

-----  
**ORGANE DE REGLEMENT  
DES DIFFERENDS**

**DECISION N°2024-L0473/ARCOP/ORD**

sur recours de HODAVIA DISTRIBUTION SARL et de KDMM SARL contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2024-001/RCNR/PNMT/CBRM/SG/SMP pour l'acquisition de matériels médico-techniques au profit des trois (03) CSPS Barga II, Koulwoko et Silmangué de la Commune de Bouroum.

**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 lettres en date du 06 décembre 2024 de HODAVIA DISTRIBUTION SARL et du 09 décembre 2024 de KDMM SARL contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

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

en présence de :

- Monsieur Boureima P. SAVADOGO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Abdouramane DIALLO, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants,
  - Mesdames Aïda KOHIO, Eveline BONTOOGO et Monsieur Christ-Mi Samuel GANGO, représentant HODAVIA DISTRIBUTION SARL ;
  - Monsieur Bourahima SEGUEDA, représentant KDMM SARL ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Pascal SAWADOGO, PRM de la Commune de Bouroum ;

- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Laatif Faisal 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 les recours concernent la contestation des résultats provisoires de la demande de prix n°2024-001/RCNR/PNMT/CBRM/SG/SMP pour l'acquisition de matériels médico-techniques au profit des trois (03) CSPS Barga II, Koulwoko et Silmangué de la Commune de Bouroum ;

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 dans le quotidien des marchés publics n°4025 du jeudi 05 décembre 2024, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 09 décembre 2024 ; que HODAVIA DISTRIBUTION SARL et de KDMM SARL ont saisi l'ORD par lettres respectivement en date du vendredi 06 et lundi 09 décembre 2024 ; que, par ailleurs, les recours sont conformes 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 les déclarer recevables ;

## **AU FOND :**

### **sur les faits,**

la Commune de Bouroum a lancé la demande de prix n°2024-001/RCNR/PNMT/CBRM/SG/SMP pour l'acquisition de matériels médico-techniques au profit des trois (03) CSPS Barga II, Koulwoko et Silmangué de la Commune ;

la Commission communale d'attribution des marchés (CCAM) a déclaré l'offre de HODAVIA DISTRIBUTION non-conforme au motif que son offre est anormalement basse ; s'agissant de l'offre de KDMM SARL, elle a été rejetée comme non-conforme aux motifs que la société a produit un agrément technique non conforme (A3 au lieu de A1) ; ensuite, la CAM a mentionné des éléments de correction dans son offre :

- au lieu de 145 000 en chiffre, lire cent trente mille en lettre ;
- au lieu de 55 000 en chiffre, lire cinq mille cinq cent lettre ;

les requérants contestent cette décision de la CCAM,

HODAVIA DISTRIBUTION fait valoir que l'offre de l'attributaire provisoire mérite d'être écartée pour non production d'agrément conforme ; qu'aussi, la formule M a été irrégulièrement appliquée ;

1. de la non-conformité de l'offre technique de MEDITEK FASO pour défaut de production d'agrément conforme

qu'en rappel, le dossier a exigé : « un agrément de type A2 » alors qu'à l'ouverture des plis, l'attributaire provisoire a produit une quittance de demande d'agrément A3 or le dossier a exigé A2 ; qu'en effet, il y a une différence entre l'agrément de catégorie A2 et celui de catégorie A3 ; qu'en rappel dans une affaire identique où un agrément de type A1 avait été demandé, l'attributaire provisoire a produit un agrément de type A3, l'ORD/ARCOP a rendu la décision n°2024-L436/ARCOP/ORD du 25/11/2024 dont la teneur suit : « [...] ; que statuant à nouveau, l'ORD décide que le dossier a clairement exigé l'agrément A1 légalisé ; que cette exigence n'a pas été régulièrement justifiée par le requérant qui a fourni l'agrément A3 » ; que dès lors, l'offre de l'attributaire provisoire mérite d'être déclarée non conforme sur ce point ;

## 2. de l'application irrégulière de la formule « M »

que suivant l'arrêté n°2022-161/MEFP/CAB du 13/05/2022 portant modification de l'arrêté n°2018-56/MINEFID/CAB du 09/02/2018, les offres hors enveloppe doivent être écartées ; ce à quoi la CCAM n'a pas procédé ; qu'en effet, elle a intégré des offres hors enveloppe, celle de BOOSTER System SARL d'un montant de 18 752 560 F CFA TTC et celle de COSMED PLUS d'un montant de 18 563 760 FCFA TTC, or l'enveloppe budgétaire est d'un montant de 17 199 263 F CFA TTC ; qu'en reprenant l'application de la formule M sans les offres financières de BOOSTER System SARL et de COSMED PLUS (hors enveloppe) et de MEDITEK FASO (non conforme pour absence d'agrément conforme), on a :  $P= 14\,433\,760$  ;  $0,4P= 5\,773\,504$  ;  $E= 17\,199\,263$  ;  $0,6E= 10\,319\,557$  ;  $0,85M= 13\,679\,101$  ; que son offre (14 433 760 F CFA TTC) n'est pas anormalement basse, elle est même la plus avantageuse et mérite l'attribution du marché ;

il note qu'à supposer même que l'offre technique de l'attributaire provisoire soit conforme, il ne peut être attributaire du marché car a une offre financière plus disant (15 331 240 F CFA TTC) ; qu'ainsi en reprenant le calcul de « M » avec les offres de MEDITEK FASO et HODAVIA SARL, on a :  $P= 14\,882\,500$  ;  $0,4P= 5\,953\,000$  ;  $E= 17\,199\,263$  ;  $0,6E= 10\,319\,557$  ;  $0,85M= 13\,831\,673$  ; que son offre (14 433 760 F CFA TTC) n'est pas anormalement basse, est la plus avantageuse et mérite l'attribution du marché ;

en ce qui concerne KDMM SARL, il fait remarquer qu'il faut noter qu'il disposait déjà depuis mars 2020 d'un agrément technique de catégorie A1 obtenu conformément à l'arrêté conjoint N°2013-1125/MS/MEF du 12 décembre 2013 portant conditions d'octroi, de retrait et de renouvellement d'agrément technique pour la fourniture de réactifs et de consommables médicaux, la fourniture, l'installation, la mise en service et la maintenance de matériel et d'équipements medicotechniques ; qu'ayant constaté que son agrément technique est arrivé à expiration en mars 2023, il a introduit le 28/03/2023 une requête auprès de l'autorité compétente aux fins de renouvellement ; qu'entre temps, le 22 mai 2023 l'arrêté conjoint N°2023-190/MSHP/MEFP portant conditions d'octroi, de renouvellement et le retrait d'agrément technique pour la fourniture, l'installation, la mise en service et la maintenance des dispositifs médicaux est rentré en vigueur abrogeant toutes les dispositions antérieures et l'agrément A1 ancien est remplacé par l'agrément A3 nouveau ;

il note que cependant, le nouvel arrêté conjoint N°2023-190/MSHP/MEFP a tenu compte des requêtes introduites comme son cas avant sa mise en vigueur ; que c'est ainsi que dans ses dispositions transitoires et finales, l'article 37 stipule que : les agréments en cours de validité restent valables jusqu'à expiration. Les requêtes soumises à la commission d'agrément avant la signature du présent arrêté et pour lesquelles elle n'a pas encore statué restent sous l'emprise de l'arrêté conjoint N°2013-1125/MS/MEF du 12 décembre 2013 portant conditions d'octroi, de retrait et de renouvellement d'agrément technique pour la fourniture de réactifs et de consommables médicaux, la fourniture, l'installation, la mise en service et la maintenance de matériel et d'équipements médico techniques ;

ils sollicitent donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires afin de les rétablir dans leurs droits ;

**sur la discussion,**

considérant que les offres des requérants ont été écartées sur la base des motifs ci-dessus rappelés ;

considérant que le dossier a prévu l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée conformément aux textes en vigueur ; que le dossier initialement avait requis, au point IC 8.1 (f) des données particulières, un agrément de catégorie A2 ; qu'ensuite, cette prescription a fait l'objet d'une publication rectificative dans la Revue des marchés publics n°4007 du 11 novembre 2024 ; qu'ainsi, l'autorité contractante a finalement requis l'agrément A3 ;

considérant qu'il est établi que les matériels médico techniques sont exonérés de la TVA ; qu'il en est ainsi pour la majorité des matériels requis dans ce dossier ;

considérant que les requérants ont réaffirmé leurs moyens et prétentions ci-dessus exposés ;

**sur le recours de HODAVIA DISTRIBUTION SARL,**

considérant que le requérant relève que l'offre de l'attributaire MEDITEK FASO n'est pas conforme parce qu'il a donné un agrément A3 au lieu de A2 ; qu'en sus, la formule de l'offre anormalement basse a été irrégulièrement appliquée par la prise en compte d'offres hors enveloppe budgétaire ;

considérant que la CAM a noté qu'en réalité, c'est l'agrément de catégorie A3 qui a finalement été requis et non celui de catégorie A2 (Revue des marchés publics n°4007 du 11 novembre 2024) ; qu'il a bien fourni cet agrément ; que s'agissant des offres hors enveloppe, la CAM a relevé que beaucoup d'items ne sont pas soumis à la TVA ;

considérant que l'attributaire provisoire a rejeté les arguments du requérant ; que son offre est bien conforme au dossier ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la plainte de HODAVIA DISTRIBUTION SARL n'est pas fondée ; qu'en effet, l'attributaire provisoire a fourni un agrément A3 conformément au communiqué modificatif du dossier (Revue des marchés publics n°4007 du 11 novembre 2024) ; que sur les offres financières TTC des deux (02) soumissionnaires (COSMED PLUS et BOOSTER System SARL), il apparaît qu'il n'est pas pertinent de multiplier les offres HTVA par 18% pour trouver les offres TTC tel que l'a fait le requérant pour considérer que leurs offres financières sont hors enveloppe ; que la CAM doit corriger toutes les offres selon le régime fiscal des items concernés et en tirer les éventuelles conséquences ; qu'en effet, elle a considéré que tous les items ne sont pas soumis à la TVA, ce qui n'est pas exacts ;

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

**sur le recours de KDMM SARL,**

considérant que la CAM a justifié sa décision en notant qu'il a effectivement fourni un agrément de catégorie A1 au lieu de A3 ; que les membres de l'ORD peuvent le constater de visu dans son offre technique ;

considérant que l'attributaire provisoire a soutenu cette position de la CAM en relevant qu'il appartenait au requérant de demander un nouvel agrément technique à l'entrée en vigueur du nouveau texte régissant la matière (l'arrêté conjoint n°2023-0190/MSHP/MEFP du 22 mai 2023 portant conditions d'octroi, de renouvellement et de retrait d'agrément technique) ;

considérant que l'arrêté conjoint suscité a prévu des dispositions transitoires qui établissent que « Les agréments en cours de validité restent valables jusqu'à leur expiration. Les requêtes soumises à la commission d'agrément avant la signature du présent arrêté et pour lesquelles elle n'a pas encore statué restent sous l'emprise de l'arrêté conjoint N°2013-1125/MS/MEF du 12 décembre 2013 portant conditions d'octroi, de renouvellement et de retrait d'agrément technique pour la fourniture de réactifs et de consommables médicaux, la fourniture, l'installation, la mise en service et la maintenance de matériel et d'équipements médico techniques », article 37 de l'arrêté conjoint ;

considérant qu'il est constant que les dispositions de cet article s'applique au cas de KDMM SARL ; qu'en effet, il a soumis sa requête de renouvellement, le 28 mars 2023, avant l'adoption du nouvel arrêté, le 22 mai 2023 ; qu'ensuite, c'est le 07 juillet 2023, que le Ministère lui a répondu favorablement en lui accordant l'agrément de catégorie A1 sous le régime de l'arrêté abrogé du 12 décembre 2013 conformément aux dispositions transitoires du nouvel arrêté ; que cet agrément de catégorie A1 correspond bien aux éléments de l'agrément de catégorie A3 selon le nouvel arrêté et reste valable jusqu'à son expiration ; qu'il en résulte que le requérant a proposé un agrément A1 ancien valide et correspondant à l'agrément A3 du nouvel arrêté en vigueur ; qu'il en résulte que KDMM SARL a l'agrément correspondant qui lui permet de participer régulièrement à l'appel à concurrence ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a conclu que la plainte de KDMM SARL est fondée ; qu'au regard des dispositions de l'article 37 de l'arrêté conjoint n°2023-0190/MSHP/MEFP portant conditions d'octroi, de renouvellement et de retrait d'agrément technique du 22 mai 2023, son agrément A1 régi par l'ancien arrêté reste valable et vaut agrément A3 (arrêté n°2023-441/MSHP/CAB du 26 septembre 2023) ;

qu'en conséquence, il convient d'infirmen en définitive les résultats provisoires de la demande de prix ;

sur ces motifs ;

## **DECIDE :**

- **qu'il est compétent ;**
- **que les recours de HODAVIA DISTRIBUTION et de KDMM SARL sont recevables ;**
- **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 HODAVIA DISTRIBUTION SARL n'est pas fondée ; qu'en effet, l'attributaire provisoire a fourni un agrément A3 conformément au communiqué modificatif du dossier (Revue des marchés publics n°4007 du 11 novembre 2024) ; que, cependant, la CAM doit corriger toutes les offres selon le régime fiscal des items concernés et en tirer les éventuelles conséquences ;**
- **que la plainte de KDDM SARL est fondée ; qu'au regard des dispositions de l'article 37 de l'arrêté conjoint n°2023-0190/MSHP/MEFP portant conditions d'octroi, de renouvellement et de retrait d'agrément technique du 22 mai 2023, son agrément A1 (arrêté n°2023-441/MSHP/CAB du 26 septembre 2023) reste valable et vaut agrément A3 ;**
- **d'infirmen en définitive les résultats provisoires de la demande de prix n°2024-001/RCNR/PNMT/CBRM/SG/SMP pour l'acquisition de matériels médico-techniques au profit des trois (03) CSPS Barga II, Koulwoko et Silmangué de la Commune de Bouroum ;**
- **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 12 décembre 2024

Le Président de séance

**Siaka COULIBALY**