

DECISION N°2020-L0302/ARCOP/ORD

sur recours du Groupement BBC TRADING/SIBKAT (lot 04) et du groupement AFRIQ ECO/SIFA SARL (lots 03, 08 et 09) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°31/2019 pour la fourniture de matériels de distribution à la SONABEL (levée de la suspension de l'examen et poursuite de la procédure).

**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 des 15 et 16 juin 2020 des Groupements BBC TRADING/SIBKAT (lot 04) et AFRIQ ECO/SIFA SARL (lots 3, 8 et 9) contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Madame Céline KONE/DIALLO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Soter Caius RAYAISSSE, membre de l'ORD ;
- Messieurs B. Adama OUEDRAOGO et Y. Ferdinand KINDA, 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. Cependant, dans le souci du respect du contradictoire, elles ont été invitées à produire leurs moyens de défenses par écrit dans un délai compatible avec les travaux de l'ORD ;

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°31/2019 pour la fourniture de matériels de distribution 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 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°2852 du lundi 08 juin 2020, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mercredi 10 juin 2020 ; que les Groupements BBC TRADING/SIBKAT (lot 04) et AFRIQ ECO/SIFA SARL (lots 3, 8 et 9) ont saisi l'autorité contractante par lettres en date du 10 juin 2020 ; que n'ayant pas obtenu de réponse satisfaisante, le Groupement BBC TRADING/SIBKAT et le groupement AFRIQ ECO/SIFA SARL ont saisi l'ORD par lettres respectives en date du 15 et 16 juin 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 a lancé l'appel d'offres n°31/2019 pour la fourniture de matériels de distribution ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre du Groupement BBC TRADING/SIBKAT (lot 04) non conforme au motif qu'elle est anormalement basse ; que, par ailleurs, l'offre du groupement AFRIQ ECO/SIFA SARL est non conforme au lot 03 au motif que l'échantillon des disjoncteurs n'a pas été fourni au dépôt des offres comme demandé dans le DAO ; que, par conséquent, les essais de fonctionnalité n'ont pas été réalisés par manque d'échantillon ; qu'au lot 8, son offre est conforme mais le marché ne lui a pas été attribué en raison du caractère non moins disant de son offre ; que son offre est cependant techniquement conforme au lot 9 mais écartée car anormalement élevée ;

les requérants contestent cette décision de la CAM ;

le Groupement BBC TRADING/SIBKAT (lot 04) soutient que le grief tel que libellé est inopérant pour écarter son offre de l'attribution du marché ; qu'en effet, le budget ne lui a pas été communiqué et il n'existe aucune preuve du contraire ; que le dossier ne renvoie à aucun document permettant d'accéder à l'enveloppe précise ; que l'autorité contractante s'est rendue coupable d'une rétention d'informations qui ne lui est pas opposable ; que c'est à tort que la CAM a rejeté son offre au motif qu'elle est anormalement basse car la formule M ne trouve pas à s'appliquer en pareille situation ;

pour le groupement AFRIQ ECO/ SIFA SARL, s'agissant de la non production de l'échantillon des disjoncteurs au lot 03, la CAM prétend que la fonctionnalité d'un disjoncteur ne peut être vérifiée à travers un prospectus ; qu'en l'espèce, la CAM en rétorquant que l'unité fonctionnelle est nécessaire pour contrôler la fonctionnalité, occulte qu'elle a imposé une recette usine dont l'objectif est une vérification de conformité et de fonctionnalité ;

qu'en procédant ainsi, l'unité fonctionnelle a été exigée doublement à la soumission et pendant la recette d'usine ; qu'en exigeant une recette usine, l'autorité contractante ignore que celle-ci comprend tous les tests réalisés chez le fournisseur/fabricant avant la livraison ; que la recette usine désigne les tests unitaires, les tests de validation et les tests d'intégration ;

que sur l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée, l'autorité contractante affirme avoir communiqué le budget prévisionnel à tous les candidats le mardi 10 septembre 2019 ; que nulle part dans le DAO, il n'a été imposé ou suggéré une communication par voie électronique ; que d'ailleurs, ledit mail est intervenu après les heures légales de travail ; qu'au contraire, à la page 32 du DAO, c'est une remise main à main qui est imposée ; que les échanges officiels de l'administration doivent pouvoir se justifier par un accusé de réception ou un bordereau de transmission ; que dans le cadre de l'application de la formule, le budget est un élément substantiel du DAO ; que conformément aux IC, tout additif devrait être communiqué par écrit ; que la formule est inapplicable dans la présente procédure car le budget prévisionnel n'a pas été communiqué ; que c'est dans ce sens qu'est intervenue plus tard la circulaire n°2019-077/PM/SG/DGEF du 13 novembre 2019 portant précision du montant prévisionnel dans les avis d'appel à concurrence ; que l'ORD proscrit l'application de la formule M sans la communication du budget ;

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

sur la discussion,

Recours du Groupement BBC TRADING/SIBKAT (lot 04),

considérant qu'aux termes de l'article 33.6 des instructions aux candidats : « 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 qui sont respectivement de 0,6 et de 0,4 ; soit la formule suivante

$M = 0,6E + 0,4P$ où :

M = moyenne pondérée du montant prévisionnel et de la moyenne des offres financières ;

E = montant prévisionnel

P = moyenne des offres financières des soumissionnaires retenus pour l'analyse financière.

Toute offre financière inférieure à 0,85M est déclarée anormalement basse. Toute offre financière supérieure à 1,15M est déclarée anormalement élevée.

Après application de cette formule, l'offre qui paraît anormalement élevée ou basse est rejetée par la commission d'attribution des marchés. » ;
considérant qu'une l'application efficace de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée, nécessite la communication au préalable du montant de l'enveloppe prévisionnelle retenu par l'autorité contractante ; que cette communication est conforme à la circulaire n°2019-077/PM/SG/DGEF du 13 novembre 2019 portant précision du montant prévisionnel dans les avis d'appel à concurrence ;

considérant que l'autorité contractante explique avoir par mail communiqué en date du 10 septembre 2020 à l'ensemble des candidats les montants prévisionnels retenus dans le cadre de cette procédure avant le dépôt des offres ; que s'agissant du requérant, cette communication a été faite à l'adresse bbctrading3@gmail.com ; que cette adresse lui a été communiquée par le requérant à l'achat du dossier, soit le 09 septembre 2019 ;

considérant que l'ORD, après avoir procédé aux vérifications documentaires nécessaires, a relevé que les différentes adresses des candidats/soumissionnaires ont été communiquées à l'autorité contractante pour les besoins d'échanges d'informations concernant l'appel à concurrence ; que les montants prévisionnels ont été régulièrement communiqués aux candidats en date du 10 septembre 2020 ; que le défaut de communication par les moyens traditionnels ne saurait annuler la transmission de l'information par voie électronique ; que c'est donc à bon droit que la formule de l'offre anormalement basse ou élevée a été appliquée dans cette procédure ;

qu'au regard de ce qui précède, il convient de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée et de confirmer ainsi les résultats provisoires ;

Recours du Groupement AFRIQ-ECO SARL /SIFA SARL (lots 03, 08 et 09),

considérant qu'aux termes des données particulières il est requis des candidats de joindre des échantillons de disjoncteurs à la soumission pour les besoins des test de fonctionnalité ;

considérant que l'autorité contractante explique avoir communiqué au soumissionnaires par mail à l'adresse afrigeco@yahoo.fr les montants des budgets prévisionnels en date du 10 septembre 2020 ; que cette adresse lui a été communiquée par le requérant à l'achat du dossier, soit le 30 aout 2019 ;

considérant que le requérant soutient d'une part avoir joint des prospectus conformément à la circulaire n°2017-020/ARCOP/CR du 17 mai 2017, relative à la gestion des échantillon dans le cadre de la commande publique ; que ce texte dispose que les catalogues et les prospectus peuvent remplacer les échantillons s'ils présentent les éléments objectifs permettant d'identifier l'objet ; qu'également le montant prévisionnel n'a pas été communiqué ou ne l'a pas été régulièrement fait ;

considérant que l'ORD, après avoir procédé aux vérifications documentaires nécessaires, a noté que le dossier a requis expressément des candidats des échantillons physiques de disjoncteurs pour un test de fonctionnalité ;

qu'il est constant qu'avec les prospectus du requérant, aucun test de fonctionnalité n'est possible à cette phase d'analyse des offres ; que la recette d'usine dont fait cas le requérant constitue un élément de l'exécution du contrat à venir et non de la passation ; que, par conséquent, cette recette d'usine prévue dans le dossier ne saurait dispenser les soumissionnaires de la fourniture des échantillons demandés pour les besoins de test de fonctionnalité ;

que, par ailleurs, les différentes adresses des candidats/soumissionnaires sont communiquées à l'autorité contractante pour les besoins d'échanges d'informations concernant l'appel à concurrence ; que les montants prévisionnels ont été régulièrement communiqués aux candidats en date du 10 septembre 2020 ; que le défaut de communication par les moyens traditionnels ne saurait annuler la transmission de l'information par voie électronique ; que c'est à bon droit que la formule de l'offre anormalement basse ou élevée a été appliquée dans cette procédure ; que dans l'ensemble les moyens du requérant ne sauraient prospérer ;

qu'au regard de ce qui précède, il convient de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée et de confirmer ainsi les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours du Groupement BBC TRADING/SIBKAT (lot 04) et du groupement AFRIQ ECO/SIFA SARL (lots 3, 8 et 9) 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 la plainte du Groupement BBC TRADING/SIBKAT n'est pas fondée car le budget prévisionnel lui a régulièrement été communiqué (lot 04) ;

-que la plainte de AFRIQ-ECO SARL n'est pas fondée car le budget prévisionnel lui a régulièrement été communiqué ; qu'en plus, les échantillons physiques étaient obligatoires au regard du besoin de test de fonctionnalité mentionné dans le dossier (lots 03, 08 et 09) ;

-de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres n°31/2019 pour la fourniture de matériels de distribution à la SONABEL ;

-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 17 juin 2020

Le Président de séance

Ibrahim SOKOTO