

DECISION N°2023-L0124/ARCOP/ORD

sur recours de PRESTIGE SERVICE ALIMENTAIRE PLUS contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2023-002/SEPB/DG/PRM pour l'acquisition de pause-café, de pause-déjeuner et de produits alimentaires au profit de la Société d'Exploitation des Phosphates du Burkina (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 06 mars 2023 de PRESTIGE SERVICE ALIMENTAIRE PLUS contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

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

en présence de :

- Madame Célestine Amina BERE/LOMPO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Guy SANOU, membre de l'ORD ;
- Mesdames Awa ZARE/KONATE et Irène K. BAYANE/ZONGO assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Madame Mouniratou SORGHO, représentant PRESTIGE SERVICE ALIMENTAIRE PLUS ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Momouni IDANI, représentant la Société d'exploitation des phosphates du Burkina (SEPB) ;
- au titre de l'attributaire provisoire Monsieur Omar OUEDRAOGO, représentant MAELORN SERVICES ;

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°2023-002/SEP/B/DG/PRM pour l'acquisition de pause-café, de pause-déjeuner et de produits alimentaires au profit de la Société d'Exploitation des Phosphates du Burkina (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°3565 du jeudi 02 mars 2023, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 06 mars 2023 ; que PRESTIGE SERVICE ALIMENTAIRE PLUS a saisi l'ORD par lettre en date du lundi 06 mars 2023 ; 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 Société d'exploitation des phosphates du Burkina (SEPB) a lancé la demande de prix n°2023-002/SEPB/DG/PRM pour l'acquisition de pause-café, de pause-déjeuner et de produits alimentaires au profit de la Société d'Exploitation des Phosphates du Burkina (lot 01) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) lors des premiers résultats (du lundi 20 février 2023, revue des marchés publics n°3557) avait déclaré l'offre de PRESTIGE SERVICE ALIMENTAIRE PLUS conforme mais non attributaire du marché ;

le requérant contestait cette décision de la CAM et faisait valoir que l'attributaire provisoire avait été écarté pour offre anormalement basse et ne devrait plus être attributaire provisoire ; qu'il avait saisi l'autorité contractante à cet effet mais le rectificatif confirmait les mêmes résultats ; que ses calculs le réconfortaient dans sa position ; que le marché devrait lui revenir dans la mesure où l'offre de l'attributaire provisoire était déclarée anormalement basse ;

l'ORD après analyse déclarait la plainte fondée et infirmait les résultats à travers la décision N°2023-L0114/ARCOP/ORD du 27 février 2023 ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) dans la mise en œuvre de la décision de l'ORD sus visée, a republié les résultats rectificatifs le jeudi 02 mars 2023 dans le quotidien des marchés publics N°3565 ; ces résultats déclaraient l'offre de PRESTIGE SERVICE ALIMENTAIRE PLUS conforme mais non attributaire ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir qu'il avait saisi l'ORD à l'effet de le rétablir dans ses droits en date du 20 février 2023 ; que l'ORD en vidant sa saisine en date du 27 février à travers la décision N°2023-L0114/ARCOP/ORD du 27 février 2023 infirmait les résultats provisoires ; qu'à sa surprise, à la publication des résultats du 02 mars 2023, il est désormais conforme mais non attributaire puisque l'attributaire provisoire est toujours maintenu ; que de ce fait, la décision ci-dessus citée n'a pas été régulièrement mise en œuvre ;

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

sur la discussion,

considérant qu'il s'agit en l'espèce de vérifier la mise en œuvre de la décision n°2023-L0114/ARCOP/ORD du 27/02/2023 ; qu'en substance, il ressort de cette décision sus visée que la plainte de PRESTIGE SERVICE ALIMENTAIRE PLUS est fondée ; l'ORD constatait qu'un seul budget prévisionnel a été communiqué aux soumissionnaires ; que ce budget représente l'enveloppe prévisionnelle maximum ; qu'à l'absence d'un montant prévisionnel minimum, la formule de calcul de l'offre anormalement basse ou élevée ne saurait être appliquée sur la base des montants minimums ; que la CAM ayant pris en considération les montants minimums pour le calcul de la formule des offres anormalement basses ou élevées n'a pas régulièrement bien appliquée ladite formule ; que pour les marchés à commandes, le montant à prendre en compte dans le calcul des offres anormalement basses ou élevées est le montant maximum si toutefois, le budget prévisionnel minimum n'a pas été clairement défini ;

considérant que l'offre du requérant a été déclaré conforme mais non attributaire en raison du caractère non moins disant de son offre ;

considérant que la loi n°0031-2020/AN du 09 juillet 2020, portant loi de finances rectificative de la loi de finances pour l'exécution du budget de l'État, a réduit à 10% pour compter du 1er avril 2020, le taux de la TVA applicable aux prestations d'hébergement et de restauration fournies par les hôtels, les restaurants et organismes assimilés agréés ;

considérant que le requérant reproche à la CAM d'avoir corrigé l'offre de l'attributaire provisoire après les premiers résultats ;

considérant que la CAM a noté qu'elle a mis régulièrement en œuvre la décision N°2023/ARCOP/ORD du 27 février 2023 ; qu'en considération de la décision de l'ORD, il n'y a pas eu de changement concernant l'attributaire provisoire ; qu'elle avait initialement utilisé les montants minimums lors de la première analyse des offres pour le calcul des offres anormalement basses ou élevées ; que pour reprendre l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée avec les montants maximums, elle a dû corriger ces montants d'abord ; que l'attributaire provisoire a considéré un taux de TVA de 18% alors que dans le domaine de la restauration, le taux de la TVA applicable est de 10% ;

considérant que le requérant a répliqué que toutes les corrections devaient se faire lors de la première analyse des offres ; que la CAM ne devait plus faire de corrections en voulant mettre la décision en œuvre ; que ce sont les corrections qui font maintenir l'attributaire provisoire ;

considérant que l'attributaire provisoire a signalé que son entreprise est dans le régime simplifié ; qu'il ne facture pas la TVA ; qu'il a proposé une offre hors taxe ; que toutes les offres ont été ramenées en TTC pour les besoins de calculs de la formule des offres anormalement basses ou élevées ; que d'ailleurs, ladite formule a été régulièrement appliquée ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que les corrections effectuées sur l'offre de l'attributaire provisoire 3M SERVICES sont avérées ; que la TVA dans le domaine de la restauration est effectivement de 10% et non 18% conformément à la loi de finance rectificative du 09 juillet 2020 ci-dessus citée ; que la décision n°2023-L0114/ARCOP/ORD du 27 février 2023 a été régulièrement mise en œuvre ; que sur ce les moyens du requérant ne sauraient prospérer ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée et de confirmer les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de PRESTIGE SERVICE ALIMENTAIRE PLUS 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 PRESTIGE SERVICE ALIMENTAIRE PLUS n'est pas fondée ;

-de confirmer les résultats provisoires de la demande de prix n°2023-002/SEPB/DG/PRM pour l'acquisition de pause-café, de pause-déjeuner et de produits alimentaires au profit de la Société d'Exploitation des Phosphates du Burkina (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 partout où besoin sera.

Ouagadougou, le 09 mars 2023

Le Président de séance

Idrissa OUEDRAOGO

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