

DECISION N°2020-L0435/ARCOP/ORD

sur recours du Groupement d'entreprises WELAS & SAHELIA SOLAR (lots 07, 11 et 13), du Groupement d'entreprises WELAS/SGE/SAHELIA SOLAR (lot 12) et de AFRIK ENERGIE (lot 12), contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°21/2019 pour l'acquisition de divers équipements à la Direction du transport et des mouvements d'énergie (DTME).

**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 date du 16 juillet 2020 du Groupement d'entreprises WELAS & SAHELIA SOLAR (lots 07, 11 et 13), du Groupement d'entreprises WELAS/SGE/SAHELIA SOLAR (lot 12) et de AFRIK ENERGIE (lot 12) 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 Dieudonné SOUDRE, membre de l'ORD ;
- Monsieur Aly SANOU, membre de l'ORD ;
- Messieurs B. Adama OUEDRAOGO et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants,

- Monsieur Yacouba YAGO, juriste des groupements WELAS/SAHEL SOLAR/SGE et WELAS/SAHEL SOLAR ;
 - Madame W. Corinne OUEDRAOGO, Messieurs Saïdou OUEDRAOGO et Salif OUEDRAOGO, respectivement juriste, conseil et technicien de AFRIK ENERGIE ;
- au titre de l'autorité contractante, Madame Abzeta NADIE, Messieurs S. Fidèle NANA, Hamidou OUEDRAOGO, respectivement juriste et techniciens de la SONABEL ;
- au titre de l'attributaire provisoire :
- Monsieur Saïdou OUEDRAOGO, conseil de AMANDINE SERVICES ;
 - Monsieur Abdoul Karim KOMBELLEMSIGRE, Directeur général de BELKOM INDUSTRIE ;

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°21/2019 pour l'acquisition de divers équipements à la Direction du transport et des mouvements d'énergie (DTME) ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORD est compétent pour en connaitre ;

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°2878 du mardi 14 juillet 2020, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au jeudi 16 juillet ; que le Groupement d'entreprises WELAS & SAHELIA SOLAR (lots 07, 11 et 13), le Groupement d'entreprises WELAS/SGE/SAHELIA SOLAR (lot 12) et AFRIK ENERGIE (lot 12) ont saisi l'ORD par lettres en date du 16 juillet 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 SONABEL a lancé l'appel d'offres n°21/2019 pour l'acquisition de divers équipements à la Direction du transport et des mouvements d'énergie (DTME) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré les offres du Groupement d'entreprises WELAS & SAHELIA SOLAR non conformes aux lots 07, 11 et 13 pour avoir proposé une offre anormalement basse ; quant au Groupement d'entreprises WELAS/SGE/SAHELIA SOLAR, son offre est conforme au lot 12, mais le marché ne lui a pas été attribué en raison de son caractère non moins disant ; que s'agissant de l'offre de AFRIK ENERGIE, elle est non conforme au lot 12 aux motifs que la batterie de soutien est absente sur la carte d'alimentation présentée ; que la carte de puissance présente des afficheurs 7 segments ; que la Carte CPU ne possède pas de processeur, ni de port de communication (Série USB ou Ethernet) ; qu'il n'y a aucune information sur le logiciel de programmation des options GPS, GSM/GPRS et les entrées/sorties logiques ;

les requérants contestent cette décision de la CAM ;

le Groupement d'entreprises WELAS & SAHELIA SOLAR fait valoir que l'observation de la CAM relativement aux lots 07, 11 et 13 est sans objet car elle manque de motivations ; qu'en tout état de cause, son offre est conforme et l'observation de la CAM est de ce fait inopérante ; qu'en effet, la formule de l'offre anormalement basse ou élevée est inapplicable à la présente procédure ;

qu'aux termes de l'article 108 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017, l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée, prend en compte deux éléments-clés, à savoir le budget prévisionnel de l'autorité contractante et les montants toutes taxes comprises des offres techniquement conformes ;

que le budget prévisionnel doit être porté à la connaissance des soumissionnaires afin de leur permettre de préparer sereinement et en toute connaissance de cause leurs offres ; que c'est dans ce but qu'est intervenue la circulaire N°2019-077/PM/SG/DGEF du 13 novembre 2019 qui contraint les autorités contractantes à préciser désormais dans l'avis d'appel à concurrence et la lettre d'invitation à soumissionner, le montant de l'enveloppe prévisionnelle ; qu'en l'espèce, aucune information sur le budget prévisionnel ne lui a été communiquée en dépit de sa demande ;

que ce défaut de communication préalable du budget prévisionnel rend caduque l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée dans la présente procédure ; que, du reste, c'est la position soutenue par l'ORD et le Tribunal Administratif respectivement à travers les décisions N°2020-L0310/ARCOP/ORD du 19 juin 2020, n°2020-L0285/ARCOP/ORD du 05 juin 2020 et n°2020-L0076/ARCOP/ORD du 12 mars 2020 et les ordonnances N°48-1/2019 du 17 septembre 2019 et N°035-1/19 du 13 août 2019 ;

le Groupement d'entreprises WELAS/SGE/SAHELIA SOLAR soutient qu'au lot 12, la publication des résultats ne fait pas ressortir certaines informations essentielles ; qu'en effet, aucune information relative au budget prévisionnel et aux seuils minimum et maximum n'a été donnée alors qu'il s'agit d'éléments essentiels pour déterminer les offres anormalement basses ou élevées ; que manifestement, la formule de l'offre anormalement basse ou élevée n'a pas été appliquée audit lot ; que, cependant, l'écart entre son montant et celui de l'attributaire provisoire est tel que les deux offres ne peuvent se situer dans les limites autorisées ;

pour AFRIK ENERGIE, les griefs qui lui sont reprochés ne sont ni justifiés, ni motivés pour écarter son offre de l'attribution du marché ; qu'attendu que le DAO a exigé des contrôleurs de type CLP7G3, Gallery ou équivalent comprenant une batterie de soutien pour la carte d'alimentation, il a proposé dans son offre technique, des contrôleurs de type NBTSC-200 comprenant une batterie de soutien avec précision dans les spécifications techniques et sur le prospectus où il apparaît clairement que le produit proposé est conforme ;

qu'en se référant au DAO, il n'est fait mention nulle part de la production d'une carte de puissance présentant des afficheurs 7 segments ; que n'ayant donc pas été prévu par le dossier, son offre ne saurait être rejetée sur ce fondement ;

qu'attendu que le DAO a exigé des cartes électroniques dont des cartes CPU, il a satisfait à cette exigence en proposant une carte CPU équipée d'un micro-processeur qui fonctionne avec la carte mère du contrôleur ;

que sur l'absence d'information relative au logiciel de programmation des options GPS, GSM/GPRS et les entrées/sorties logiques, le DAO a exigé au minimum (20) entrées logiques et seize (16) sorties logiques en offre de base qui fonctionnent avec une alimentation électrique continue de 24V incorporée ; que le grief tel que libellé ne dit pas spécifiquement quelle information fait défaut, qu'il a proposé un produit répondant aux caractéristiques exigées par l'autorité contractante ; que contrairement aux allégations de la CAM, il a proposé de façon ferme vingt (20) entrées logiques 24V en offre de base et seize (16) sorties logiques 24V en offre de base ;

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

sur la discussion,

considérant qu'il est de jurisprudence constante que l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée suppose que le budget prévisionnel ait été préalablement communiqué aux soumissionnaires ; qu'à défaut, la formule ne saurait être appliquée en violation des droits des soumissionnaires ; que cette position a été renforcée par la circulaire du Premier ministre du 13 novembre 2019 ;

considérant que la CAM a fait remarquer qu'elle a bien connaissance de la position de l'ORD sur cette question ; que, cependant, l'appel d'offres en question date de 2019, ce qui fait que le budget prévisionnel n'avait pas été communiqué aux candidats et soumissionnaires à l'époque sur l'ensemble de la procédure ;

sur le recours du Groupement d'entreprises WELAS & SAHELIA SOLAR (lots 07, 11 et 13),

considérant que, par lettre en date du 20 juillet 2020, le requérant a désisté de la procédure de litige pour les lots 07 et 11 ; que l'ORD a pris acte du retrait de la plainte du groupement WELAS & SAHELIA SOLAR aux deux (02) lots concernés ; que sa plainte ne concerne plus que les résultats provisoires du lot 13 ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et procédé aux vérifications utiles, a fait application de sa jurisprudence constante en jugeant que la CAM n'a pas bien procédé en retenant le motif de l'offre anormalement élevée contre l'entreprise requérante alors même qu'elle n'a pas communiqué au préalable le budget prévisionnel de la procédure ;

qu'il s'en suit que la plainte du requérant est bien fondée et qu'il convient donc d'infirmes les résultats provisoires du lot 13 ;

sur les recours du Groupement d'entreprises WELAS/SCE/SAHELIA SOLAR et de AFRIK ENERGIE (lot 12),

Groupement d'entreprises WELAS/SGE/SAHELIA SOLAR (lot 12),

considérant qu'en rappel, le Groupement d'entreprises WELAS/SGE/SAHELIA SOLAR estime que la formule de l'offre anormalement basse ou élevée n'a pas été appliquée dans ce lot ; qu'il demande donc que la formule soit appliquée conformément aux textes en vigueur ;

considérant les représentants de la SONABEL ont relevé que le budget prévisionnel initial est de 413.000.000 FCFA TTC ; que, par la suite, ils ont bénéficié d'une rallonge budgétaire de l'enveloppe dans le budget de 2020, ce qui explique l'attribution au-delà à 444 515 912 FCFA TTC ; que contrairement aux allégations du requérant, ils affirment que la formule de l'offre anormalement basse ou élevée (OABE) a été appliquée et qu'ils ont utilisé le budget initial pour le calcul ;

considérant l'attributaire provisoire, BELKOM INDUSTRIE, a fait le procès de la formule de l'OABE qui, selon lui, dénature les acquisitions et remet en cause l'efficacité des procédures ;

considérant qu'en réplique, le requérant a souligné que la rallonge budgétaire n'est pas prouvée et pose problème ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et procédé aux vérifications utiles, a fait application de sa jurisprudence constante ; que le budget prévisionnel n'ayant pas été communiqué aux soumissionnaires, la CAM ne saurait tirer profit de la mise en œuvre de la formule de l'OABE pour écarter des offres ; qu'elle ne doit donc pas considérer les présents résultats en faisant fi de la formule OABE qu'elle a irrégulièrement appliquée ;

qu'en conséquence, la plainte du groupement requérant n'est pas fondée, car la formule de l'OABE ne peut s'appliquer ;

AFRIK ENERGIE (lot 12),

considérant que le requérant a estimé que les motifs techniques de non-conformité de son offre ne sont pas avérés comme ci-dessus expliqué ;

considérant que la SONABEL a noté, sur l'absence de batterie de soutien sur la carte d'alimentation présentée, que l'équipement du requérant renvoie plus à un transformateur ;

que s'agissant de la carte de puissance présentant des afficheurs 7 segments, AFRIK ENERGIE estime qu'il a proposé une nouvelle génération de carte de puissance qui sont différentes des cartes habituelles ;

que sur la carte CPU sans processeur, ni port de communication (Série, USB ou Ethernet), la CAM relève que l'équipement du requérant ne ressemble en rien à une carte CPU, il n'y a pas un composant programmable ; qu'il n'y a que des connecteurs de nappes et non des ports USB et Ethernet ; qu'il s'agit de composants simples ;

qu'en ce qui concerne l'absence d'informations sur le logiciel de programmation des options GPS, la SONABEL dit que le logiciel n'est pas si invisible et qu'il n'y a pas d'interface qui permet de voir la convivialité demandée ;

qu'enfin, sur les options GPS et le modem, il n'y a pas de prospectus qui montrent les entrées et sorties ;

considérant que le requérant a apporté régulièrement la réplique pour dire qu'il a présenté une offre conforme au dossier ; qu'il a également dénoncé l'analyse technique superficielle de la CAM qui semble préférer les modèles d'équipements auxquels elle est habituée ;

que, par ailleurs, le dossier a prévu une recette d'usine et une formation pour le personnel ; qu'il n'y a donc pas d'inquiétudes à se faire sur la qualité du matériel proposé ;

considérant que la SONABEL a affirmé qu'elle n'est pas fermée sur les marques ou fabricants, d'où la mention « ou équivalent », il y a des normes en la matière qui doivent être respectées quelle que soit la marque ;

considérant que l'ORD, après avoir procédé aux vérifications utiles, a jugé que la majorité des équipements du requérant ne présente des éléments techniques et d'identification clairs et précis ; que ce défaut de précision sur les spécifications techniques permettent de justifier le rejet de l'offre du requérant comme étant non conforme ; que sa plainte n'est donc pas fondée ;

qu'au regard de ce qui précède, il convient de dire que les plaintes des requérants (lot 12) ne sont pas fondées et de confirmer ainsi les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours du Groupement d'entreprises WELAS & SAHELIA SOLAR (lots 07, 11 et 13), du Groupement d'entreprises WELAS/SGE/SAHELIA SOLAR (lot 12) et de AFRIK ENERGIE (lot 12) 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 d'entreprises WELAS & SAHELIA SOLAR (lot 13) est fondée, la formule de l'offre anormalement basse ou élevée ne saurait être appliquée car le budget prévisionnel n'a pas été communiqué aux soumissionnaires ;

-que la plainte du Groupement d'entreprises WELAS/SGE/SAHELIA SOLAR (lot 12) n'est pas fondée car la formule de l'offre anormalement basse ou élevée a été appliquée à tort, le budget prévisionnel n'ayant pas été communiqué aux soumissionnaires ;

-que la plainte de AFRIK ENEGIE (lot 12) n'est pas fondée pour défaut de précisions des spécifications techniques proposés suivant le dossier d'appel d'offres ;

-d'infirmen en conséquence les résultats provisoires du lot 13 et de confirmer ceux du lot 12 de l'appel d'offres n°21/2019 pour l'acquisition de divers équipements à la Direction du transport et des mouvements d'énergie (DTME) ;

-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 21 juillet 2020

Le Président de séance

Amado OUEDRAOGO

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