

-----  
**ORGANE DE REGLEMENT  
DES DIFFERENDS**

**DECISION N°2022-L0701/ARCOP/ORD**

sur recours de NOAH'S MARKET et de CHARAMIRA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2022-003/MSHP/SG/CHR-K/DG/PRM pour la contractualisation du service de restauration du CHR de Kaya.

**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 lettres en date du 22 décembre 2022 de NOAH'S MARKET et de CHARAMIRA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

présidé par Madame Ida OUEDRAOGO/PARE, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Charles Marie Bernard SORGHO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Yaya SON, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :
  - Madame Carine ZONGO/KOUDOUGOU, Directrice de NOAH'S MARKET ;
  - Monsieur Salam SAOURA, représentant CHARAMIRA ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Soumaïla OUEDRAOGO, PRM du CHR de Kaya ;

- au titre de l'attributaire provisoire, Mesdames Sakinatou SOMBIE, Félicité OUEDRAOGO et Messieurs Adama DERME, Saïdou OUEDRAOGO représentant RESTAURANT PALING-WENDE ;

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 l'appel d'offres sus visé reste soumis 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 l'appel d'offres ouvert accéléré n°2022-003/MSHP/SG/CHR-K/DG/PRM pour la contractualisation du service de restauration du CHR de Kaya;

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 l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°3514 du mercredi 21 décembre 2022, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au vendredi 23 décembre 2022 ; que NOAH'S MARKET et CHARAMIRA ont saisi l'ORD par lettres en date du jeudi 22 décembre 2022 ; 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,**

le Centre hospitalier régional de Kaya a lancé l'appel d'offres ouvert accéléré n°2022-003/MSHP/SG/CHR-K/DG/PRM pour la contractualisation du service de restauration du CHR de Kaya ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de NOAH'S MARKET conforme mais l'a classée en deuxième (2<sup>e</sup>) position en relevant une erreur de calcul au niveau du montant total en TTC 144 510 080 au lieu de 136 091 080, soit une variation de 6% ; s'agissant de l'offre de CHARAMIRA, elle a été également jugée conforme et classée en quatrième (4<sup>e</sup>) position ; en définitive, le marché a été attribué au Restaurant PALING-WENDE suivant le principe de l'offre conforme évaluée la moins disante ;

les requérants contestent cette décision de la CAM :

NOAH'S MARKET fait valoir que l'attributaire provisoire ne remplit pas la condition du chiffre d'affaires car il relève du régime simplifié d'imposition au regard de ses montants lus publiquement en hors taxes ; il estime que la commission n'a pas tenu compte du critère de post qualification à savoir la moyenne du chiffre d'affaires requise dans le dossier qui est de cent millions FCFA ; il demande donc la vérification de cette condition ;

CHARAMIRA fait valoir que l'attribution du marché devrait se faire sur la base du montant minimum puisque l'engagement de l'autorité contractante porte sur le minimum dans le cadre d'un marché à commandes et non comme l'a fait la commission d'attribution des marchés sur les montants maximum (CAM) ;

que la jurisprudence constante et abondante de l'ORD et l'article 134 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 en sont une preuve concrète et l'alinéa 06 de l'article ci-dessus susmentionné indique clairement et sans équivoque que l'attribution des marchés à commandes se fait sur la base du montant minimum ;

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

**sur la discussion,**

**sur le recours de NOAH'S MARKET,**

considérant que l'offre de l'attributaire provisoire a été présentée en hors taxes ; que selon le requérant, il relèverait du régime simplifié d'imposition et ne saurait donc pouvoir justifier du chiffre d'affaire moyen requis de 100 000 000 francs CFA ;

considérant que le dossier d'appel d'offres, au point IC 5.1 des données particulières, a requis un chiffre d'affaire annuel moyen de 100 000 francs CFA ;

considérant que le requérant a émis des doutes sérieux sur la satisfaction de cette condition du chiffre d'affaires par l'attributaire provisoire en se basant sur le fait qu'il a facturé son offre en hors TVA ; que ce faisant, il doit être du régime simplifié d'imposition et ne devrait pas avoir atteint les 100 000 Francs de chiffre d'affaires ;

considérant que la CAM a noté que le requérant a fourni un chiffre d'affaire certifié atteignant le montant fixé ; que c'est ainsi que son offre n'a pas été écartée sur ce point ;

considérant que l'attributaire provisoire a souligné que son chiffre d'affaire est authentique en reconnaissant que les services des impôts l'ont verbalement interpellé sur le fait qu'il sera affecté à un autre régime fiscal ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que l'attributaire provisoire a fourni le chiffre d'affaires certifié requis ; qu'au regard du montant du chiffre d'affaires produit, il devrait être assujéti à la TVA ; que, cependant, les vérifications opérées séance tenante sur la plateforme électronique « esyntax » de la Direction générale des impôts (DGI) n'ont pas permis de retrouver le document ; que le document était introuvable ; que face à cette situation, il y a lieu de dire que la plainte est fondée et de renvoyer la CAM à prendre attache avec la DGI pour vérifier l'authenticité du chiffre d'affaires fourni ;

que la plainte étant fondée, il convient d'infirmes les résultats en attendant la suite de la vérification ordonnée ;

**sur le recours de CHARAMIRA,**

considérant que l'offre de l'attributaire provisoire a été retenue alors qu'au montant minimum son offre n'est pas la moins disante ; que son offre est à 17 215 550 francs CFA TTC alors que celle du requérant s'élève à 17 158 625 francs CFA TTC ;

considérant que, relativement au mode d'attribution des marchés à commandes, l'article 134 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID susvisé dispose que « L'autorité contractante s'engage sur le minimum et le cocontractant s'engage sur le maximum. L'attribution du marché se fait sur la base du minimum » ;

considérant que le requérant est revenu sur ses moyens de défense ci-dessus exposés ;

considérant que la CAM n'a pas fait de déclarations particulières sur le mode d'attribution des marchés à commandes ;

considérant que l'attributaire provisoire a produit un mémoire en défense ; qu'en substance, il estime que ces concurrents ont proposé des offres financières sous évaluées ; qu'il s'agit d'une sous facturation qui mérite d'être sanctionnée par le rejet de leurs offres conformément à la position constante de l'ORD sur cette question ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a jugé que la plainte est fondée ; qu'en effet, les dispositions claires et sans ambiguïtés de l'article 134 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID suscité renvoie l'attribution des marchés à commandes à l'offre conforme évaluée la moins disante sur la base des montants minimum ; que ce faisant, l'attribution provisoire du marché au restaurant PALING WENDE n'est pas conforme à la loi applicable car son offre n'est la moins disante en référence aux montants minimum ;

que s'agissant des allégations de fausse facturation pesant sur le requérant, l'ORD a relevé que les prix proposés par l'attributaire provisoire, s'ils peuvent paraître bas pour certains, ne sauraient être qualifiés de prix irréalistes et sous facturés dans le sens de la position constante de l'ORD ; qu'en l'effet, son offre globale n'est pas anormalement basse ; qu'en sus, il est ressorti qu'il a proposé relativement les mêmes prix que la majorité des soumissionnaires ; qu'enfin, il ne faut pas perdre de vue que c'est le principe de la liberté des prix qui s'applique dans les limites de la légalité ; qu'il s'en suit que les moyens avancés par le requérant ne permettent d'établir qu'il y a eu une facturation irréaliste dans le sens d'une sous facturation ;

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 NOAH'S MARKET et CHARAMIRA sont recevables ;**
- que l'appel d'offres sus visé reste soumis 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 NOAH'S MARKET est fondée sous réserve de la vérification de l'authenticité de la certification du chiffre d'affaires produite ;**
- que la plainte de CHARAMIRA est fondée ; que les moyens tendant à obtenir le rejet de l'offre du requérant ne sont pas pertinents ;**
- d'infirmes les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2022-003/MSHP/SG/CHR-K/DG/PRM pour la contractualisation du service de restauration du CHR de Kaya ;**
- 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 décembre 2022

La Présidente de séance

**Ida OUEDRAOGO/PARE**  
*Chevalier de l'ordre de l'étalon*