

DECISION N°2020-L0569/ARCOP/ORD

sur recours de INFOVISTA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2020-007/DAO/ARCEP/SG/PRM pour l'acquisition d'une solution pour la mesure des indicateurs et leur post-traitement pour l'évaluation de la qualité de service des réseaux de téléphonie mobile 2G, 3G et 4G au profit de l'ARCEP.

**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 lettre en date du 02 Septembre 2020 de INFOVISTA 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
- Monsieur Sibila François YAMEOGO 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 du requérant, Messieurs A. Karim. OUEDRAOGO et Saidou OUEDRAOGO, conseils de INFOVISTA ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Barnabé ILBOUDO et Abdoulaye MAMBONE, PRM et DAJ de l'ARCEP ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Antoine ILBOUDO, représentant de LILLYBELLE ;

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 le recours concerne la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres n°2020-007/DAO/ARCEP/SG/PRM pour l'acquisition d'une solution pour la mesure des indicateurs et leur post-traitement pour l'évaluation de la qualité de service des réseaux de téléphonie mobile 2G, 3G et 4G au profit de l'ARCEP ;

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°2912 du lundi 31 août 2020, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au jeudi 02 septembre 2020 ; que INFOVISTA a saisi l'ORD par lettre en date du 02 septembre 2020 ; que, par ailleurs, le recours est conforme 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 le déclarer recevable ;

AU FOND :

sur les faits,

l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes a lancé l'appel d'offres n°2020-007/DAO/ARCEP/SG/PRM pour l'acquisition d'une solution pour la mesure des indicateurs et leur post-traitement pour l'évaluation de la qualité de service des réseaux de téléphonie mobile 2G, 3G et 4G à son profit ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de INFOVISTA non conforme au motif qu'elle est anormalement basse ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que ce grief n'est pas fondé ; qu'il pose la problématique de l'application de la formule $M=0,6E+0,4P$; qu'en effet, une des conditions de l'application de la formule M est la communication des propositions financières de ses concurrents ; que si elle était possible les concurrents seraient en situation d'entente et limiteraient leur concurrence ; que comment une offre ferme, non équivoque et sérieuse dans une compétition pourrait dépendre de celle des concurrents ; que les ordonnances n°035-1/19 du 13 août 2019 et n°48-1/2019 du 17 septembre 2019 du tribunal administratif apporte une réponse à la question ; qu'en tout état de cause, si la CAM entendait appliquer la formule, cette mise en œuvre devrait tenir compte de l'attitude des soumissionnaires ;

que malgré la communication de l'enveloppe prévisionnelle certain de ses concurrents (groupement E SERVICES SA/ROHDE et SCHWARZ et le groupement BTSA/ARCA CHALLENGE, VALUE) ont choisi délibérément de proposer des offres financières hors enveloppe ; que le montant très élevé de leurs propositions financières (389 744 749 FCFA et 583 772 117 FCFA) ne sont pas le produit de variation dû à une éventuelle erreur mais fait à dessein ; que vu le montant alloué, ses concurrents ne sauraient être attributaires et titulaires de ce marché dans la mesure où il est impossible à l'autorité contractante de payer ces sommes ; que leurs offres ne sont ni fermes ni sérieuses et les propositions financières contraire au principe d'économie recherché par la commande publique ; que dans le cadre de l'application de la formule de telles propositions financières créent des préjudices aux autres concurrents en faussant le jeu de la concurrence ;

que ces propositions financières méritent donc d'être écartées ; que cette position est confortée par la position de l'ORD à travers les décisions N°2020-L0328/ARCOP/ORD du 23 juin 2020 dans la cause ayant opposé EKL à l'ONEA et N° 2020-L0507/ARCOP/ORD du 18 août 2020 dans la cause ayant opposé EKL au MTMUSR ; qu'après avoir écarté les offres financières en application de la formule $M=0,6 E + 0,4P$, avec $0,6 E = 180\ 000\ 000$ et $0,4 P = 103\ 774\ 945$, alors $0,85M = 241\ 208\ 711$ FCFA ; qu'au regard de ce qui précède, il estime que son offre n'est pas anormalement basse ;

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

sur la discussion,

considérant que l'article 33. 6 des instructions aux candidats prévoit que : « 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, y compris les offres hors enveloppes ; les offres dont la correction a entraîné une variation de plus de 15% du montant initial ne sont pas pris en compte.

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 parait anormalement élevée ou basse est rejetée par la commission d'attribution des marchés » ;

considérant que l'ORD après avoir effectué les vérifications utiles a noté que la CAM de l'ARCEP a régulièrement appliqué la formule de l'offre anormalement basse ou élevée conformément aux textes en vigueur ; que la décision n°2020-L0328/ARCOP/ORD du 23 juin 2020 dont le requérant se prévaut pour demander que des offres soit écartées de l'application de la formule a été prise dans des conditions différentes du cas présent ; que toutes les offres de la présente procédure doivent être intégrer dans le calcul tel que l'a fait la CAM ;

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 le recours de INFOVISTA est recevable ;

-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 de INFOVISTA n'est pas fondée ; qu'en effet, la CAM de l'ARCEP a régulièrement appliqué la formule de l'offre anormalement basse ou élevée conformément aux textes en vigueur ;

-de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2020-007/DAO/ARCEP/SG/PRM pour l'acquisition d'une solution pour la mesure des indicateurs et leur post-traitement pour l'évaluation de la qualité de service des réseaux de téléphonie mobile 2G, 3G et 4G au profit de l'ARCEP ;

-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 07 septembre 2020

Le Président de séance

Amado OUEDRAOGO

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