

DECISION N°2023-L0288/ARCOP/ORD

sur recours de KABRE CONSORTIUM ET DISTRIBUTION (KCD) Sarl contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2023-10/MSHP/SG/CHUP-CDG/DG/DMP pour l'acquisition, l'installation et la mise en service de matériel biomédical au profit Centre hospitalier universitaire pédiatrique Charles DE GAULLE (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 05 juin 2023 de KABRE CONSORTIUM ET DISTRIBUTION (KCD) 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 :

- Monsieur Charles Marie Bernard SORGHO, membre de l'ORD ;
- Madame Mariam TRAORE, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. N. Moïse BAKORBA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Alain ILBOUDO et Harouna ZOUNGRANA, représentant KABRE CONSORTIUM ET DISTRIBUTION (KCD) Sarl ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur N. Augustin BALMA, représentant le Centre hospitalier universitaire pédiatrique Charles DE GAULLE (CHUP-CDG) ;

- au titre de l'attributaire provisoire, Madame Perpetue SOUBEÏGA et Monsieur Ben Aziz OUEDRAOGO, représentant INTERNATIONAL MEDICAL TRADING (I.M.T) ;

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°2023-10/MSHP/SG/CHUP-CDG/DG/DMP pour l'acquisition, l'installation et la mise en service de matériel biomédical au profit Centre hospitalier universitaire pédiatrique Charles DE GAULLE (lot 01) ;

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°3630 du jeudi 01 juin 2023, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 05 juin 2023; que KABRE CONSORTIUM ET DISTRIBUTION (KCD) Sarl a saisi l'ORD par lettre en date du 05 juin 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 ;

le Centre hospitalier universitaire pédiatrique Charles DE GAULLE (CHUP-CDG) a lancé la demande de prix n°2023-10/MSHP/SG/CHUP-CDG/DG/DMP pour l'acquisition, l'installation et la mise en service de matériel biomédical au profit Centre hospitalier universitaire pédiatrique Charles DE GAULLE (lot 01) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de KABRE CONSORTIUM ET DISTRIBUTION (KCD) Sarl conforme mais non attributaire ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir qu'il reproche à l'attributaire provisoire d'avoir une offre anormalement basse ; que ce type de marché tel qu'indiqué plus haut au niveau de l'objet est exonéré de TVA ; qu'il n'est donc pas nécessaire d'appliquer le taux de 18% à son offre financière comme pour les dossiers standard de fournitures de biens ; qu'on ne saurait soustraire ce taux de l'enveloppe prévisionnelle pour la détermination des bornes ; que l'article 108 du décret n°2017-049/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 dispose qu'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 TTC corrigés, des offres techniquement conformes affectées de coefficients de pondération précisé dans les dossiers standard d'acquisition ; qu'il rappelle que les différents coefficients ont été fixés dans l'arrêté n°2018-056/MINEFID/CAB du 09 février 2019 portant adoption des dossiers standard d'appels d'offres et de demande de prix pour la passation des différents marchés ; qu'il rappelle également que toutes les offres financières inférieures à 0,85 M sont déclarées anormalement basses et celles supérieures à 1,15 M sont déclarées anormalement élevées ; que l'offre qui ne remplit pas ces critères doit être écartée par la CAM ;

que l'article 308 du code général des impôts indique que les importations et ventes sur les médicaments ou produits pharmaceutiques, matériels et produits spécialisés pour les activités médicales, sont exonérés de la TVA ; que le montant prévisionnel est de 35 millions de FCFA TTC et la somme totale des offres s'élève à 148.282.000 FCFA ; que la moyenne pondérée du montant prévisionnel et de la moyenne des offres financières M= 32.862.560 FCFA ; que 0,85 M= 27.933.176 et 1,15M= 37.791.944 ; que l'offre de l'attributaire provisoire de 25.250.000 FCFA HT étant inférieure à la borne de 0,85M, son offre est alors anormalement basse ; que le grief élevé contre l'offre de l'attributaire provisoire est fondé ; qu'il est conforté par la position constante de l'ORD sur le respect de l'article 108 du décret cité plus haut et de l'article 308 du code général des impôts ;

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 déclarée conforme que cependant celui-ci remet en cause l'offre financière de l'attributaire provisoire au motif qu'elle est anormalement basse ;

considérant que la CAM a noté que le montant prévisionnel est en TTC et l'attributaire provisoire a fait une soumission en TTC alors que les biens à acquérir sont exemptés de la TVA ; que l'attributaire provisoire a fait une soumission en TTC ; qu'il fallait donc déduire la TVA de son offre ; que dans l'application de la formule de l'offre anormalement basse faite par le requérant, elle constaté celui-ci a considéré le montant HTVA de l'attributaire provisoire ;

considérant qu'en réplique, le requérant explique que la TVA étant égale à zéro, il n'y avait pas lieu de déduire une quelconque TVA de l'offre de l'attributaire provisoire ;

considérant que l'attributaire provisoire soutient que son offre financière comprend bien la TVA et la déduction qui a été faite par la CAM est la bonne manière de faire ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que l'attributaire provisoire a reconnu que son offre comprend bien la TVA alors que l'objet de l'acquisition n'en est pas assujetti ; que la déduction qui a été faite par la CAM est régulière ; qu'en déduisant la TVA facturée, l'offre de l'attributaire dévient anormalement basse ; qu'il n'y a pas de déduction de la TVA sur les prévisions budgétaires du matériel biomédical avant l'application de la formule de l'offre anormalement basse ; qu'en la matière la TVA est égale à zéro nonobstant la prévision en TTC ;

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 KABRE CONSORTIUM ET DISTRIBUTION (KCD) 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 KABRE CONSORTIUM ET DISTRIBUTION (KCD) Sarl est fondée ;

-d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n°2023-10/MSHP/SG/CHUP-CDG/DG/DMP pour l'acquisition, l'installation et la mise en service de matériel biomédical au profit Centre hospitalier universitaire pédiatrique Charles DE GAULLE (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 08 juin 2023

Le Président de séance

Issa ZERBO