la mesure où elles ne sont pas entachées de vice de procédures ;
- l'..... a pris le soin de répondre aux doléances de la société ....., par écrit et par entrevues à plusieurs reprises.

En vue de recueillir plus d'information sur cet appel d'offres, la CNCP a convoqué, par lettre n° 313/20 du 13 août 2020, les représentants de l'..... à une séance d'audition tenue le 18 août 2020. Ces représentants ont réitéré les remarques de l'Office précitées, en transmettant à la Commission nationale une note portant complément d'informations dont les principaux points sont donnés ci-après :

- la société ..... a soumissionné pour les lots n° 1 et 2 et non pour le lot n° 3, objet de sa réclamation, et n'a pas recouru aux demandes d'éclaircissement dans les délais impartis et n'a pas émis des réserves lors de la séance plénière d'ouverture des plis ;
- la société ..... se concentre sur le développement et la fabrication des composants clés, soit environ 25% du coût de fabrication d'une sondeuse ainsi que sur l'assemblage de la sondeuse et externalise le reste des composants auprès de ses partenaires qu'ils soient systémiers ou équipementiers homologués et certifiés par cette société ;
- sur la base de contrats de fournitures conclus avec ....., ses partenaires fabriquent et/ou développent des systèmes ou composants et pièces de rechange conformément aux spécifications et normes de fabrication fournies par le constructeur ;
- les systémiers ou/et équipementiers externalisent, à leur tour, en partie la fabrication des pièces élémentaires auprès de sous-traitants sur la base des normes et spécifications fournies par le constructeur ;
- ..... réalise, à l'échelle mondiale, 85% de vente directe à travers ses filiales et 15% à travers des distributeurs agréés multi-cartes de vente de matériel et SAV ;
- les spécifications et normes de fabrication fournies, par le constructeur, relèvent de la propriété intellectuelle du constructeur et que les systémiers, équipementiers ou fabricants de pièces élémentaires peuvent fournir, s'ils ne sont pas liés par des clauses d'exclusivité avec le constructeur, l'attestation exigée par le règlement de consultation ;

- le constructeur suédois, étant dans l'espace de l'union européenne, la réglementation en vigueur, dans cet espace économique, empêche l'abus de position dominante ;
- le CPS concerne l'achat de 121 éléments répartis entre des pièces élémentaires de 5% et des composants (sous-systèmes) de 95% en terme de valeur sachant que la sondeuse possède des milliers de pièces/référence identifiées à partir du catalogue des pièces de rechange fourni par le constructeur lors de l'acquisition ;
- l'Office ne dispose pas de spécifications et normes pour chaque élément pour pouvoir réaliser des essais et contrôle à la réception. Même en ayant ces spécifications, la diversité et la multitude des technologies mobilisées dans la fabrication de chaque composant ou pièce élémentaire rend un tel contrôle très onéreux et impliquera, entre autre, des essais destructifs, d'où l'intérêt de transférer le contrôle de conformité au constructeur, détenteur de ces spécifications et normes.

Lors de la séance tenue avec le gérant de la société ..... le 10/12/2020, celui-ci a fait savoir que les motifs de son écartement avancés par la commission d'ouverture des plis ne sont pas justifiés en transmettant, suite à cette réunion, par lettre du 14/12/2020 un complément de dossier, notamment le catalogue général de son fournisseur pour permettre à la Commission d'apprécier l'importance dudit catalogue.

## II. Déductions

Considérant que l'..... dispose de son propre règlement des achats ;

Considérant que l'article 5 dudit règlement précise que la définition des spécifications techniques ne doit pas avoir pour effet de créer des obstacles au libre jeu de la concurrence ;

Considérant que le règlement de consultation exige des soumissionnaires la production d'une attestation de conformité des pièces de rechange à livrer, cachetée et signée par ..... ;

Considérant que l'entreprise ..... n'est pas le fabricant des pièces de rechange, objet de l'appel d'offres, et qu'elle a conclu des contrats de fournitures avec ses partenaires qui fabriquent et/ou développent des systèmes ou composants et pièces de rechanges conformément aux spécifications et aux normes de fabrication fournies par ..... ;

Considérant qu'en l'absence de toute relation contractuelle entre la société ..... et les soumissionnaires, autres que les partenaires de la société, ces soumissionnaires se trouvent démunis de tout pouvoir à exercer sur ladite société pour obtenir la signature requise sur l'attestation demandée ;

Considérant qu'une telle exigence est de nature à évincer de fait les soumissionnaires autres que les partenaires de la société ....., ce qui a pour effet de créer des obstacles à la libre concurrence et constitue une infraction aux dispositions de l'article 5 du règlement de marchés de l'..... ;

Considérant que les conséquences de tel constat ne peuvent être justifiées par les arguments du maître d'ouvrage, à savoir la garantie de la qualité et de l'originalité des pièces de rechange à livrer ;

Considérant que la vérification de la conformité et de la qualité de la livraison relève de la responsabilité du maître d'ouvrage et ce, en vertu des dispositions de l'article 19 du CPS qui stipulent que le maître d'ouvrage est tenu d'effectuer, au moment de la livraison, un contrôle de conformité des fournitures livrées avec les spécifications techniques des pièces de rechange à livrer, à défaut il est tenu d'en refuser la réception ;

Considérant, en outre, que le maître d'ouvrage ne peut se prévaloir d'un manque de moyens et/ou de compétences pour se soustraire à une obligation qui lui est dévolue par le contrat et par la réglementation en vigueur en terme de contrôle de conformité des fournitures au moment de la livraison ;

Considérant que le constructeur se trouve en position de concurrent via ..... son représentant exclusif, ce qui le met dans une situation de juge et partie,

### ***III. Avis de la commission***

Eu égard à ce qui précède, la commission nationale de la commande publique considère que l'exigence de la production de l'attestation de conformité émanant d'un fabricant unique et déterminé, qui peut ne pas être le seul fabricant des pièces de rechange, objet de l'appel d'offres en question, transgresse le principe du libre jeu de la concurrence