

DECISION N°2021-L0175/ARCOP/ORD

sur recours de l'entreprise ESPOIR MULTI SERVICES contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2021-002/RHBS/PHUE/CBM pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des écoles primaires publiques de la CEB de la Commune de BAMA

**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 23 avril 2021 de l'entreprise ESPOIR MULTI SERVICES contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

présidé par Monsieur Ghislain William TOE, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Madame C. Bila NADEMBEGA/ZOUNGRANA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Soumaïla SORGHO, membre de l'ORD ;
- Monsieur A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Mahamadi KONATE et Benoît BARRO, représentants de l'entreprise ESPOIR MULTI SERVICES ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Etienne NIKIEMA, personne responsable de marchés de la Commune de BAMA ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Seydou KONATE, représentant de l'entreprise SAÏD MULTI SERVICE (SMS) ;

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 des résultats provisoires de la demande de prix n°2021-002/RHBS/PHUE/CBM pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des écoles primaires publiques de la CEB de la Commune de BAMA ;

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 des marchés publics n°3080 du jeudi 22 avril 2021, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 26 avril 2021; que l'entreprise ESPOIR MULTI SERVICES a saisi l'ORD par lettre en date du vendredi 23 avril 2021; 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 1^{er} 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 Commune de BAMA a lancé la demande de prix n°2021-002/RHBS/PHUE/CBM pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des écoles primaires publiques de sa CEB ;

la Commission communale d'attribution des marchés (CCAM) a déclaré l'offre de l'entreprise ESPOIR MULTI SERVICES conforme mais l'a classé 4^{ème} ;

le requérant conteste cette décision de la CCAM et soutient que le classement des offres s'est fait sur la base du montant TTC ; que parmi les soumissionnaires, le régime fiscal de certaines n'autorise pas la facturation de la TVA ; qu'à cet effet, l'estimation de la TVA de cette catégorie d'entreprise 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 l'offre la moins disante ; que pour des besoins de classement des offres, le montant hors taxe constitue la référence, si parmi les soumissionnaires, certains ne sont pas habilités à facturer la TVA ;

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

sur la discussion,

considérant que la circulaire n°2015-0693/MEF/SG/DGI/DLC du 18 mai 2015 relative à la TVA sur les marchés publics précise que la différence de statut en matière de TVA entre les soumissionnaires des marchés publics pose un problème lorsqu'il s'agit d'apprécier les offres dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché public ; qu'il convient donc de retenir le prix hors taxe du marché comme le critère d'appréciation des offres financières afin de garantir l'égalité des concurrents ;

considérant que la CCAM a noté que pour les besoins de l'analyse les montants de tous les soumissionnaires ont été ramenés en TTC ; que la comparaison s'est faite dans cette même logique ;

considérant que le requérant a réaffirmé son argumentaire ci-dessus développé ;

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

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et procédé aux vérifications utiles a noté qu'en ramenant les offres financières des soumissionnaires étant sous le régime simplifié d'imposition en TTC avant de faire le classement, la CCAM n'a pas fait une saine application des termes de la circulaire ci-dessus citée ; que le requérant est donc fondée à remettre en cause les résultats provisoires ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu 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 l'entreprise ESPOIR MULTI SERVICES est recevable ;

-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 l'entreprise ESPOIR MULTI SERVICES est fondée, les soumissionnaires conformes devant être classés sur la base des montants HTVA conformément à la circulaire n°2015-0693/MEF/SG/DGI/DLC relative à la TVA sur les marchés publics du 18 mars 2015 ;

-d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n°2021-002/RHBS/PHUE/CBM pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des écoles primaires publiques de la CEB de la Commune de BAMA ;

-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 28 avril 2021

Le Président de séance

Gislain William TOE

*Chevalier de l'ordre de mérite,
de l'économie et des finances*