

DECISION N°2020-L0496/ARCOP/ORD

sur recours de ENERGTEC et de SATEL SA 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 (lots 02 et 04).

**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 du 10 et 11 août 2020 respectivement de ENERGTEC et SATEL SA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres-dessus cité (lots 02 et 04) ;*

présidé par Madame Léa ZAGRE/RIMTOUMDA, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Madame Fatoumata TALL, 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 en présence des parties :

- au titre des requérants :
Messieurs Alassane DIAWARA et Ousséni DIAWARA, respectivement gérant et directeur technique de l'entreprise ENERGTEC ;

Mesdames Orokia OUATTARA, Rosine KOUTIEBOU/COMPAORE et Monsieur Ismaila GANSORE, respectivement conseil, chef comptable et directeur technique de SATEL SA ;

- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Salif LAMIZANA, juriste de la SONABEL ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Madame A. Sylviane COMPAORE et Monsieur Saïdou OUEDRAOGO, respectivement agent et conseil du groupement EAI/IEE ;

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 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 (lots 02 et 04).

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°2897 du lundi 10 août 2020 et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mercredi 12 août 2020 ; que ENERGTEC et SATEL SA ont saisi respectivement l'ORD par lettres en dates du 10 et du 11 août 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°029/2019 pour les travaux d'extension de réseau électrique HTA/BT de la Direction Régionale du Centre-Est de la SONABEL (lots 02 et 04) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de l'entreprise ENERGTEC conforme mais ne lui a pas attribué le marché en raison du caractère non moins disant de son offre (lot 02) ;

quant à l'offre de SATEL SA, elle a également été appréciée comme étant conforme, avec une erreur sur le bordereau de fourniture au niveau du poste III.11 qui a entraîné une variation légère à la hausse de son offre financière (lot 04) ;

les requérants contestent ces décisions de la CCAM :

ENERGTEC (lot 02) fait valoir qu'à la publication des résultats provisoires rectificatifs aux pages 14 et 15 du quotidien des marchés publics n°2897 du lundi 10 août 2020 de la DGCMEF, son offre a été injustement déclassée au 2nd rang au détriment du groupement EAI/IEE qui, pourtant, n'est pas techniquement conforme ; qu'en effet, l'entreprise IEE, membre du groupement ne possède aucun agrément technique en matière énergétique alors qu'il est exigé à chacun des membres d'un groupement dans l'IC 11.1(c) du DPAO de l'appel d'offres n°029/2019 SONABEL ;

que, par ailleurs, après son recours sur l'absence d'agrément technique du membre IEE dudit groupement, lors de la première parution des résultats de l'appel d'offres n°029/2019, l'ORD a rendu sa décision n°2020-L0184/ARCOP/ORD du 07 mai 2020 dans laquelle est exigé une vérification approfondie de l'existence de l'agrément en matière énergétique de IEE ;

qu'à la lecture de la décision de l'ORD, en l'absence d'un agrément technique en matière énergétique de IEE, l'attributaire provisoire est déclaré non conforme techniquement ; qu'il devient d'office l'attributaire provisoire ; que IEE n'a jamais pu apporter la preuve de la détention d'un quelconque agrément technique en matière énergétique ; que cela n'est point étonnant puisque sa seule activité est le commerce en gros ; que le chef de file de EAI tente de faire croire qu'un pays organisé comme la France ne disposerait pas d'agrément en matière énergétique pour effectuer des travaux d'électricité ; qu'il joint la liste d'entreprise agréées à la mairie de Paris pour exemple ; que par ailleurs, la France dispose d'un code en matière énergétique, qu'il invite l'ORD à le consulter ; qu'à cette liste, il joint celle des entreprises agréées dans le domaine des travaux réseaux électriques aérien et souterrain ;

le requérant relève qu'à son étonnement, la SONABEL, de façon unilatérale, a attribué injustement le lot 02 de l'AO n°29/2019 au groupement EAI/IEE, sans pour autant que IEE n'ait fait la preuve de la détention d'un quelconque agrément technique en matière énergétique ; que cela s'apparente à une violation de la décision de l'ORD et à un parti pris ; qu'au demeurant, le groupement d'entreprises EAI/IEE a eu la latitude de faire valoir ses arguments auprès de l'ARCOP par son mémoire en date du 07 mai 2020, en réponse au recours introduit par ENERGETEC le 05 mai 2020 sur l'absence de l'agrément technique de IEE pourtant exigé dans le DPAO de l'AO n°029/2019 pour chacun des membres d'un groupement ; que cela a conduit à la décision n°2020-L0184/ARCOP/ORD du 07 mai 2020 ; qu'or, force est de constater qu'à ce jour aucune remise en cause de ladite décision de l'ORD n'a été formulée par le groupement EAI/IEE, qui disposait bien entendu d'un délai bien fixé pour le faire ; que cela n'ayant pas été fait et avec le délai prescrit, aucun argument ne pourrait être recevable ;

qu'il demande à l'ORD de constater que l'entreprise IEE ne possède pas d'agrément technique en matière énergétique et de déclarer que l'offre du groupement EAI/IEE n'est pas conforme ; qu'il demande d'infirmer les résultats provisoires publiés dans le quotidien n°2897 du lundi 10 août 2020 par la DG-CMEF ; que d'instruire la CAM à confirmer l'attribution définitive du marché en le lui attribuant ; que d'instruire la direction de la SONABEL à procéder à la contractualisation ;

SATEL SA (lot 04), quant à lui, argue que le DPAO, en son IC 11.1(c), dit qu'un agrément de catégorie R1 au moins est exigé à chaque entreprise soumissionnaire ou à chaque membre d'un groupement d'entreprises soumissionnaires ; que cette exigence n'a pas été respectée par l'attributaire provisoire ;

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

sur la discussion,

considérant que les présents résultats de la CAM de la SONABEL qui sont doublement contestés, font suite à la mise en œuvre de la décision n°2020-L0184/ARCOP/ORD du 07 mai 2020 ;

que suite à la demande de retrait de l'entreprise ENERGETEC basé essentiellement sur le défaut d'agrément R1 du groupement, l'ORD avait ordonné à la CAM de procéder à des vérifications approfondies sur l'existence de l'agrément en matière énergétique en France afin d'apporter la réponse qui convient en fonction des réponses obtenues ;

considérant que la CAM de la SONABEL a republié les résultats déclarant l'offre du groupement EAI/IEE conforme ; qu'en dépit de la décision de l'ORD, la CAM n'a pas produit d'éléments de vérifications approfondies établissant que l'agrément technique en matière énergétique ou son équivalent n'existe pas en France, le pays dont relève l'entreprise IEE ;

considérant que l'attributaire provisoire a campé sur sa position initiale consistant à dire que l'entreprise IEE, étant de droit français alors qu'il n'y a pas d'agrément dans ce secteur en France, l'obligation de fournir l'agrément ne peut peser sur elle en application du principe de la reconnaissance mutuelle ; que, comme la CAM de la SONABEL, le groupement EAI/IEE en dehors de sa déclaration n'a pas pu établir par tout moyen l'inexistence de l'agrément ou son équivalent en France ;

considérant que les requérants n'ont pas fait d'observations particulières en dehors de ceux-ci-dessus cités ; qu'en sus, ils ont produit plusieurs documents dont notamment le code de l'énergie français tiré de l'Institut français d'information juridique « droit.org » édition du 20 mai 2020 et la liste des entreprises d'électricité agréées de la ville de Paris datant du 06 décembre 2016 ; qu'ils ont estimé que ces documents officiels prouvent que, contrairement, aux allégations du groupement EAI/IEE, les entreprises intervenant en matière d'électricité en France disposent bien d'agrément ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties, apprécié leurs moyens et effectué les vérifications utiles, a relevé que l'attributaire provisoire et la CAM n'ont pas apporté d'éléments tendant à établir qu'il n'existe pas d'agrément en France pour les entreprises intervenant dans le secteur de l'énergie ; que la CAM, particulièrement, n'a pas mis en œuvre la précédente décision de l'ORD en confirmant la conformité de l'offre du groupement sans avoir établi l'inexistence de l'agrément en France ; que c'est seulement à cette condition que les dispositions de la réglementation relative à la reconnaissance mutuelle auraient pu être utilement invoquées par le groupement attributaire provisoire pour défendre sa cause ;

que, dans l'autre sens, les requérants ont apporté des éléments probants attestant de l'existence d'agrément dans le domaine concerné en France ; qu'en conséquence, tous les membres du groupement avaient l'obligation de produire leurs agréments respectifs ;

que le membre IEE ne l'ayant pas produit alors qu'il existe dans son pays d'établissement et de base fixe, la CAM de la SONABEL se devait d'en tirer les conséquences de droit en rejetant l'offre du groupement comme étant non conforme pour défaut d'agrément technique R1 ou son équivalent ;

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

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours 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 de ENERGTEC et SATEL SA sont fondées ; que la preuve de l'inexistence de l'agrément R1 ou son équivalent en France n'a pas été établie ;

-d'infirmes 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 (lots 02 et 04) ;

-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 12 août 2020

La Présidente de séance

Léa ZAGRE/RIMTOUMDA
Chevalier de l'Ordre national