
**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2024-L0416/ARCOP/ORD

sur recours de SIIC-SA contre les résultats provisoires de la demande de prix n°08/2024/CCI-BF/DG/DGA-SA/DMG/SAPM pour l'acquisition de chariots élévateurs 3 tonnes et 7 tonnes au profit de la CCI-BF.

**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 public déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 22 octobre 2024 de SIIC-SA contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

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

en présence de :

- Monsieur Boureima P. SAVADOGO membre de l'ORD ;
- Madame Maria Myreille BARRY, 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 Pascal Wendé-konté BONKOUNGOU et Souleymane OUEDRAOGO, représentant SIIC-SA ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs A. J. Achille YAMEOGO et Abdoula ZOANGA, représentant la Chambre de Commerce et d'Industrie du Burkina Faso (CCI-BF) ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Marc ZOUNGRANA, Directeur de l'entreprise INGERIEUR ;

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 contre les résultats provisoires de la demande de prix n°08/2024/CCI-BF/DG/DGA-SA/DMG/SAPM pour l'acquisition de chariots élévateurs 3 tonnes et 7 tonnes au profit de la CCI-BF

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 notamment dans le journal l'Express du FASO du 14 octobre 2024 et ont fait ensuite l'objet d'une notification directe au requérant, le 15 octobre 2024 ; qu'en l'espèce, il apparait que les résultats provisoires n'ont pas été publiés dans la revue des marchés publics ; qu'ensuite, il n'a pas été régulièrement publié dans le quotidien d'informations générales « L'express du Faso » car les requérants n'ont pas été informés du journal devant publier les résultats et des dates de parution en violation des dispositions du décret n°2019-0549/PRES/PM/MINEFID du 31 mai 2019 portant modificatif du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID suscité ;

que cette publication étant considérée comme nulle, il y a lieu de l'écartier et de s'en tenir à la notification directe des résultats pour apprécier les délais de recevabilité du recours ;

qu'à partir de cette date, 15 octobre 2024, le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 17 octobre 2024 ; que SIIC-SA a effectivement saisi l'autorité contractante d'un recours préalable par lettre en date du 17 octobre 2024 ; que la Chambre de commerce et d'industrie n'ayant pas répondu dans son délai de deux (02) jours ouvrables, le requérant devait saisir l'ORD au plus tard le 23 octobre 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,

la Chambre de Commerce et d'Industrie du Burkina Faso (CCI-BF) a lancé la demande de prix n°08/2024/CCI-BF/DG/DGA-SA/DMG/SAPM pour l'acquisition de chariots élévateurs 3 tonnes et 7 tonnes ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de SIIC-SA conforme mais anormalement basse ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que l'évaluation de la conformité financière de la CAM est erronée et viole les dispositions de la clause 21.6 des Instructions aux Candidats de son dossier de demande de prix qui stipule que : « 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 toutes taxes comprises corrigés, des offres techniquement conformes affectés des coefficients de pondération qui sont respectivement de 0,6 et de 0,4... » ;

qu'au regard de cette disposition réglementaire, l'intervalle de la conformité financière des offres déclarées techniquement conformes se situe entre 73 295 924 FCFA TTC et 99 165 074 FCFA TTC ; qu'ainsi une offre inférieure à 73 295 924 FCFA TTC est anormalement basse ; qu'il a proposé 75 520 000 FCFA TTC et son offre ne peut être déclarée anormalement basse ;

que l'autorité contractante a violé la clause 21.6 des Instructions aux Candidats en n'intégrant pas les montants TTC (18%) des soumissionnaires CONCO DISTRIBUTION, DECCOM BURKINA et INGENIEUR dans la détermination des offres financièrement conformes ; qu'elle s'est contentée simplement de leurs montants hors TVA proposés comme indiqué dans la notification sus visée du fait que ceux-ci relèvent du RSI (Régime Simplifié des Impositions) et ne sont pas autorisés à facturer la TVA ;

qu'ainsi, pour le respect de la disposition réglementaire du calcul de la conformité financière basée sur les montants TTC des offres techniquement conforme, l'autorité contractante doit intégrer leurs montants TTC dans le but de déterminer uniquement les offres anormalement basses et élevées ;

qu'il prie l'ORD de bien vouloir constater cette violation et réexaminer ce calcul tout en respectant cette disposition réglementaire ignorée par l'autorité contractante ;

qu'ensuite, le requérant conteste la conformité technique des offres des soumissionnaires NEEMBA, AZ CHALLENGE, ABM EXPERTISE AFRICA, CONCO DISTRIBUTION, DRAMKONA MULTI SERVICE, DECCOM BURKINA, ZIGARO INTERNATIONAL, INGENIEUR, KANDOR GROUP pour les raisons suivantes :

qu'en effet, l'arrêté n°2016-445/MINEFID/CAB du 19 décembre 2016 exige des soumissionnaires un Service Après-Vente (SAV) composé : d'un magasin de pièces de rechanges de la marque du véhicule ; équipements de diagnostic, d'entretien et de réparation de la marque ; existence d'un atelier VL (véhicules légers) ou d'un atelier PL (poids lourds) et un Personnel qualifié composé d'un chef d'atelier avec BEP-maintenance véhicule automobile (MVA) minimum et de trois (03) ouvriers spécialisés titulaires du CAP en automobile minimum ;

que ces différents soumissionnaires sus cités n'évoluent pas dans le domaine du matériel roulant et ne peuvent valablement justifier le respect de cette exigence conformément aux critères standards ; que l'ORD constatera la non-conformité de leur SAV après vérification de leurs offres en vue d'en tirer les conséquences de droit ;

qu'au bénéfice de tout ce qui précède, il sollicite qu'il plaise à l'ORD : en la forme se déclarer compétent et déclarer le présent recours recevable ; au fond : dire sa plainte entièrement bien fondée ; en conséquence, infirmer les résultats provisoires de la Demande de Prix N°08/2024/CCI-BF/DG/DGA-SAS/DMG/SAPM ;

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 du motif ci-dessus rappelé ;

considérant que le dossier de demande de prix a requis des chariots élévateurs de capacités différentes ; que la formule de l'offre anormalement basse ou élevée est notamment régie par les dispositions de l'article 108 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID suscitée et de l'arrêté n°2022-0161/MEFP/CAB du 13 mai 2022 portant modificatif des dossiers standard nationaux d'acquisition (DSNA) ; qu'il a également noté au point IC 13 (a) des données particulières que le service après-vente (SAV) est requis avec la mention suivante : « Le fournisseur assurera la maintenance des chariots durant la période de garantie d'une année » ;

considérant que le requérant a réaffirmé ses moyens et prétentions ci-dessus exposés ; qu'en substance, son offre n'est pas anormalement basse car cette conclusion découle d'une mauvaise mise en œuvre de la formule applicable en la matière ; qu'ensuite, les offres de ses concurrents doivent être écartées pour non-respect des obligations liées au SAV ;

considérant que la CAM a noté qu'elle a régulièrement évalué les offres ; que s'agissant de la non prise en compte de la TVA de 18% sur les offres de certains soumissionnaires, cela n'a pas d'incidence ; que sur le SAV, elle reconnaît que le dossier l'a exigé mais sans définir les moyens et les contours du service ; qu'elle en déduit que les soumissionnaires peuvent en faire la preuve par tout moyen ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a noté que la CAM a admis que, dans la mise en œuvre de la formule de l'offre anormalement basse, elle a considéré les offres financières HTVA des soumissionnaires non soumis à la TVA : CONGO DISTRIBUTION, DECCOM BURKINA et l'attributaire provisoire, INGENIEUR alors qu'elle a pris les offres TTC des autres soumissionnaires ; que l'ORD a jugé que ces entreprises relevant du Régime simplifié d'imposition (RSI) ne doivent pas voir leurs offres augmentées du taux de la TVA ;

qu'en effet, conformément aux dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 300 du code général des impôts (CGI), ces derniers n'ont pas la qualité d'assujetti à la TVA. Ils ne doivent donc pas facturer la TVA et doivent soumettre leurs offres en hors taxes même si l'objet de la commande publique porte sur des affaires ou opérations taxables. Toutefois, ces montants hors taxes correspondent en même temps aux montants TTC et doivent être considérés comme tels.

qu'ainsi, l'obligation de prendre les offres TTC pour appliquer la formule de l'offre anormalement basse doit être mise en œuvre en considérant les montants HTVA des entreprises non assujetties à la TVA, car il s'agit aussi de leurs montants TTC ;

considérant que l'ORD précise qu'il ne s'agit pas en l'espèce de comparer les offres financières en vue de l'attribution suivant le principe de l'offre conforme évaluée la moins disante ; que c'est notamment dans ce cas qu'il sied de ramener toutes les offres en HTVA pour les besoins de l'attribution conformément au principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires (Voir circulaire n°2015-0693/MEF/SG/DGI/DLC du 18 mars 2015 relative à la TVA sur les marchés publics) ;

considérant que l'ORD s'est également prononcé sur l'application de la règle du SAV pour les présentes acquisitions de chariots élévateurs ; que, sur ce point, il a jugé que l'arrêté n°2016-445/MINEFID/CAB du 19/12/2016 portant adoption des spécifications techniques de matériel roulant n'est pas applicable car si le chariot élévateur est bien un matériel roulant, il reste qu'il n'est pas soumis à ses dispositions ; qu'en effet, l'arrêté suscité présente le matériel roulant notamment les véhicules automobiles en catégories réparties entre le groupe des véhicules légers et celui des véhicules poids lourds ; qu'il est apparu que le chariot élévateur ne peut être objectivement rattaché à aucune de ces catégories réglementées par l'arrêté ; qu'en conséquence, le SAV défini par l'arrêté dont se prévaut le requérant ne saurait être considéré comme obligatoire ;

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 SIIC-SA 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 SIIC-SA n'est pas fondée ; qu'en effet, les offres des soumissionnaires qui sont présentées en HTVA (Régime simplifié d'imposition) doivent être considérées comme étant en TTC conformément à la loi fiscale ; qu'ainsi, la CAM n'a pas à ajouter la TVA sur les offres HTVA pour appliquer la formule de l'offre anormalement basse ;**
- **que s'agissant du Service après-vente, l'arrêté n°2016-445/MINEFID/CAB du 19/12/2016 portant adoption des spécifications techniques de matériel roulant n'est pas applicable car le chariot élévateur est un matériel roulant non soumis à ses dispositions ;**
- **de confirmer les résultats provisoires de la demande de prix n°08/2024/CCI-BF/DG/DGA-SA/DMG/SAPM pour l'acquisition de chariots élévateurs 3 tonnes et 7 tonnes au profit de la CCI-BF ;**
- **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 25 octobre 2024

Le Président de séance

Lassina TRAORE