

DECISION N°2024-L0170/ARCOP/ORD

sur recours de DONLET VOYAGES ET SERVICES SARL contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2024-003/MESRI/SG/ENS/DG/SG/PRM pour l'acquisition de billets d'avion au profit de l'Ecole Normale Supérieure.

**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, et ensemble ses modificatifs ;*
- Vu** *le décret n°2017-0051/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage public déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 12 avril 2024 de DONLET VOYAGES ET SERVICES SARL contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

présidé par Madame Carine Estelle OUERMI/YETTA, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Abdouramane DIALLO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Ousséni KAGAMBEGA, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Yacouba YAGO et Issouf ZAPRE, représentant DONLET VOYAGES ET SERVICES SARL ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Balili BAMA, PRM de l'Ecole Normale Supérieure ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Siaka TRAORE, représentant YIPENE VOYAGES ;

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°2024-003/MESRI/SG/ENS/DG/SG/PRM pour l'acquisition de billets d'avion au profit de l'Ecole Normale Supérieure ;

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°3853-3854 du mardi 09 au mercredi 10 avril 2024, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au vendredi 12 avril 2024 ;

que DONLET VOYAGES ET SERVICES SARL a saisi l'ORD par lettre en date du vendredi 12 avril 2024 ; 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 1er 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,

l'Ecole Normale Supérieure a lancé la demande de prix n°2024-003/MESRI/SG/ENS/ DG/SG/PRM pour l'acquisition de billets d'avion à son profit ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) avait déclaré l'offre de DONLET VOYAGES ET SERVICES SARL conforme et classée 2^{ème} mais non attributaire en mentionnant : « rabais de 1,5% sur le montant minimum et maximum » ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et reproche une fausse facturation à l'attributaire provisoire en relevant que l'article 177 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 dispose que « Sans préjudice des sanctions pénales et disciplinaires prévues par les textes spécifiques qui leur sont applicables, les soumissionnaires, attributaires, titulaires et délégataires encourent sur décision de l'Organe de règlement des différends, l'avertissement, la confiscation des garanties constituées par le contrevenant dans le cadre de la procédure incriminée, l'exclusion de la commande publique pour une durée d'un (1) an à cinq (5) ans en fonction de la gravité de la faute, l'exclusion définitive de la commande publique, lorsqu'ils ont :

- (...) ;
- eu recours à la surfacturation et/ou à la fausse facturation ; (...) » ;

il relève que dans le cas d'espèce, la procédure porte sur l'acquisition de billets d'avion aller-retour+ excédants de bagages de 30 kg ; qu'en prenant en compte les régions du monde qui sont concernées par le Dossier, à savoir les zones d'Afrique de l'Ouest, Afrique Centrale, Afrique du Nord, Amérique du Nord, les Caraïbes et Europe, il est évident qu'une proposition de prix unitaire réaliste ne peut pas aboutir à 12 407 300 FCFA HTVA comme montant minimum ; qu'à l'évidence, pour obtenir ce montant minimum, l'attributaire provisoire s'est livré à de la fausse facturation (sous facturation) aux items 1,3,10 et 12 ; qu'à titre illustratif, les résultats provisoires révèlent qu'à l'item 1 (billet d'avion aller-retour +excédants de bagages de 30kg Ouagadougou-New-York), l'attributaire provisoire a proposé 500 000 FCFA comme prix unitaire ;

que pour les professionnels du domaine, ce prix est irréaliste et irréalisable ; qu'il en est de même des prix unitaires proposés aux items 3, 10 et 12 ; qu'il s'agit de manœuvres délibérées visant à fausser le jeu de la concurrence ; qu'en plus, il y a risque de compromettre l'exécution satisfaisante du marché dans le cas où l'autorité contractante ne commande pas les quantités maximales ;

que ces pratiques tombent sous le coup des dispositions de l'article 177 ci-dessus cité ; qu'il suit que l'offre de l'attributaire provisoire mérite d'être écartée ; qu'il est conforté dans sa position par la jurisprudence constante de l'ORD telle qu'exprimée à travers notamment les décisions n°2022-L0147/ARCOP/ORD du 1^{er} avril 2022 et n°2022-L0129/ARCOP/ORD du 17 mars 2022 ;

sur le caractère indu de la correction, le requérant note que le montant minimum de l'attributaire provisoire a été corrigé ; que considérant cependant que son offre ne comporte pas d'erreur arithmétique à l'item 1 ; qu'à cet item, il a proposé 125 000 FCFA au lieu de 500 000 FCFA comme le prétend la CAM ; que le produit de 125 000 avec la quantité minimum à savoir 1, donne effectivement 125 000 FCFA ; qu'ainsi, il conteste l'occurrence d'une erreur arithmétique sur cet item et demande que la vérification soit faite ;

enfin s'agissant du non-respect de l'article 307 du code général des impôts, il ressort qu'aux termes de cette disposition, les billets d'avion sont exonérés de TVA ; que, cependant, en l'espèce, la CAM a appliqué une TVA de 18% aux offres conformes et a attribué le marché en violation des dispositions sus rappelées ;

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 après avoir subi un rabais de 1,5% ; qu'en substance, il estime que l'offre de l'attributaire provisoire, YIPENE VOYAGES, n'est pas conforme et demande en conséquence l'infirmité des résultats provisoires ; qu'il note également qu'il n'y a pas d'erreur arithmétique justifiant la correction de l'offre de l'attributaire provisoire et conteste la prise en compte de la TVA sur les offres financières des soumissionnaires ;

considérant que conformément aux textes suscités, les soumissionnaires doivent proposer une facturation sincère des biens et services ; qu'ainsi, ils ne peuvent pas faire de « la surfacturation et/ou...la fausse facturation » ;

considérant que la billetterie dans le domaine du transport aérien international est exemptée de la TVA suivant les dispositions de l'article 307 du code des impôts ;

considérant que la correction de l'offre financière est encadrée par les Instructions aux candidats du dossier ; qu'en cas d'erreur arithmétique notamment sur les résultats des calculs, la CAM doit corriger l'offre concernée en faisant attention au dépassement de la valeur de 15% en baisse ou en hausse à partir du montant initial ;

considérant que la CAM a noté qu'il n'y a pas de fausse facturation ; qu'en général, les offres financières des soumissionnaires sont tous dans les mêmes proportions de prix ; qu'ils ont aussi tous des prix de billets qui peuvent faire l'objet de débat sur leur sincérité ;

qu'en sus, dans le domaine des billets d'avion, les prix peuvent varier selon plusieurs critères tels que la saison ou période de voyage, l'affluence de la destination et le délai de réservation ; qu'en définitive, l'offre mise en cause n'est pas anormalement basse ; que sur la réalité de l'erreur arithmétique ayant entraîné la correction, les offres étant présentes, l'ORD pourra vérifier par lui-même ; qu'enfin, sur la prise en compte de la TVA sur les offres financières, cela n'a été fait que pour le traitement égalitaire des soumissionnaires et qu'il n'y a eu aucun impact sur le classement des offres ;

considérant que l'attributaire provisoire a fait valoir qu'il a proposé des prix étudiés, réalisables et justes ; qu'il a aussi des partenaires dans le domaine avec lesquels il entretient de bonnes relations ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la plainte de DONLET VOYAGES ET SERVICES SARL n'est pas fondée sur la fausse facturation au regard de la liberté des prix et du défaut d'éléments objectifs de preuve ; qu'il faut également prendre en compte les moyens pertinents suscités de la CAM en l'occurrence la variabilité des prix des billets d'avions en fonction de diverses circonstances ; qu'il en est de même pour la correction de l'offre de l'attributaire provisoire qui est régulière au vu des vérifications matérielles réalisées ; qu'enfin, il n'y a pas de violation de l'exonération de la TVA sur les billets d'avion, l'ajout de la TVA ayant été fait juste pour les besoins de l'évaluation des offres ;

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 ainsi les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

- **qu'il est compétent ;**

- **que le recours de DONLET VOYAGES ET SERVICES 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 DONLET VOYAGES ET SERVICES SARL n'est pas fondée sur la fausse facturation au regard de la liberté des prix et du défaut d'éléments objectifs de preuve ; qu'il en est de même pour la correction de l'offre de l'attributaire provisoire qui est régulière ; qu'enfin, il n'y a pas de violation de l'exonération de la TVA sur les billets d'avion, l'ajout de la TVA ayant été fait juste pour les besoins de l'évaluation des offres ;
- de confirmer les résultats provisoires de la demande de prix n°2024-003/MESRI/SG/ENS/ DG/SG/PRM pour l'acquisition de billets d'avion au profit de l'Ecole Normale Supérieure ;
- 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 16 avril 2024

La Présidente de séance

Carine Estelle OUERMI/YETTA