

**DECISION N°2020-L0668/ARCOP/ORD**

sur recours des entreprises ESPOIR MULTI SERVICES et KDS INTER contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2020-002/RCAS/PCOM/CMGD pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des CEB de Mangodara.

**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 procédure 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 lettres en dates des 12 et 13 octobre 2020 respectivement des entreprises ESPOIR MULTI SERVICES et KDS INTER 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 :

- Madame Céline KONE/DIALLO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Idrissa OUATTARA, membre de l'ORD ;
- Messieurs Y. Ferdinand KINDA et Moïse BAKORBA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties:

- au titre des requérants,
  - Monsieur Seydou BARRO représentant de l'entreprise ESPOIR MULTI SERVICES ;
  - Monsieur Dieudonné COMPAORE représentant de l'entreprise KDS INTER ;

- au titre de l'autorité contractante, régulièrement convoquée mais absente ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Boris TAPSOBA représentant de SHALIMAR SARL ;

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 la demande de prix susvisée 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 les recours concernent la contestation des résultats provisoires de la demande de prix n°2020-002/RCAS/PCOM/CMGD pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des CEB de Mangodara ;

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 la demande de prix ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien n°2942 du lundi 12 octobre 2020, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mercredi 14 octobre 2020 ; que les entreprises ESPOIR MULTI SERVICES et KDS INTER ont saisi l'ORD par lettres en dates des 12 et 13 octobre 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 1<sup>er</sup> 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 Commune de Mangodara a lancé la demande de prix n°2020-002/RCAS/PCOM/CMGD pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des CEB de Mangodara ;

la Commission Communale d'attribution des marchés (CCAM) a déclaré les offres de ESPOIR MULTI SERVICES et KDS INTER conformes mais ne leur a pas attribué le marché cité ci-haut en raison du caractère non moins disant de leurs offres ;

les requérants contestent ces décisions de la CCAM :

ESPOIR MULTI SERVICES soutient que la CCAM n'a pas pris en compte l'offre financière de l'entreprise REHOBOTH SERVICE INTERNATIONAL dans l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée au motif que son offre serait hors enveloppe ; que les instructions aux candidats du dossier de demande de prix précisent que toutes les offres jugées techniquement conformes sont prises en compte dans l'évaluation des offres anormalement basses ou élevées y compris les offres hors enveloppes ; que les offres techniquement conformes et qui ne sont pas admises à cette évaluation sont celles dont la correction a entraîné une variation de plus de 15 % du montant initial de l'offre financière ; qu'au regard de cette disposition, il invite la CCAM à intégrer l'entreprise REHOBOTH SERVICE INTERNATIONAL dans l'évaluation des offres ; que cela permettra d'écarter l'attributaire provisoire en raison du caractère anormalement bas de son offre ; que de plus, le classement des offres s'est fait sur la base des montants TTC ; et pourtant parmi les entreprises soumissionnaires à la demande de prix sus citée, il y a des entreprises non assujetties à la TVA ; qu'à cet effet, l'estimation de la TVA de cette catégorie d'entreprises répond simplement au besoin d'évaluation des offres anormalement basses ou élevées ;

que cette TVA ne constitue pas une dépense réelle pour l'autorité contractante et ne saurait être considérée comme un critère de décision de l'offre la moins distante ; qu'il souhaite que les offres soient classées sur la base des montants hors taxes (HT) et ainsi le déclarer attributaire du marché ci-dessus ;

KDS INTER fait valoir que le classement des entreprises se fait sur la base des montants toutes taxes comprises (TTC) au lieu des montants hors taxes (HT) des soumissionnaires comme mentionné dans le DDPX ; qu'en effet, si le montant toutes taxes comprises de l'attributaire provisoire (18 345 000 TTC) est ramené en hors taxes (HT), le montant HT serait 17 674 460 en application du pourcentage d'augmentation de 14.80% due aux erreurs constatées sur le montant HT avant correction de 15 395 000 HT ; que le montant de 17 673 460 étant supérieur au montant HT qu'il a proposé à savoir le montant de 17 496 500 HT ; que de ce fait l'offre de l'attributaire provisoire ne saurait être classée avant la sienne ; que par ailleurs, les soumissionnaires REHOBOTH SERVICE INTERNATIONAL et ESPOIR MULTI SERVICES présentent des montants TTC erronés, la preuve, l'entreprise REHOBOTH SERVICE INTERNATIONAL avait un montant de 19 188 000 en hors taxes ; que ce montant est passé de façon injustifiée à 23 748 150 TTC soit une TVA de 4 560 150 ; qu'alors qu'en appliquant le taux de la TVA de 18% sur son montant HT (19 188 000 X 18% = 3 453 840), il trouve la somme de 3 453 840 comme montant TVA, alors que les cahiers et les protège-cahiers sont exonérés de la TVA ; qu'en outre, la décomposition du devis estimatif de l'entreprise ESPOIR MULTI SERVICE en fonction des montants HT et TTC tirés des résultats provisoires n'apporte pas de précision sur l'application de la TVA et du montant des articles exonérés ;

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

#### **sur la discussion,**

considérant qu'il ressort du point 21.6 des instructions aux candidats du dossier de demande prix (DDP) qu'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.

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

considérant par ailleurs que conformément à la circulaire n°2015-693/MEF/SG/DGI/DLC du 18 mars 2015 relative à la TVA sur les marchés publics lorsqu'un des soumissionnaires n'est pas assujéti à la TVA, il convient de retenir le prix hors taxe du marché comme base d'appréciation des offres financières afin de garantir l'égalité entre les concurrents ;

considérant que les requérants ont réitéré les moyens évoqués ci-dessus ; que la mise en œuvre de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée tient compte des montants hors enveloppes ; que le classement pour attribution doit se faire en hors TVA étant donné que certains soumissionnaires ne facturent pas la TVA ;

considérant que la CCAM bien que régulièrement convoquée n'a pas comparu ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée tient compte des propositions financières supérieures à l'enveloppe prévisionnelle dont les offres techniques sont conformes ; que par ailleurs étant donné que tous les soumissionnaires ne sont pas assujéti à la TVA, il convient de renvoyer la CCAM à procéder au classement des offres financières des soumissionnaires techniquement conforme en hors TVA aux fins de comparaison pour l'attribution du marché ; que l'ensemble des moyens des requérants sont fondés ;

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

par ces motifs,

**DECIDE :**

**-qu'il est compétent ;**

**-que les recours de ESPOIR MULTI SERVICES et de KDS INTER sont recevables ;**

**-que la demande de prix susvisée reste soumise 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 d'ESPOIR MULTI SERVICES et de KDS INTER sont fondées, la CCAM n'ayant pas d'une part fait une bonne application de la formule de l'offre anormalement basse ou anormalement élevée et d'autre part, classé les offres sur la base des montants HTVA ; que la CCAM doit donc tenir compte des montants hors enveloppes dans l'application de la formule et classer les offres sur la base des montants HTVA ;**

**-d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n°2020-002/RCAS/PCOM/CMGD pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des CEB de Mangodara ;**

**-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 14 octobre 2020

Le Président de séance

**Ibrahim SOKOTO**