

**DECISION N°2016-0434/ARCOP/ORAD**

sur recours de 2SI SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2016-003/RCES/PBLG/CZBR pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des CEB I et II de la commune de Zabré.

**L'ORGANE DE REGLEMENT AMIABLE DES DIFFERENDS  
STATUANT EN MATIERE DE LITIGE :**

**Vu** le décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

**Vu** le décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public et ensemble ses modificatifs ;

**Vu** le décret n°2008-374/PRES/PM/MEF du 23 juillet 2008 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;

**Sur** recours par lettre en date du 24 août 2016 de 2SI SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;

présidé par Monsieur Serge Louis Marie P. TOE, membre de l'Organe de règlement amiable des différends (ORAD) ;

en présence de :

- Monsieur Soumaïla BARRO membre de l'ORAD ;
- Monsieur Doudou DOUMBIA, membre de l'ORAD ;
- Messieurs Moïse BAKORBA et B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORAD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs N.B. Alfred KAFANDO et Moumounou GNESSIEN, respectivement Gérant et conseiller juridique de 2SI SARL ;
- au titre de l'autorité contractante, Monsieur A. Koudbi NIKIEMA, Secrétaire général de Mairie de Zabré ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Ernest COMPAORE, représentant de P.C.B Sarl ;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

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 l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions du décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public et ses modificatifs n°2012-123/PRES/PM/MEF du 02 mars 2012 et n°2013-1148/PRES/PM/MEF du 12 décembre 2013 ;

considérant qu'aux termes de l'article 28 du décret n°2014-554 ci-dessus visé, l'ORAD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ;

considérant que le recours concerne les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2016-003/RCES/PBLG/CZBR pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des CEB I et II de la commune de Zabré ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORAD est compétent pour en connaître ;

**sur la recevabilité,**

considérant qu'aux termes de l'article 30 du décret n°2014-554 ci-dessus visé, « Tout candidat ou soumissionnaire s'estimant injustement évincé des procédures de passation de la commande publique, doit, avant de saisir l'ORAD, exercer un recours auprès de l'autorité contractante.

Ce recours est une demande écrite indiquant les références de la procédure de passation et exposant les motifs de sa réclamation. Il est adressé à l'autorité contractante avec accusé de réception ou déposé contre récépissé. Il doit invoquer une violation caractérisée des textes en la matière. Il doit être exercé dans un délai de trois (03) jours ouvrables à compter de la publication de l'avis d'attribution dans la revue de la commande publique, de la communication de la lettre d'invitation ou du dossier de demande de propositions.

L'autorité contractante est tenue de répondre à cette réclamation dans un délai de trois (03) jours ouvrables au-delà duquel le défaut de réponse sera constitutif d'un rejet implicite du recours.

En cas de rejet implicite, le requérant dispose de deux (02) jours ouvrables pour saisir l'ORAD. En cas de notification d'une réponse de rejet, il dispose de cinq (05) jours ouvrables pour saisir l'ORAD. »;

considérant que les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°1859 du mercredi 17 août 2016, et que le délai de recours préalable auprès de l'autorité contractante courait jusqu'au 22août2016 ;

que 2SI Sarl a, par lettre en date du 17 août 2016, saisi le Président de la Délégation spéciale communale de Zabréle qui a répondu à ladite lettre le 19 août 2016; que si tant est que le requérant n'était pas satisfait, il disposait de cinq (05) jours ouvrables pour saisir l'ORAD ; que c'est ce à quoi, il a satisfait par lettre en date du 24 août 2016; que, par ailleurs, le recours est conforme aux dispositions de l'article 33 du décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique précité ;

que, dès lors, il convient de la déclarer recevable ;

## **AU FOND :**

### **sur les faits,**

la Commune de Zabré a lancé l'appel d'offres ouvert n°2016-003/RCES/PBLG/CZBR pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des CEB I et II de la commune ;

la Commission communale d'attribution des marchés a attribué le marché à P.C.B Sarl tout en déclarant l'offre du requérant non conforme sur le fondement de ce qu'il y aurait une absence de logique entre le régime fiscal du requérant et sa déclaration de chiffre d'affaires des trois dernières années dépassant plus de 50 millions par an ;

le requérant rejette ce motif en relevant qu'il lèse ses droits ; il a fait valoir deux arguments, le premier étant relatif à son régime d'imposition et le second à la violation de l'article 30 des Instructions aux soumissionnaires par la CCAM ; sur le premier point, il a noté que le régime d'imposition d'un contribuable « doit s'apprécier, s'agissant de la participation aux marchés publics, au jour du dépôt de sa soumission » ; en l'espèce, à la date du 14 juin 2016, la société relevait du régime simplifié d'imposition qui ne lui permettait pas de facturer la TVA ; elle précise qu'elle n'avait pas pris l'initiative de l'option du régime du réel normal d'imposition, ni reçu de l'administration fiscale une lettre de classement à ce régime ; à ce sujet, le requérant cite les « articles 87 nouveau et 88 nouveau de la loi n°008-2010/AN du 29 janvier 2010 portant création d'un impôt sur les sociétés (article 12 et 13 de la loi de finances N°001-2014/CNT du 29 décembre 2014 portant loi de finance pour l'exécution du budget de l'Etat » relatifs au reclassement ; enfin, la société termine en relevant que c'est le 17 juin 2016 qu'elle a reçu des services des impôts la notification de son reclassement en régime du réel normal d'imposition, soit après la date du dépôt des offres ; sur le second argument, la société requérante a relevé que l'article 30 des IS a été violé et qu'il appartenait à la CCAM de corriger son offre en lui ajoutant la TVA conformément à son nouveau régime fiscal au lieu de la rejeter pour non-conformité ;

2SI Sarl sollicite alors de l'ORAD le réexamen des résultats provisoires ;

**sur la discussion,**

considérant qu'il ressort du point A-15 des données particulières que le régime fiscal du marché est de « droit commun (toutes taxes comprises) » ; que, par ailleurs, le point A-31 des données particulières fait obligation aux soumissionnaires de présenter un chiffre d'affaire annuel moyen minimum de 50 000 000 F.CFA réalisé durant les cinq (05) dernières années ;

considérant que l'autorité contractante a expliqué sa position ; qu'elle a estimé que la société requérante s'est frauduleusement soustraite du régime normal d'imposition pour éviter de facturer la TVA alors que son chiffre d'affaire l'y obligeait depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016 ; qu'ainsi, l'offre du requérant ne pouvait être déclarée conforme en application du « point 2 de l'avis d'appel d'offre dans lequel la concurrence n'est ouverte qu'aux personnes physiques ou morales en règle vis-à-vis de l'Administration » ;

considérant que 2SI Sarl a rappelé ses arguments ci-dessus cités ; qu'elle est de bonne foi et ne cherche pas à fuir ses obligations fiscales ;

considérant que l'ORAD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé qu'au regard des textes applicables en matière fiscale, il n'y a pas de fraude à la TVA ; qu'en effet, l'identité fiscale de la société requérante ne pouvait être appréciée qu'à la date à laquelle elle a soumis son offre à la Commune ; qu'étant formellement toujours dans le régime simplifié d'imposition à cette date, il est normal qu'elle n'ait pas facturé la TVA ; que la référence à la date du 1<sup>er</sup> janvier 2016 du service des impôts ne permet pas de dire que la société en était informée et pouvait donc facturer la TVA ; qu'il faut plutôt considérer la date de notification de la décision de reclassement au régime normal d'imposition ; qu'en conséquence, c'est à tort que la CCAM a rejeté l'offre de la société 2SI Sarl sur cette question ; que sa plainte est donc fondée ;

que, par ailleurs, le changement du régime d'imposition étant intervenue formellement en cours de procédure, il appartient à la CCAM d'en tirer les conséquences en effectuant notamment une correction en vue d'intégrer la TVA à l'offre financière de la société requérante ;

par ces motifs ;

**DECIDE :**

**-qu'il est compétent ;**

**-que le recours de 2SI Sarl est recevable;**

**-que l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions du décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;**

**-que la plainte de 2SI Sarl est fondée ;**

**-qu'il sied d'infirmes les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2016-003/RCES/PBLG/CZBR pour l'acquisition de fournitures scolaires au profit des CEB I et II de la commune de Zabréen enjoignant à la CCAM de reprendre l'évaluation des offres conformément à la présente décision ;**

**-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 30 août 2016

Le Président de séance

**Serge Louis Marie P. TOE**