

DECISION N°2017-0648/ARCOP/ORD

sur demande de retrait du CNLS-IST et de l'entreprise UNIVERS BIO MEDICAL de la décision rendue par l'ORD en sa séance du 30 août 2018 suite au recours de l'entreprise REA EXPRESS contre les résultats provisoires de l'appel d'offres national ouvert n°2018/001/PRES/CNLS-IST/SP/UGF pour la fourniture de réactifs et de consommables de laboratoire pour le compte du SP CNLS-IST et au profit du Programme Sectoriel Santé de lutte contre le Sida (lot 10).

**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/MENEFID du 01 février 2017 portant attribution, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;*
- Vu** *le décret n°2017-0049/PRES/PM/MENEFID 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/MENEFID du 01 février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date des 10 et 11 septembre 2018 respectivement du CNLSS-IST et de l'entreprise UNIVERS BIO MEDICAL contre la décision rendue par l'Organe de règlement des différends en sa séance 30 août 2018 ;*

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

en présence de :

- Monsieur Sylvestre OUEDRAOGO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Idrissa OUATTARA, membre de l'ORD ;
- Messieurs Modeste YAMEOGO et Y. Ferdinand KINDA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants :

- Messieurs Anadi THIOMBIANA et Fatoma O. FARAMA, respectivement SPM et Chargé de programme du SP/CNLS-IST ; Monsieur Mahamady OUEDRAOGO, Logisticien de santé du PSSLS-IST ; Messieurs Alphonse N. NABY et Assoro OUATTARA, respectivement Technologiste biomédical et Ingénieur biologiste à la DGAP ;
 - Messieurs Léonard ILBOUDO, Hermane SOMLARE et Souleymane OUEDRAOGO, respectivement Directeur général, Biologiste et Agent de l'entreprise UNIVERS BIO MEDICAL ;
- au titre de l'entreprise REA EXPRESS, Monsieur Jacques SONGA et Maître Moumouni GNESSIEN, respectivement Directeur et Conseil;

après avoir délibéré conformément à la réglementation ;

rend la présente décision fondée sur la régularité des recours, les faits et moyens exposés ci-après ;

EN LA FORME :

sur la compétence,

considérant que l'appel d'offres susvisé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MENEFID 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/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 ci-dessus visé, l'ORD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ; que, par ailleurs, l'article 39 alinéa 1^{er} du décret n°2017-0050 ci-dessus visé dispose que les décisions de l'ORD, en tant qu'actes administratifs, sont susceptibles de retrait dans un délai de quinze (15) jours ouvrables à compter de leur prononcé ;

considérant que le CNLSS-IST et l'entreprise UNIVERS BIO MEDICAL ont saisi l'ORD à l'effet de provoquer le retrait de sa décision n°2018-0515/ARCOP/ORD du 30 août 2018 rendue suite au recours de l'entreprise REA EXPRESS contre les résultats provisoires de l'appel d'offres national n°2018/001/PRES/CNLS-IST/SP/UGF pour la fourniture de réactifs et de consommables de laboratoire pour le compte du SP CNLS-IST et au profit du Programme Sectoriel Santé de lutte contre le Sida (lot 10);

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 39, alinéa 1 du décret n°2017-0050 ci-dessus visé, « Les décisions de l'Organe de règlement des différends sont exécutoires dès

leur prononcé sauf en cas de retrait dans les quinze (15) jours ouvrables suivant la date de prononcé de celles-ci » ;

considérant que la décision attaquée est intervenue le 30 août 2018 ; que le délai pour introduire une demande de retrait auprès de l'ORD courait jusqu'au 20 septembre 2018 ; que le CNLSS-IST et l'entreprise UNIVERS BIO MEDICAL ont respectivement saisi l'ORD par lettres en date des 10 et 11 septembre 2018, qu'il apparaît que la condition de délai susmentionnée a été respectée par les requérants;

qu'en conséquence, elle est recevable et mérite d'être appréciée au fond ;

AU FOND :

sur les faits,

le Conseil national de lutte contre le Sida et les infections sexuellement transmissibles a lancé l'appel d'offres national ouvert n°2018/001/PRES/CNLS-IST/SP/UGF pour la fourniture de réactifs et de consommables de laboratoire pour le compte du SP CNLS-IST et au profit du Programme Sectoriel Santé de lutte contre le Sida (lot 10);

la Commission d'attribution des marchés (CAM) avait déclaré l'offre de l'entreprise UNIVERS BIO MEDICAL conforme au DAO et lui avait attribué provisoirement le marché;

l'entreprise REA EXPRESS dont l'offre avait été déclarée non conforme pour les items 32, 33, 35, 38, 39, 41, 43, et 46, avait contesté cette décision de la CAM devant l'ORD au motif que, d'abord, lors de la rencontre avec le SP/CNLS-IST du 24 août 2018, il a démontré que ces offres techniques répondaient aux exigences de toutes les spécifications techniques prévues dans le DAO ; que pour les spécifications techniques qui n'existaient pas dans le DAO, il a présenté ses échantillons à l'autorité contractante ; que cependant, le spécialiste du SP/CNLS-IST a été partial dans son analyse ; que ses échantillons présentés n'ont même pas été ouverts ; qu'ensuite, il a apporté des procès-verbaux signés du même technicien concernant des marchés similaires déjà exécutés, afin de prouver qu'il a déjà exécuté des marchés contenant les mêmes items incriminés pour la même autorité contractante et pour le même service bénéficiaire à savoir le Centre national de transfusion sanguine ; qu'enfin, il a constaté au cours du dépouillement que certains échantillons de l'attributaire provisoire ne sont pas conformes ; qu'il l'a soulevé dans son recours préalable, mais n'a eu aucune suite favorable ;

l'ORD dans sa décision du 30 août 2018 avait déclaré la plainte de l'entreprise REA EXPRESS recevable et fondée, infirmant ainsi les résultats provisoires ;

le CNLS-IST demande le retrait de cette décision au motif qu'au regard de la délicatesse et la sensibilité des produits en question, la CAM s'est réunie à nouveau pour analyser les répercussions de la décision de l'ORD sur le protocole thérapeutique des personnes vivant avec le VIH, notamment les Normes et

Directives Nationales de Conseil Dépistage de l'infection VIH au Burkina Faso, deuxième édition, page 58, composition du kit de dépistage ; qu'en prenant en considération le compte rendu de ladite rencontre, il demande à l'ORD de réexaminer le dossier en vue d'un retrait de la décision rendue le 30 août 2018 afin de permettre l'approvisionnement des intrants ;

l'entreprise UNIVERS BIO MEDICAL demande également le retrait de la décision pour deux motifs : d'abord, elle soutient que la décision de l'ORD est illégale, car elle viole les articles 26 et 30 du décret n°2017-0050/PRESS/PM/MINEFID portant attribution, organisation et fonctionnement de l'ARCOP ; qu'en effet, le recours de REA EXPRESS était irrecevable pour forclusion si l'on se réfère au chronogramme suivant :

- les résultats provisoires ont été publiés le 17 août 2018,
- REA EXPRESS avait jusqu'au 22 août 2018 au plus tard pour saisir l'ORD ou l'autorité contractante étant donné que le 21 août était férié (TABASKI),
- REA EXPRESS a saisi l'autorité contractante le 23 août 2018, soit un jour après l'expiration du délai règlementaire,
- REA EXPRESS a saisi l'ORD le 28 août 2018 ;

qu'il apparaît que l'ORD devait déclarer le recours de REA EXPRESS irrecevable ; qu'en ayant statué autrement, la décision de l'ORD est entachée d'illégalité ;

qu'ensuite, sur le fond, l'autorité contractante a relevé, lors de la séance, les insuffisances techniques de l'offre de REA EXPRESS, à savoir l'absence, dans les colonnes réservées à ses propositions, de renseignements sur la marque, le modèle et le type de son matériel à fournir, notamment pour les items 32, 33, 35, 38, 39, 41, 43 et 46 ; que REA EXPRESS s'est contenté d'indiquer de se référer à ses fiches techniques ; que conformément à l'article 104 du décret 2017-0049/PRESS/MP/MINEFID, ces fiches qui ne sont que les preuves de la proposition du soumissionnaire sur les principales caractéristiques techniques de son matériel proposé conformément au DAO, ne sauraient se substituer aux propositions techniques proprement dites ; que la réception du matériel se fait sur la base du matériel proposé et non sur la base des fiches techniques ; que la CAM a relevé des insuffisances sur les fiches techniques de REA EXPRESS relativement aux volumes des tubes proposés (items 32, 33, 38, 39 et 41) qui sont contraires aux besoins de l'autorité contractante ; que cela a même été relevé devant l'ORD ; qu'au regard de ces éléments, c'est à bon droit que l'offre de REA EXPRESS a été déclarée non conforme ;

ils sollicitent donc de l'ORD un retrait de la décision litigieuse ;

sur la discussion,

considérant que l'ORD avait relevé dans sa décision n°2018-0515/ARCOP/ORD du 30 août 2018, que la plainte de l'entreprise REA SERVICES est fondée sur les motifs relevés contre son offre ;

considérant que l'entreprise REA EXPRESS note que la demande de retrait obéit à certaines conditions et à défaut elle doit être rejetée ; que la présente demande de

retrait ne présente pas d'éléments nouveaux et ne démontre aucune illégalité de la décision n°2018-0515/ARCOP/ORD rendue du 30 août 2018 ; qu'il plaise aux membres de l'ORD de déclarer les demandes de retrait non fondées ;

considérant que la CAM a noté qu'elle a été interpellée par le Ministère de la santé et le service bénéficiaire (PCLS) indiquant leur inquiétude sur la mise en œuvre de la décision ; que la commission a repris les travaux mais maintient sa position sur la non-conformité de requérant ; que les spécifications techniques ont été arrêtées par la Commission de quantification ;

considérant que le requérant Univers bio médical souligne que conformément à l'article 26 du décret 50 sus cité, il sollicite le retrait de la décision querellée car recours préalable de REA EXPRESS est intervenu hors délai ; que de ce fait la décision comporte des vices de forme devant conduire à son retrait ;

considérant que REA EXPRESS, en réplique note que les vices de forme doivent être soulevés in limine litis et qu'à défaut, c'est en vain que le requérant relève un tel vice ; qu'il s'inscrit en faux contre les déclarations du requérant car son recours préalable a été déposé auprès de l'autorité contractante dans les délais ; que des vérifications peuvent être faites auprès de la réceptionniste du courrier et mieux, il produit des correspondances adressées à la même structure réception dont l'accusé fait ressortir uniquement la date et le nom ainsi que la signature de la personne ayant reçu lesdits courriers ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que concernant les moyens tenant au vice de forme, à ce jour ils sont irrecevables pour n'avoir pas été soulevés in limine litis à la première séance ; que nonobstant ce état de fait, les vérifications faites séances tenantes ont confirmé que la requête préalable de REA EXPRESS a été introduite dans les délais prescrits par la réglementation en vigueur ; que s'agissant du fond, l'ORD relève que tous les éléments invoqués par les requérants ont entièrement été débattus et vidés au cours de la séance 30 août 2018 ; qu'aucun moyen nouveau de nature à douter de la légalité de la décision n'a été soulevé par les par les requérants ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que les demandes de retrait des requérants ne sont fondées et qu'il sied de confirmer décision n°2018-0515/ARCOP/ORD du 30 août 2018 ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les demandes de retrait du CNLS-IST et de l'entreprise UNIVERS BIO MEDICAL sont recevables ;

-que l'appel d'offre susvisé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MENEFID du 01 février 2017 portant attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-que les demandes de retrait du CNLS-IST et de l'entreprise UNIVERS BIO MEDICAL ne sont pas fondées ;

-de maintenir sa décision n°2018-0515/ARCOP/ORD du 30 août 2018;

-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 13 septembre 2018

Le Président de séance

Amado OUEDRAOGO

*Chevalier de l'ordre du mérite de la santé
et de l'action sociale*