

DECISION N°2020-L0771/ARCOP/ORD

sur recours de MEDICA FASO contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2020-006/MS/SG/CHR-Z pour l'acquisition, l'installation et la mise en marche d'équipements hospitaliers au profit du CHR de Ziniaré (lots 01 et 03).

**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 19 novembre 2020 de MEDICA FASO contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

présidé par Madame Kâ J. Sonia KABORE/OUEDRAOGO, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Sibila François YAMEGO, membre de l'ORD ;
- Madame Clarice ZOUNGRANA/NADEMBEGA, membre de l'ORD ;
- Messieurs Y. Ferdinand KINDA et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Madame Awa YELBI et Monsieur Amidou TIAO, agents de MEDICA FASO ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Issa ILBOUDO, DAF du CHR du Ziniaré ;
- au titre des attributaires provisoires,

- Monsieur Arsène KABORE, agent de SYMMCG Médical SARL (lot 01) ;
- Monsieur Alexis OUEDRAOGO, agent de OMEGA SERVICE (lot 03) ;

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°2020-006/MS/SG/CHR-Z pour l'acquisition, l'installation et la mise en marche d'équipements hospitaliers au profit du CHR de Ziniaré (lots 01 et 03) ;

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°2967 du lundi 16 novembre 2020 et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mercredi 18 novembre 2020 ; que MEDICA FASO a saisi l'autorité contractante par lettre en date du 17 novembre 2020 ; que face au silence de cette dernière jusqu'à l'expiration du délai imparti, il a saisi l'ORD par lettre en date du 19 novembre 2020 ; que la condition de délai susmentionnée a donc été respectée ; 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 cependant, l'ORD a noté que le requérant conteste les résultats provisoires des lots 01 et 03 ; qu'il est ressorti desdits résultats que celui n'a pas soumissionné au lot 03 ; que dans ces conditions, il n'est pas soumissionnaire à ce lot, qu'il n'a donc pas qualité à agir ;

que, dès lors, il convient de le déclarer recevable au lot 01 et irrecevable au lot 03 pour défaut de qualité ;

AU FOND :

sur les faits,

le Centre hospitalier régional de Ziniaré a lancé la demande de prix n°2020-006/MS/SG/CHR-Z pour l'acquisition, l'installation et la mise en marche d'équipements hospitaliers ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de MEDICO FASO anormalement basse au lot 01 ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et soutient que conformément au point 21.6 instructions aux candidats relatif à la formule de l'offre anormalement basse ou élevée, son offre financière de 19 119 101 TTC n'est pas anormalement basse encore moins élevée ; qu'en effet, en ramenant toutes les offres en TTC, la borne inférieure est de 18 978 231 et la borne supérieure de 25 676 430 ;

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

considérant qu'il ressort de l'avis de la demande de prix que le budget prévisionnel est de 22 500 000 TTC pour le lot 01 ;

considérant que la CAM a expliqué que conformément aux articles 307 et 308 du code général des impôts les médicaments, les produits pharmaceutiques, les matériels et produits spécialisés pour les activités médicales ne sont pas assujettis à la TVA ; qu'ainsi la TVA est nulle donc le montant TTC est égal au montant HTVA ; que partant de là et après application de la formule, l'offre du requérant est anormalement basse ;

considérant que l'attributaire provisoire n'a pas fait d'observations particulières ;

considérant que l'ORD après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles a noté qu'en utilisant le budget prévisionnel en TTC et les offres financières des soumissionnaires en HTVA, la CAM n'a pas fait une application saine de la formule de l'offre anormalement basse ; que contrairement aux affirmations de la CAM, la TVA sur un budget de l'Etat ne saurait être nulle ; qu'il convient donc de renvoyer la CAM à une saine application de la formule ci-dessus rappelée en arrimant le budget et les offres sur le même régime fiscal ;

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

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de MEDICA FASO est recevable au lot 01 et irrecevable au lot 03 pour défaut de qualité ;

-que la demande de prix sus visée 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 la plainte de MEDICA FASO est fondée, le montant prévisionnel étant en TTC, les offres financières des soumissionnaires techniquement conformes doivent être élevées en TTC dans le cadre de l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée ;

-d'infirmier les résultats provisoires du lot 01 de la demande de prix n°2020-006/MS/SG/CHR-Z pour l'acquisition, l'installation et la mise en marche d'équipements hospitaliers au profit du CHR de Ziniaré ;

-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 24 novembre 2020

La Présidente de séance

Kâ J. Sonia KABORE/OUEDRAOGO