

DECISION N°2020-L0184/ARCOP/ORD

sur demande de retrait de ENERGTec de la décision rendue par l'ORD en sa séance du 30 avril 2020 suite au recours du Groupement EAI-IEE 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 (lots 01 à 05).

**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°2015-1260/PRES-TRANS/PM/MEF 039-2016/AN du 09 novembre 2015 portant code d'éthique et de déontologie de la commande publique ;*
- Vu** *le décret n°2017-0050/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 portant attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;*
- Vu** *le décret n°2017-0049/PRES/PM/MENEFID 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/MENEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Vu** *la circulaire n°2020-0056/ARCOP/PCR du 19 mars 2020 portant aménagement du fonctionnement de l'ORD ;*
- Vu** *les écritures et pièces du dossier ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 05 mai 2020 de ENERGTec contre la décision rendue par l'ORD en sa séance du 30 avril 2020 ;*

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

en présence de :

- Monsieur Salifou OUOBA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Moussa TRAORE, membre de l'ORD ;

- Messieurs Moïse BAKORBA et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et conformément à la circulaire n°2020-0056/ARCOP/PCR du 19 mars 2020 sus visée, les parties n'ont pas été représentées mais ont été invitées à produire leurs moyens de défenses par écrit ;

dans cette logique, seul le mémoire en défense du groupement EAI/IEE a été enregistré par lettre en date du 07 mai 2020 ;

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 susvisé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MENEFID 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/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 ci-dessus visé, l'ORD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ; que, par ailleurs, l'article 39 alinéa 1^{er} du décret n°2017-0050 ci-dessus visé dispose que les décisions de l'ORD, en tant qu'actes administratifs, sont susceptibles de retrait dans un délai de quinze (15) jours ouvrables à compter de leur prononcé ;

considérant que ENERGTEC a saisi l'ORD à l'effet de voir retirer la décision rendue en sa séance du 30 avril 2020 ;

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 39, alinéa 1 du décret n°2017-0050 ci-dessus visé, « Les décisions de l'Organe de règlement des différends sont exécutoires dès leur prononcé sauf en cas de retrait dans les quinze (15) jours ouvrables suivant la date de prononcé de celles-ci » ; considérant que la décision attaquée est intervenue le 30 avril 2020; que le délai pour introduire une demande de retrait auprès de l'ORD courait jusqu'au 26 mai 2020 ; que ENERGTEC a saisi l'ORD par lettre en date du 05 mai 2020, qu'il apparaît que la condition de délai susmentionnée a été respectée par le requérant ;

qu'en conséquence, elle est recevable et mérite d'être appréciée au fond ;

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 avaient contesté cette décision de la CAM et l'ORD avait déclaré leurs plaintes fondées et infirmé ainsi les résultats provisoires ;

le présent requérant conteste cette décision de l'ORD et soutient que la formule de l'offre anormalement basse ou élevée doit être appliquée à cette procédure car elle a été prévue dans les données particulières ; que l'entreprise IEE, membre du groupement EAI-IEA ne possède par l'agrément technique alors que cela a été exigé dans le dossier ;

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

sur la discussion,

considérant qu'il ressort de la décision n°2020-L170/ARCOP/ORD du 30 avril 2020 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'écartier une offre ; que, par la suite, cette position constante de l'ORD a été confortée par la circulaire n°2019-077/PM/SG/DGEF du 13 novembre 2019 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 » ;

considérant que ENERGETEC en réponse à la requête du groupement EAI-IEE avait soulevé la question de l'agrément technique de l'entreprise IEE ; que l'ORD a pris acte de ce mémoire en défense déposé le 29 avril 2020 ;

considérant que le groupement EAI-IEE dans son mémoire en défense soutient que la décision de l'ORD est légale et que les nouveaux griefs soulevés par le requérant ne doivent pas être pris en compte pour cause de forclusion ; que mieux, l'agrément R1 n'est pas applicable à IEE, société de droit français ;

considérant que l'ORD après avoir effectué les vérifications utiles a relevé que la question de l'agrément technique de l'entreprise IEE n'est pas un nouveau grief car elle avait déjà été soulevée dans le mémoire en défense de ENERGETEC en date du 29 avril 2020 ; qu'il y a donc lieu de prendre en compte ce grief ; qu'en réponse à cette réclamation, l'ORD a noté qu'une vérification approfondie doit être faite pour s'assurer de l'existence d'un agrément en matière énergétique de IEE entreprise de droit français ;

que sur la question de l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée, il n'a pas lieu de remettre en cause la décision car aucun élément nouveau n'a été fourni ; qu'il n'y a donc pas lieu de retirer la décision ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que la demande de retrait de ENERGETEC est recevable ;

-que l'appel d'offres susvisé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-qu'il a déjà pris acte du mémoire en défense d'ENERGETEC déposé le 29 avril 2020 au secrétariat de l'ARCOP ;

-que la demande de retrait d'ENERGETEC n'est pas fondée ;

-de confirmer sa décision rendue en sa séance du 30 avril 2020 suite au recours du Groupement EAI-IEE 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 (lots 01 à 05), sous réserve de la vérification approfondie de l'existence d'un agrément en matière énergétique de IEE ;

-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 07 mai 2020

Le Président de séance

Charles SAWADOGO
Chevalier de l'Ordre de Mérite