

DECISION N°2020-L0170/ARCOP/ORD

sur recours du Groupement EAI-IEE (lots 01 à 05) et de la société EDFE SARL (lot 10) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°029/2019 pour les travaux d'extension de réseau électrique HTA/BT de la Direction Régionale du Centre-Est de la SONABEL et de fourniture de matériel électrique.

**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 lettres en dates respectivement des 28 et 29 avril 2020 du Groupement EAI-IEE (lots 01 à 05) et de la société EDFE SARL (lot 10) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

présidé par Monsieur Amado OUEDRAOGO, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Aly SANOU, membre de l'ORD ;
- Monsieur Dieudonné SOUDRE, membre de l'ORD ;
- Messieurs B. Adama OUEDRAOGO et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et conformément à la décision n°2020-0056/ARCOP/PCR du 19 mars 2020 portant aménagement du fonctionnement de l'ORD, les parties n'ont pas été représentées ; elles ont cependant été invitées à produire leurs moyens de défense par écrit ;

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 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 l'appel d'offres n°029/2019 pour les travaux d'extension de réseau électrique HTA/BT de la Direction Régionale du Centre-Est de la SONABEL et de fourniture de matériel électrique ;

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°2822 du lundi 27 avril 2020, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mercredi 29 avril 2020 ; que le Groupement EAI-IEE (lots 01 à 05) et la société EDFE SARL (lot 10) ont saisi respectivement l'ORD par lettres en dates des 28 et 29 avril 2020 ; 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 d'Electricité du Burkina (SONABEL) a lancé l'appel d'offres n°029/2019 pour les travaux d'extension de réseau électrique HTA/BT de sa Direction Régionale du Centre-Est et de fourniture de matériel électrique ;

S'agissant du recours du Groupement EAI-IEE (lots 01 à 05), son chef de file a saisi l'ORD, par lettre en date du 28 avril 2020, à l'effet de retirer sa plainte aux lots 01 et 03 pour des raisons liées à la COVID-19 et à l'application de la formule de l'offre anormalement élevée ; ainsi, le recours ne concerne plus que les lots 02, 04 et 05 ;

l'ORD a pris acte dudit retrait de la plainte portant sur les lots 01 et 03 ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré les offres du Groupement EAI-IEE (lots 02, 04 et 05) et de la société EDFE SARL (lot 10) non conformes aux motifs que leurs offres sont anormalement basses ;

les requérants contestent cette décision de la CAM et font valoir que les griefs tels que libellés sont inopérants pour écarter leurs offres de l'attribution du marché ; qu'en effet, aucune information sur le budget prévisionnel ne leur a été communiquée ni à travers l'avis, ni à travers le DAO ou tout autre support ; que si la CAM entendait appliquer la formule M, elle aurait dû fournir l'enveloppe aux candidats ; qu'il ne saurait être reproché à leurs offres financières d'être anormalement basses sans avoir préalablement communiqué le budget qui est une information utile prévue à cet effet ; que cette non communication d'information est assimilable à de la rétention d'information et ne saurait être évoquée contre leurs offres ;

il relève que c'est dans ce sens qu'est intervenue la circulaire n°2019-077/PM/SG/DGEF du 13 novembre 2019 portant précision du montant prévisionnel dans les avis d'appel à concurrence, obligeant ainsi les autorités contractantes à communiquer systématiquement l'enveloppe ; qu'en attestent les décisions n°2020-L0076/ARCOP/ORD du 12 mars 2020, n°2020-L00127/ARCOP/ORD du 15 avril 2020, n°2020-L0142/ARCOP/ORD du 21 avril 2020 et les ordonnances du tribunal administratif n°035-1/19 du 13 août 2019 et n°48-1/2019 du 17 septembre 2019 ;

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

sur la discussion,

considérant que conformément aux dispositions de l'article 108 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 sus visé, une « offre est estimée anormalement basse ou élevée, lorsqu'elle est inférieure ou supérieure de plus de 15% à la moyenne du montant prévisionnel de l'autorité contractante et de la moyenne arithmétique des montants toutes taxes comprises corrigés, des offres techniquement conformes affectés de coefficients de pondération précisés dans les dossiers standard d'acquisition.

Après application de cette formule, l'offre qui paraît anormalement élevée ou basse est rejetée par la commission d'attribution des marchés » ;

considérant que le dossier d'appel d'offres a précisé les éléments d'application de la formule ;

considérant que les requérants estiment que le défaut de communication du « montant prévisionnel » du marché aux soumissionnaires ne permet plus à la CAM de leur appliquer la formule de l'offre anormalement basse ou élevée ;

considérant que l'entreprise ENERGTEC, attributaire provisoire du lot 02, a produit un écrit dans lequel il fustige la position des requérants en relevant que tous les soumissionnaires ont été traité de manière égalitaire quant à la communication du budget prévisionnel ; que, par ailleurs, à partir des montants du chiffre d'affaires et de la caution de soumission, il est possible de retrouver le montant approximatif du budget du marché ; qu'enfin, l'argument tiré de la circulaire n°2019-077/PM/SG/DGEF du 13 novembre 2019 n'est pas pertinent puisque l'obligation de mentionner les budgets dans les avis qui en découle est intervenue après la publication de l'avis d'appel d'offres de la SONABEL ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que les autorités contractantes ont effectivement l'obligation de communiquer les budgets prévisionnels aux soumissionnaires par tout moyen laissant trace écrite ; qu'à défaut de l'avoir fait, les CAM ne peuvent tirer bénéfice de l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée afin d'écarter une offre ; que, par la suite, cette position constante de l'ORD a été confortée par la circulaire sus citée du Premier ministre ;

considérant qu'en l'espèce, il est établi que la SONABEL n'a pas communiqué le budget prévisionnel aux soumissionnaires dont les deux (02) requérants ; que même si l'avis d'appel d'offres a été publié dans le quotidien n°2673 du 1^{er} octobre 2019, lors du récent examen des offres, la CAM n'a pas pu ignorer la jurisprudence et les termes de la circulaire ; qu'il lui revenait donc d'en tenir compte en s'abstenant de sanctionner les offres proposées sur la base de la règle de l'offre anormalement basse ou élevée dont l'une des conditions d'application n'était pas réunie ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de conclure que les plaintes des requérants sont fondées et d'infirmen ainsi les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours du Groupement EAI-IEE (lots 02, 04 et 05) et de la société EDFE SARL (lot 10) sont recevables ;

-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 les plaintes du Groupement EAI-IEE (lots 02, 04 et 05) et de la société EDFE SARL (lot 10) sont fondées ; que les budgets prévisionnels des procédures n'ayant pas été préalablement communiqués aux requérants, la formule de l'offre anormalement basse ne saurait leur être appliquée ;

-d'infirmen les résultats provisoires de l'appel d'offres n°029/2019 pour les travaux d'extension de réseau électrique HTA/BT de la Direction Régionale du Centre-Est de la SONABEL et de fourniture de matériel électrique (lots 02, 04, 05 et 10).

-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 où besoin sera.

Ouagadougou, le 30 avril 2020

Le Président de séance

Amado OUEDRAOGO

*Chevalier de l'ordre du mérite de la santé
et de l'action sociale*