

DECISION N°2022-L0553/ARCOP/ORD

sur recours de Espoir Multi Services contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2022-002/RHBS/PHUE/CPNI pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des écoles de la Commune de Péni.

**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 octobre 2022 de Espoir Multi Services contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

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

en présence de :

- Monsieur Aboubacar SAWADOGO, membre de l'ORD
- Monsieur Guy SANOU, 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, Monsieur Mahamadi KONATE, représentant de Espoir Multi Services ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Mamadou COULIBALY, représentant la Commune de Péni ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Yacouba CONOMBO et Yves Anderson OUEDRAOGO, représentant SHALIMAR SARL ;

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°2022-002/RHBS/PHUE/CPNI pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des écoles de la Commune de Péni ;

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°3468 du mardi 18 octobre 2022, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au jeudi 20 octobre 2022 ; que Espoir Multi Services a saisi l'ORD par lettre en date du mercredi 19 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 Péni a lancé la demande de prix n°2022-002/RHBS/PHUE/CPNI pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des écoles de la Commune ;

la Commission communale d'attribution des marchés (CCAM) a déclaré l'offre de Espoir Multi Services conforme et classée 2^{ème} au motif que son offre est moins disante sur la base du montant HT mais plus élevée que celle de Shalimar SARL sur la base du montant TTC ; que cette situation laisse penser à une minimisation des prix unitaires des items non soumis à la TVA et à un renchérissement de ceux soumis à la TVA afin de fausser la concurrence dans la mesure où il n'est pas assujetti à la TVA ;

le requérant conteste cette décision de la CCAM et fait valoir qu'il n'est pas assujetti à la TVA ; que la CCAM devait placer tous les soumissionnaires sur la base des montants HTVA pour faire le classement et retenir l'offre conforme économiquement la moins disante ;

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 qu'il ressort de la circulaire n°2015-0693/MEF/SC/DGR/DLC relative à la TVA sur les marchés publics, qu'il convient de retenir le prix hors taxe du marché comme critère d'appréciation des offres financières afin de garantir l'égalité entre les concurrents dans les situations où ceux-ci relèvent de différents régimes d'imposition ;

considérant que la CAM a noté que les prix non soumis à la TVA ont été minimisés ; que le requérant a usé de manœuvres frauduleuses pour être moins disant en hors TVA ; qu'elle a ramené toutes les offres en TTC pour pouvoir faire la comparaison ;

considérant que le requérant a noté que chaque soumissionnaire à ses sources de ravitaillement ; qu'en aucun cas, il n'a commis une faute dans sa facturation ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que le caractère irréaliste des prix du requérant n'est pas avéré ; que la manœuvre frauduleuse soutenue par la CAM n'a pas été démontrée ; que l'attribution doit se faire sur la base des montants hors TVA conformément à la circulaire n°2015-0693/MEF/SG/DGI/DLC du 15 mars 2022 relative à la TVA sur les marchés publics susmentionnée ; que c'est donc à tort que la CAM 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'infirmes les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

- **qu'il est compétent ;**
- **que le recours de 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 Espoir Multi Services est fondée, que le caractère irréaliste de ses prix n'est pas avéré ; que l'attribution doit se faire sur la base des montants hors TVA conformément à la circulaire n°2015-0693/MEF/SG/DGI/DLC du 15 mars 2022 relative à la TVA sur les marchés publics ;**
- **d'infirmes les résultats provisoires de la demande de prix n°2022-002/RHBS/PHUE/CPNI pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des écoles de la Commune de Péné ;**
- **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 octobre 2022

Le Président de séance

Pascal ILBOUDO

Chevalier de l'ordre du mérite