

DECISION N°2024-L0431/ARCOP/ORD

sur recours de HODAVIA DISTRIBUTION Sarl contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2024-01/RCNR/PBAM/CZTG pour l'acquisition de matériels et outillages médicaux au profit des CSPS de la Commune de Zimtanga.

**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 04 novembre 2024 de HODAVIA DISTRIBUTION Sarl contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

présidé par Madame Rosalie COMPAORE/NARE, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Monsieur Abdouramane DIALLO, membre de l'ORD ;
- Madame K. Sylvie SEREME/TAPSOBA, membre de l'ORD ;
- Madame K. Irène BAYANE/ZONGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Christ-Mi Samuel GANGO et Sylvère SAWADOGO, représentant HODAVIA DISTRIBUTION Sarl ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Abdoulay NABIE, représentant la Commune de Zimtanga ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Alassane OUEDRAOGO, représentant MEDITEK FASO ;

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°2024-01/RCNR/PBAM/CZTG pour l'acquisition de matériels et outillages médicaux au profit des CSPS de la Commune de Zimtanga ;

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°4002 du lundi 04 novembre 2024, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mercredi 06 novembre 2024 ; que HODAVIA DISTRIBUTION Sarl a saisi l'ORD par lettre en date du lundi 04 novembre 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 Commune de Zimtanga a lancé la demande de prix n°2024-01/RCNR/PBAM/CZTG pour l'acquisition de matériels et outillages médicaux au profit des CSPS de la Commune ;

la Commission communale d'attribution des marchés (CCAM) a déclaré l'offre de HODAVIA DISTRIBUTION Sarl conforme et classée deuxième (2^{ème}) ;

le requérant conteste cette décision de la CCAM et fait valoir que l'offre technique de MEDITEK FASO n'est pas conforme pour défaut de production d'agrément ; qu'en rappel, le dossier, à sa page 22, à l'IC 8.1 (f), a exigé : « un agrément de type A1 » ; qu'à l'ouverture des plis, l'attributaire provisoire a produit une quittance de demande d'agrément A3 or le dossier a exigé A1 ; que la quittance ne vaut pas agrément et même si elle valait agrément, la catégorie produite n'est pas celle qui a été demandée ; qu'au regard des dispositions réglementaires et de la position constante et abondante de l'ORD, le PV de délibération ne vaut pas agrément, la quittance qui n'est que la preuve de dépôt de la demande d'agrément ne saurait avoir les mêmes effets qu'un agrément ; que le dossier ayant requis la production d'un agrément, MEDITEK FASO avait l'obligation d'en produire ; que ne l'ayant pas fait, la CAM devait déclarer son offre non conforme sur ce point ;

que par ailleurs, la correction effectuée à l'item 22 de son offre financière et qui a entraîné une variation à la hausse de 3,51% n'est pas régulière ; qu'il sied de constater que l'item 22 est un poste à mémoire et ne devrait pas être comptabilisé comme une proposition financière ; que de ce fait, le montant lu de son offre mérite d'être considéré ;

qu'en outre, l'évaluation et la comparaison des offres devraient se faire en HTVA car il ne facture pas la TVA ; que malheureusement, dans le cadre de la présente procédure, la CAM a comparé les montants TTC des soumissionnaires ;

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

sur la discussion,

considérant que le requérant dit remettre en cause les résultats provisoire sur 3 points : d'abord la non-conformité technique de l'offre de l'attributaire provisoire pour défaut d'agrément technique exigé ; ensuite l'irrégularité de la correction de son offre financière ; et enfin, la comparaison des offres qui doit se faire sur la base des montants HTVA car il ne facture pas la TVA ;

considérant qu'il ressort de la circulaire n°2015-0693/MEF/SC/DGR/DLC du 18 mars 2015 relative à la TVA sur les marchés publics, qu'il convient de retenir le prix hors taxe du marché comme critère d'appréciation des offres financières afin de garantir l'égalité entre les concurrents dans les situations où ceux-ci relèvent de différents régimes d'imposition ;

considérant que le dossier de demande de prix a requis des soumissionnaires un agrément technique de type A1 ;

considérant que la CAM a noté qu'à l'analyse des offres, elle a constaté que l'attributaire provisoire a produit dans son offre une lettre du Secrétaire général du Ministère de la santé validant sa demande d'agrément technique A3 et une quittance des frais de délivrance de l'agrément ; qu'il a été clairement mentionné que ces documents peuvent tenir lieu d'agrément dans l'attente de la signature de l'arrêté conjoint d'octroi d'agrément ; que sur cette base, elle a considéré que l'attributaire provisoire est titulaire de l'agrément technique A3 ; que d'ailleurs, cette catégorie A3 est supérieure à la catégorie A1 exigé dans le dossier ; qu'ainsi, l'attributaire provisoire a respecté l'exigence du dossier et son offre est conforme sur ce point ; que s'agissant de la correction de l'offre du requérant, elle est régulière car l'item 22 n'a pas été facturé ; que concernant la comparaison des offres, elle a été faite sur la base des montants TTC ;

considérant que l'attributaire provisoire n'a pas fait de commentaire particulier ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que l'agrément technique de catégorie A3 de l'attributaire provisoire justifié par les documents produits (la quittance et la lettre de SG) n'est pas conforme aux exigences du dossier ; qu'en effet, l'agrément de catégorie A1 exigé dans le dossier est distinct de la catégorie A3 ; qu'en matière d'agrément dans le domaine médical, il n'y a pas de hiérarchie entre les catégories ; que sur cette base, l'agrément A3 produit par l'attributaire provisoire n'est pas conforme aux exigences du dossier ; que s'agissant de la comparaison des offres, conformément à la circulaire n°2015-0693/MEF/SG/DGI/DLC du 18 mars 2015 ci-dessus citée, les offres financières doivent être comparées en HTVA en cas de différence de régime d'imposition ; qu'en l'espèce, la CAM n'a pas bien procédé car le requérant ne facture pas la TVA ; que par ailleurs, la correction de l'offre du requérant est régulière ;

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

par ces motifs ;

DECIDE :

- **qu'il est compétent ;**
- **que le recours de HODAVIA DISTRIBUTION Sarl est recevable ;**

- que la demande de prix sus visée reste soumise aux dispositions 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 la plainte de HODAVIA DISTRIBUTION Sarl est partiellement fondée ;
- d'infirmes les résultats provisoires de la demande de prix n°2024-01/RCNR/PBAM/CZTG pour l'acquisition de matériels et outillages médicaux au profit des CSPS de la Commune de Zimtanga ;
- 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 06 novembre 2024

La Présidente de séance

Rosalie COMPAORE/NARE
Chevalier de l'ordre du mérite