

**AUTORITE DE REGULATION
DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

BURKINA FASO

**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

UNITE – PROGRES – JUSTICE

DECISION N°2020-L0470/ARCOP/ORD

sur recours de l'entreprise ELEAZAR SERVICE contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2020-007/CARFO/DG/SG/DPMP pour l'acquisition de vivres au profit de la CARFO, pour les déplacés des attaques terroristes et des personnes vulnérables à la situation du COVID 19 (lots 01 et 02).

**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 28 juillet 2020 de l'Entreprise ELEAZAR SERVICE contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;

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

en présence de :

- Monsieur Salifou OUOBA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Idrissa OUATTARA, membre de l'ORD ;
- Messieurs Moïse BAKORBA et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Monsieur Cyrille NEYA, juriste l'Entreprise ELEAZAR SERVICE ;
- au titre de l'autorité contractante, Mesdames Ramatou DABIRE et Sophie COULIBALY, représentants de la CARFO ;
- au titre de l'attributaire provisoire :
 - l'entreprise WELAS (lot01), régulièrement convoquée mais ne s'est pas fait représenter ;

- BECOM SERVICES SARL (lot 02) représentée par son directeur Monsieur Pierre BELEM ;

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 la demande de prix sus visée reste soumise 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 les résultats provisoires de la demande de prix n°2020-007/CARFO/DG/SG/DPMP pour l'acquisition de vivres au profit de la CARFO, pour les déplacés des attaques terroristes et des personnes vulnérables à la situation du COVID 19 (lots 01 et 02) ;

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 la demande de prix ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2886 du vendredi 24 juillet 2020 et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mardi 28 juillet 2020 ; que l'Entreprise ELEAZAR SERVICE a saisi l'ORD par lettre en date du 28 juillet 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 Caisse autonome de retraite des fonctionnaires (CARFO) a lancé la demande de prix n°2020-007/CARFO/DG/SG/DPMP pour l'acquisition de vivres au profit de la CARFO, pour les déplacés des attaques terroristes et des personnes vulnérables à la situation du COVID 19 (lots 01 et 02) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de l'Entreprise ELEAZAR SERVICE (lot 01) non conforme au motif qu'elle est anormalement basse ; qu'en effet, son offre TTC connaît une variation de moins 1,183% et le montant de la TVA est sous-estimé à 2 664 000 FCFA au lieu de 2 952 000 FCFA ; qu'en plus le prix unitaire du sac de riz de 50kg est trop bas soit 4000 (cf. Prix indicatif du riz vendu à la confédération paysanne du Faso) ; que concernant le lot 02, l'offre de l'Entreprise ELEAZAR SERVICE a été jugé conforme mais le marché ne lui a pas été attribué au motif que son offre TTC connaît une variation de moins de 3,80% ; qu'en effet, le montant de la TVA est sous-estimé à 4 064 490 FCFA au lieu de 5 414 490 FCA ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que pour le lot 01, la variation de 1,183% de son offre financière ne saurait entraîner le rejet de son offre car n'excédant pas la limite réglementaire de 15% ; qu'en effet, suivant le point 18 des IC relatif à la non-conformité des erreurs ou omissions si la correction de l'offre entraîne une variation de plus de 15% de l'offre initiale, cette offre sera écartée ; que la variation de son offre n'excède pas ce taux ; que pour le prix de riz jugé bas, la CAM/CARFO a une mauvaise appréciation fondée sur le critère du prix unitaire ; qu'elle aurait dû se fonder plutôt sur le critère de l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée ; que la CAM a qualifié son offre anormalement basse ce qui n'est pas exact ; qu'au regard de ses calculs la borne inférieure est de 17 253 079 FCFA ; que concernant le lot 02, la CAM a fait l'attribution sur les offres TTC des soumissionnaires alors que cette attribution devrait se faire en suivant une appréciation des montants HTVA ; qu'en effet,

conformément à la circulaire N°2015-0693/MEF/SC/DG/DLC du 18 mars 2015 relative à la TVA sur les marchés publics, les offres des soumissionnaires doivent être comparées entre elles sur la base du montant hors TVA ; qu'étant donné que les entreprises ne relèvent pas du même régime fiscal ; qu'on les ramène donc en HTVA pour plus d'égalité et ensuite le marché est attribué au soumissionnaire ayant le montant hors TVA le moins élevé ;

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

sur la discussion,

considérant qu'il est reproché au requérant d'être anormalement bas car le prix de l'item concernant le riz serait irréaliste ;

considérant que toutes les procédures de passation des marchés publics sont soumises aux dispositions de l'article 108 du décret 2017-0049 relatives à la détermination de l'offre anormalement basse ou élevée ;

considérant que l'ORD après avoir entendu les parties et effectué les vérifications nécessaires a noté que le prix d'un seul item ne saurait conduire au rejet d'une offre pour le seul motif qu'il serait irréaliste sauf si après l'application de la formule, l'offre est en deçà du seuil minimum admis ; que par ailleurs, l'évaluation financière des offres a été mal faite, tous les items n'étant pas assujettis à la TVA ; qu'il y a lieu donc de reprendre l'évaluation financière des offres en tenant compte de la question de la TVA et en appliquant la formule de l'offre anormalement basse ou élevée ;

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

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de l'Entreprise ELEAZAR SERVICE 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 l'Entreprise ELEAZAR SERVICE est fondée sur le point du prix unitaire déséquilibré du riz qui ne concerne qu'un seul item ; que par ailleurs l'évaluation financière des offres a été mal faite, tous les items n'étant pas assujettis à la TVA ; qu'il y a lieu donc de reprendre l'évaluation financière des offres en tenant compte de la question de la TVA et en appliquant la formule de l'offre anormalement basse ou élevée ;

-d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n°2020-007/CARFO/DG/SG/DPMP pour l'acquisition de vivres au profit de la CARFO, pour les déplacés des attaques terroristes et des personnes vulnérables à la situation du COVID 19 (lots 01 et 02) ;

-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 03 aout 2020

Le Président de séance

Ibrahim SOKOTO