

DECISION N°2018-0592/ARCOP/ORD

sur recours de l'entreprise H2O HYDROFOR contre le rectificatif des résultats provisoires de la demande de prix n°2017-005/RHBS/PHUE/CBM pour la réhabilitation de onze (11) forages au profit de la Commune de Bama.

**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 ;*
- Vu** *le décret n°2017-0051/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 27 août 2018 de l'entreprise H2O HYDROFOR contre le rectificatif des résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

présidé par Madame Aïssata DIALLO/DIALLO, membre de l'Organe de règlement des différends (ORD) ;

en présence de :

- Madame Fatoumata TALL, membre de l'ORD ;
- Monsieur Sibila François YAMEOGO, membre de l'ORD ;
- Messieurs Tahirou SANOU, Moïse BAKORBA et Y. Ferdinand KINDA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Moussa KIENDREBEOGO et Amadou NANE, respectivement Directeur Général Adjoint et Directeur Général de l'entreprise H2O HYDROFOR ;

- au titre de l'autorité contractante, Monsieur Ousmane SAWADOGO, Secrétaire Général de la Mairie de Bama ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Monsieur Rasmane YAOGO, Directeur de l'entreprise FFC ;

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 la demande de prix susvisée 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 du rectificatif des résultats provisoires de la demande de prix n°2017-005/RHBS/PHUE/CBM pour la réhabilitation de onze(11) forages au profit de la Commune de Bama ;

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 le rectificatif des résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2387 du lundi 27 août 2018, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mercredi 29 août 2018 ; que l'entreprise H2O HYDROFOR a saisi l'ORD par lettre en date du 27 août 2018 ; 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 1^{er} 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 Bama a lancé la demande de prix n°2017-005/RHBS/PHUE/CBM pour la réhabilitation de onze(11) forages ;

la Commission communale d'attribution des marchés (CCAM) avait procédé à l'attribution du marché en tenant compte de la TVA ; que l'entreprise H2O HYDROFOR, non assujetti à la TVA, avait contesté cette décision et l'ORD, en sa séance du 04 décembre 2017, avait infirmé les résultats provisoires ; dans sa publication rectificative, la CCAM a tenu encore compte de la TVA et a déclaré l'offre de l'entreprise H2O HYDROFOR conforme au dossier de demande de prix (DDP) sans lui attribuer le marché ;

le requérant conteste à nouveau cette décision de la CCAM et fait valoir que l'autorité contractante n'a pas respecté les termes de la décision de l'ORD du 04 décembre 2017 qui lui enjoignait de faire l'attribution du marché sur la base du montant hors TVA et de corriger le bordereau des prix au point 4.2 conformément au point a) de l'article 34 du dossier de demande de prix qui le ramenait moins disant ;

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

sur la discussion,

considérant qu'il s'agit de vérifier la mise en œuvre de la décision n°2017-0989/ARCOP/ORD du 04 décembre 2017 ;

qu'il ressort de ladite décision que «(...) l'entreprise H2O HYDROFOR est soumise au régime simplifié d'imposition ; qu'elle est fondée pour n'avoir pas facturé la TVA ni fait apparaître le montant du marché en TTC dans sa lettre d'engagement ; que par contre l'attributaire provisoire EDA SARL, en faisant figurer seul son montant TTC dans sa lettre d'engagement, n'a pas respecté le modèle de la lettre d'engagement ; qu'ainsi son offre n'est pas conforme ; que l'autorité contractante n'est pas également habilitée dans la correction des offres à appliquer la TVA sur des offres qui n'y sont pas assujetties ; que conformément à l'article 30 des Instructions aux soumissionnaires, la comparaison des propositions financières se fait exclusivement sur la base des montants hors taxes lorsqu'il y a des soumissionnaires qui ne sont pas du régime réel d'imposition ; que sur cette base, c'est à tort que la CCAM a appliqué la TVA sur l'offre du requérant » ;

considérant que la CCAM note que le réexamen des offres a été fait par une nouvelle équipe de la Commune ; qu'elle constate qu'au regard des résultats publiés, la décision de l'ORD sus citée n'a pas été intégralement mise en œuvre ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que la CCAM n'a pas intégralement mis œuvre la décision n°2017-0989/ARCOP/ORD du 04 décembre 2017 relativement à la comparaison des offres financières exclusivement sur la base des montants hors taxes étant donné que le requérant n'est pas assujetti à la TVA ; qu'également, l'ORD constate que la CCAM n'a pas corrigé l'offre financière du requérant à l'item 4.2 du bordereau des prix unitaires ; que pourtant, la correction sus sollicitée est conforme aux dispositions de l'article 33 des instructions aux soumissionnaires du dossier de demande prix ; que par conséquent, invite la CCAM à mettre intégralement en œuvre ladite décision dans les meilleurs délais ;

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

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de l'entreprise H2O HYDROFOR est recevable ;

-que la demande de prix susvisée 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 l'entreprise H2O HYDROFOR est fondée ;

-qu'il sied d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n°2017-005/RHBS/PHUE/CBM pour la réhabilitation de onze(11) forages dans la Commune de Bama ;

-de renvoyer la CCAM à tirer les conséquences de 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 2018

la Présidente de séance

Aïssata DIALLO/DIALLO
Chevalier de l'Ordre de Mérite