

DECISION N°2022-L0548/ARCOP/ORD

sur recours de SAHEL BATIR Sarl contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2022-07/RBMH/PMHN/CO-SFN pour la réalisation d'un parc de vaccination, l'acquisition et pose de lampadaires solaires (lot 01).

**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 17 octobre 2022 de SAHEL BATIR Sarl contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

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

en présence de :

- Madame C. Bila NADEMBEGA/ZOUNGRANA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Michel BADOLO, membre de l'ORD ;
- Madame Awa ZARE/KONATE et Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Monsieur Christian OUEDRAOGO, représentant SAHEL BATIR Sarl ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Moussa SANOU, représentant la Commune de Safané ;
- l'attributaire provisoire, EKAKAF, régulièrement convoqué ne s'est pas présenté à la session ;

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°2022-07/RBMH/PMHN/CO-SFN pour la réalisation d'un parc de vaccination, l'acquisition et pose de lampadaires solaires (lot 01) ;

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°3465 du jeudi 13 octobre 2022, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 17 octobre 2022 ; que SAHEL BATIR Sarl a saisi l'ORD par lettre en date du lundi 17 octobre 2022 ; 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 Safané a lancé la demande de prix n°2022-07/RBMH/PMHN/CO-SFN pour la réalisation d'un parc de vaccination, l'acquisition et pose de lampadaires solaires (lot 01) ;

la Commission communale d'attribution des marchés (CCAM) a déclaré l'offre de SAHEL BATIR Sarl non conforme en relevant que les montants en lettres et chiffres de l'item III.2 sont différents, ce qui a entraîné une correction et une variation de l'offre financière à la baisse ; qu'en définitive, l'offre a été jugée anormalement basse ;

le requérant conteste cette décision de la CCAM et fait valoir que l'offre financière de l'attributaire provisoire qui est de 7 823 000 F CFA HTVA et 9 231 140 F CFA TTC est supérieure à l'enveloppe prévisionnelle qui est de 7 900 000 F CFA TTC ; que l'offre de l'attributaire provisoire ne doit pas être prise en compte dans le calcul de l'offre anormalement basse ou élevée ; qu'en ce qui le concerne, SAHEL BATIR Sarl note que son offre financière qui est de 6 483 944 F CFA TTC, ne doit pas être déclarée anormalement basse car étant supérieure à 6 233 541 F CFA TTC ;

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

sur la discussion ;

considérant que l'offre du requérant a été écartée sur la base des motifs ci-dessus rappelés ;

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 que les soumissionnaires ne facturant pas la TVA doivent proposer leurs offres en laissant la marge de la TVA ;

considérant que l'enveloppe prévisionnelle du marché est de sept millions neuf cent mille (7 900 000) F CFA TTC ;

considérant que l'attributaire provisoire a proposé une offre toutes taxes comprises de neuf millions deux cent trente un cent quarante (9 231 140) F CFA ;

considérant que l'article 3 de l'arrêté n°2022-161/MEFP/CAB portant modification de l'arrêté n°2018-56/MINEFID/CAB du 09/02/2018 portant adoption des dossiers standards d'appel d'offres et de demande de prix pour la passation des marchés de travaux, de fournitures et d'équipement, de services courants et du modèle de rapport d'évaluation dispose que « Dans l'application de la formule pour déterminer les offres anormalement basses ou anormalement élevées dans l'évaluation des offres, il n'est pas pris en compte les offres techniquement conformes mais hors enveloppe. » ;

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

considérant que la CCAM a noté que l'attributaire provisoire ne facture pas la TVA ; qu'étant donné que le marché est sous budget communal et que le budget communal n'est pas exempté de TVA, elle a appliqué la TVA sur les offres ; que c'est l'application de la TVA qui a rendu l'offre de l'attributaire provisoire hors enveloppe en toutes taxes comprises (TTC) ; que l'offre de celui-ci qui est de sept millions huit cent vingt-trois mille (7 823 000) F CFA HTVA n'est pas hors enveloppe ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé qu'en effet, en prenant en compte la marge de la TVA, l'offre de l'attributaire provisoire est hors enveloppe prévisionnelle de 7.900.000 F.CFA TTC ; qu'en conséquence, son offre mérite d'être écartée et ne peut être prise en compte dans le calcul de l'offre anormalement basse ou élevée conformément à l'article 3 de l'arrêté ci-dessus cité ; qu'en effet, son offre est en réalité hors enveloppe ; qu'il lui appartenait à l'attributaire provisoire de tenir compte de la marge de la TVA en proposant son offre ;

considérant que suite à la présente décision, la CCAM devra reprendre l'évaluation financière notamment le calcul de la formule de l'offre anormalement basse ; que sur ce c'est à tort que la CCAM a rejeté l'offre du requérant ;

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 SAHEL BATIR Sarl 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 SAHEL BATIR Sarl est fondée ; qu'en effet, en prenant en compte la marge de la TVA, l'offre de l'attributaire provisoire est hors enveloppe prévisionnelle de 7.900.000 FCFA TTC ; qu'en conséquence, son offre mérite d'être écartée et ne peut être prise en compte dans le calcul de l'offre anormalement basse ou élevée ;

-qu'il convient donc de renvoyer la CAM à reprendre le calcul de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée ;

-d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n°2022-07/RBMH/PMHN/CO-SFN pour la réalisation d'un parc de vaccination, l'acquisition et pose de lampadaires solaires (lot 01) ;

-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 20 octobre 2022

Le Président de séance

Issa ZERBO