

**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2024-L0463/ARCOP/ORD

sur recours de FASO IMB Sarl contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2024-10/MS/SG/CHU-T pour l'acquisition de petits matériels médicotecniques et divers au profit du Centre hospitalier universitaire de Tengandogo (CHU-T) (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 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 28 novembre 2024 de FASO IMB 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 :

- Madame Delphine M. D. SAMADOULOU, membre de l'ORD ;
- Monsieur Issoufou YELEMOU, membre de l'ORD ;
- Madame Awa ZARE/KONATE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Mouminou DAO et Frank LANKOANDE, représentant FASO IMB Sarl ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Albert KOUDOUGOU, représentant le Centre hospitalier universitaire de Tengandogo (CHU-T)
- au titre de l'attributaire provisoire, Madame Sandra KONSEIGA, représentant SCIENCE MODERNE 24 Sarl ;

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°2024-10/MS/SG/CHU-T pour l'acquisition de petits matériels medicotechniques et divers au profit du CHU Tengandogo (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°4017 du lundi 25 novembre 2024, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mercredi 27 novembre 2024 ; que FASO IMB Sarl a fait un recours préalable devant l'autorité contractante le lundi 25 novembre 2024 ; que cette dernière lui a répondu le mercredi 27 novembre 2024 ; qu'insatisfait, le requérant avait jusqu'au vendredi 29 novembre 2024 pour saisir l'ORD ; qu'il a effectivement saisi l'ORD par lettre en date du jeudi 28 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 ;

le Centre hospitalier universitaire de Tengandogo (CHU-T) a lancé la demande de prix n°2024-10/MS/SG/CHU-T pour l'acquisition de petits matériels médicotechniques et divers ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de FASO IMB Sarl au lot 01 conforme et classée deuxième (2^{ème}) ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que l'offre de l'attributaire provisoire est anormalement basse ; que le matériel à acquérir est exonéré de la TVA ; que pour l'application de la formule de l'offre anormalement basse ou élevée, il n'est pas nécessaire d'appliquer le taux de 18% de TVA aux trois (03) offres conformes et ce taux ne doit pas être non plus soustrait de l'enveloppe financière ;

que le décret N°2017-049/PRES/PM/MINEFID du 01/02/2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés et des délégations de service public à son article 108 dispose qu'une offre est 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 ; que les offres financières inférieures à 0.85 M sont anormalement basses et celles supérieures à 1.15 M sont anormalement élevées ;

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 24 millions de FCFA TTC et la somme totale des offres s'élève à 54 851 500 FCFA ; que la moyenne pondérée du montant prévisionnel et de la moyenne des offres financières M= 21 713 533 FCFA ; que 0,85M= 18 456 503 FCFA et 1,15M= 24 970 563 FCFA ;

que l'offre de l'attributaire provisoire de 17 011 500 FCFA TTC étant inférieure à la borne de 0,85M, son offre est alors anormalement basse ;

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 mais non attributaire en raison du caractère non moins disant de son offre ;

considérant que le présent marché concerne l'acquisitions de petits matériels medicotechniques et que le requérant rappelle que ce matériel est exonéré de la TVA donc par conséquent il n'y a plus lieu d'ajouter la TVA avant d'appliquer la formule de l'offre anormalement basse ou élevée ;

considérant que l'article 308 du code des impôts précise que : « Sont également exonérées de TVA, les importations, les ventes et les locations effectuées par les sociétés de crédit-bail, les importations et les ventes portant sur les produits suivant :

- 1) Médicaments, produits pharmaceutiques, matériels et produits spécialisés pour les activités médicales (...) » ;

considérant que le requérant a réaffirmé son argumentaire ci-dessus développé ;

considérant que la CAM a noté que tous les items sont exonérés de la TVA ; qu'il y a trois (03) offres conformes ; qu'elle a ajouté la TVA avant de faire les calculs de l'offre anormalement basse ou élevée ; qu'après l'application de la formule, l'attribution a été fait en hors taxe ;

considérant que l'attributaire provisoire n'a pas fait d'observations particulières ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé 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 par conséquent, il n'y a plus lieu de déduction de la TVA ni d'ajout de la TVA sur les offres avant l'application de la formule de l'offre anormalement basse ; qu'en la matière la TVA est égale à zéro ; que par conséquent il y a lieu de renvoyer la CAM à reprendre l'application de la formule de façon régulière ;

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 FASO IMB 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 FASO IMB Sarl est fondée ;**
- **d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n°2024-10/MS/SG/CHU-T pour l'acquisition de petits matériels médicotechniques et divers au profit du CHU Tengandogo (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 29 novembre 2024

La Présidente de séance

Rosalie COMPAORE/NARE
Chevalier de l'ordre du mérite