

DECISION N°2020-L0579/ARCOP/ORD

sur recours de TIERI BURKINA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°40/2019 pour la fourniture de divers équipements dans les centrales électriques de la SONABEL (lot 11).

**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 ;*
- 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 07 septembre 2020 de l'entreprise de TIERI BURKINA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité (lot 11) ;*

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

en présence de :

- Monsieur Adama NABALOUM, membre de l'ORD
- Monsieur Moussa TRAORE, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Saïdou OUEDRAOGO et A. Sidikou IDRISOU, respectivement conseil et technicien de TIERI BURKINA ;
- au titre de l'autorité contractante, Mesdames Raïssa SAWADOGO, Léa LOMPO et Monsieur Idrissa ZONGO, respectivement économiste, juriste et chargé des marchés de la SONABEL ;

- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Wilfried KONKOBO, informaticien, représentant PPI SA ;

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 susvisé 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°40/2019 pour la fourniture de divers équipements dans les centrales électriques de la SONABEL (lot 11) ;

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 citée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2915 du jeudi 03 septembre 2020, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 07 septembre 2020 ; que l'entreprise de TIERI BURKINA a saisi l'ORD par lettre en date du 07 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,

la Société Nationale d'Electricité du Burkina a lancé l'appel d'offres n°40/2019 pour la fourniture de divers équipements dans les centrales électriques à son profit (lot 11) ;

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

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir qu'il y a deux (02) conditions cumulatives obligatoires à remplir par l'autorité contractante pour appliquer la formule de l'offre anormalement basse ou élevée ; que, il s'agit d'abord de la communication du budget prévisionnel de la procédure aux soumissionnaires ; que cette condition a, du reste, été confirmée par la circulaire n°2019-077/PM/SG/DGEF du 13/11/2019 portant précision du montant prévisionnel dans les avis d'appel à concurrence et plusieurs décisions rendues notamment de l'ORD ; qu'ensuite, la 2^{ème} condition concerne l'obligation de fournir les propositions financières des soumissionnaires qui sont également utilisées dans le calcul de la formule ;

TIERI BURKINA relève que l'autorité contractante n'a pas respecté ces deux (02) conditions de l'application de la formule ;

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

sur la discussion,

considérant que les textes en vigueur dont notamment l'article 108 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01/02/2017 prévoient l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée suivant une règle de calcul bien définie ;

considérant qu'il est constamment établi que le budget prévisionnel, en tant qu'élément important de la formule, doit être régulièrement communiqué aux candidats et soumissionnaires avant l'ouverture des plis ; que le défaut de notification régulière de l'enveloppe financière prive l'autorité contractante de la possibilité d'appliquer la formule aux soumissionnaires concernés ;

considérant qu'en l'espèce, le requérant a affirmé ne pas avoir reçu notification du budget prévisionnel de la procédure ;

considérant qu'en réplique, la CAM a relevé qu'en son temps, la SONABEL a communiqué le budget prévisionnel à tous les soumissionnaires par un mail groupé dont elle a produit une copie devant l'ORD ;

considérant que l'attributaire provisoire a reconnu avoir ainsi reçu le budget prévisionnel dont il s'est inspiré dans la formulation de son offre financière ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la pièce à conviction produite par la SONABEL (copie de mail groupé de transmission du budget) n'est pas suffisante pour établir que le budget a été communiqué aux soumissionnaires ; qu'elle ne permet pas d'établir sans équivoque l'arrivée du mail à destination notamment avec les aléas liés à ce moyen de communication ; qu'en choisissant d'utiliser ce mode de communication, la SONABEL se devait de s'assurer de la bonne réception des mails par les destinataires ; que ne l'ayant pas fait, elle ne peut se prévaloir de ce mail groupé qui reste insuffisant à lui seul comme preuve de la communication du budget prévisionnel ;

que ce faisant, il y a lieu de considérer que l'autorité contractante n'a pas régulièrement communiqué le budget prévisionnel au requérant ; qu'en conséquence, elle ne peut lui appliquer la formule de l'offre anormalement basse ou élevée et rejeter ainsi son offre ;

qu'au regard de ce qui précède, il convient de conclure que la plainte du requérant est fondée et d'infirmer ainsi les résultats provisoires ;

par ces motifs,

DECIDE:

-qu'il est compétent ;

-que le recours de TIERI BURKINA est recevable ;

-que l'appel d'offres susvisé 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 TIERI BURKINA est fondée ; que la SONABEL n'a pas fait la preuve de la transmission régulière du budget prévisionnel de la procédure au requérant ; que la formule de l'offre anormalement basse ou élevée ne saurait donc lui être appliquée ;

-d'infirmes les résultats provisoires de l'appel d'offres n°40/2019 pour la fourniture de divers équipements dans les centrales électriques de la SONABEL (lot 11) ;

-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 09 septembre 2020

La Présidente de séance

Léa ZAGRE/RIMTOUMDA
Chevalier de l'Ordre national