

DECISION N°2018-0856/ARCOP/ORD

sur recours de TM DIFFUSION SARL contre l'avis d'appel d'offres ouvert accéléré n°2018/0064/MS/SG/DMP pour l'acquisition, l'installation et la mise en service d'unités de production d'oxygène médical au profit du Ministère de la Santé.

**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 02 novembre 2018 de TM DIFFUSION SARL contre l'avis d'appel d'offres ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Madame Céline KONE/DIALLO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Idrissa OUATTARA, membre de l'ORD ;
- Monsieur B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Joseph SIDIBE, Moumouni GNESSIEN, Alidou ZONGO et Faïçal BANGRE, respectivement Directeur Général, Conseil, Service technique et Responsable comptable et financier de TM DIFFUSION SARL ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Ives N. SOME, Joanny OUATTARA, P. Moustapha SANFO, Boukary SAVADOGO et Salifou KABRE respectivement DMP, Chef de service/DMP, Agents/DAF et Agent/DMP du Ministère de la Santé ;

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 susvisé reste soumis 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 dossier de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2018/0064/MS/SG/DMP pour l'acquisition, l'installation et la mise en service d'unités de production d'oxygène médical au profit du Ministère de la Santé ;

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 l'avis de l'appel d'offres ci-dessus cité a été publié dans le quotidien des marchés publics n°2432 du lundi 29 octobre 2018 ; que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au 02 novembre 2018 ; que TM Diffusion SARL a saisi l'ORD par lettre en date du 02 novembre 2018 à l'effet de contester le dossier d'appel d'offres mis à la disposition des candidats ; 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 Ministère de la Santé a lancé l'appel d'offres ouvert accéléré n°2018/0064/MS/SG/DMP pour l'acquisition, l'installation et la mise en service d'unités de production d'oxygène médical au profit dudit Ministère ;

l'autorité contractante, à trois (03) jours de la date limite de dépôt des offres (11 octobre 2018), a informé les candidats par courrier du report de la date au 22 octobre 2018, suite à des observations formulées par un candidat sur les caractéristiques techniques du dossier d'appel d'offres (DAO) ; par la suite, l'appel d'offres sera annulé pour insuffisance technique du dossier, le 18 octobre 2018, puis publié à nouveau dans la revue des marchés publics N°2432 du 29 octobre 2018 ;

le requérant conteste le nouveau DAO et fait valoir qu'il constate des changements au niveau des spécifications techniques du générateur d'oxygène qui renvoient directement au fournisseur ayant fait les observations sur le premier dossier qui a été annulé ; qu'au point 4 du DAO, il est requis que les matériaux nécessaires pour ce travail soient listés et soumis à l'approbation de la CEPRIS qui est une organisation administrative de la République du Mali et inconnue au BURKINA FASO ; qu'à la page 110 du DAO, il est écrit que les générateurs d'oxygène doivent être conformes aux conditions climatiques du Mali ; qu'au niveau des spécifications techniques, le niveau de pureté de l'oxygène est passé de 93% à 94% +/- 1% alors que la norme européenne édicte 93% ; aussi, les besoins du CHU-YO qui étaient de 24m³/h ont baissé à 16m³/h ;

qu'enfin, à la page 107, il est précisé que le lot 01 n'est pas concerné par la description de l'item 3 «construction de local abritant la centrale» alors que dans l'ancien DAO, il était demandé de construire un local devant abriter les équipements à fournir ;

qu'en somme, le DAO prévoit des spécifications techniques orientées vers les intérêts du candidat CARREFOUR MEDICAL et de son fournisseur MILS et sont empreintes de conflit d'intérêts, ce qui fausse le principe de la libre concurrence dans le dessein de favoriser certains candidats ; que le requérant en veut pour preuve la lettre du 26 septembre 2018 dans laquelle son concurrent proposait de fournir sous clé USB les DAO d'acquisition d'oxygène de pays voisins ; qu'ainsi, les nouvelles prescriptions du DAO violent les dispositions des articles 87 et 86 respectivement des décrets n°2017-0049 et n°2017-0049 ci-dessus cités ;

il sollicite donc de l'ORD un réexamen de l'avis d'appel d'offres afin que le nouveau DAO soit annulé et repris conformément aux textes en vigueur ;

sur la discussion,

considérant que le dossier a été annulé, en second lieu et après une correction, suite à des observations formulées par un candidat sur les caractéristiques techniques du DAO ; qu'un nouveau dossier a été mis à la disposition des candidats dans une nouvelle procédure lancée quelques jours après l'annulation de la précédente ;

considérant que le requérant fait observer que les insuffisances du précédent dossier n'était pas de nature à justifier son annulation ; qu'en effet, les prescriptions techniques du nouveau dossier ne correspondent plus au besoin exprimé précédemment ; que le défaut de précision du dossier ne permet pas d'avoir un dispositif de qualité ; que tel qu'il est conçu, il l'a été monté pour favoriser un candidat précis en l'occurrence CARREFOUR MEDICAL qui, serait d'ailleurs celui qui a transmis le nouveau dossier à l'autorité contractante ; que cette situation fausse la libre concurrence et l'égalité de traitement des candidats, ce qui ne permet pas à tous les candidats de prendre part à la procédure ;

considérant que l'autorité contractante a noté que les événements se sont succédés vite entre l'annulation et la reprise de la procédure pour pouvoir être dans les délais avant la clôture budgétaire de l'année en cours ; qu'en effet, le premier dossier a été trouvé insuffisant par l'un des candidats qui a, par ailleurs, fait des remarques pertinentes portées à la connaissance des autres candidats ; qu'après concertation, elle a trouvé qu'il est préférable de reprendre la procédure tout en respectant les textes en vigueur ; qu'ainsi, il n'y a pas de prescriptions techniques spécialement favorables à un candidat ; que contrairement aux allégations du requérant, tous les soumissionnaires et candidats peuvent participer au nouvel appel d'offres ; qu'à titre d'illustration, le changement sur le niveau de pureté de l'oxygène ne lèse pas les candidats qui proposent la norme européenne 93% avec une marge allant de 93 à 95% ; qu'elle n'a reçu aucun dossier provenant d'un quelconque candidat ;

qu'il convient de relever que les incohérences constatées au niveau du nouveau dossier sont dues au fait qu'il a été téléchargé sur internet à partir du cas malien ; que c'est ce qui justifie le fait que certaines références renvoient au Mali ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que les allégations de violation des principes de libre concurrence et d'égalité de traitement des candidats, en faveur notamment de CARREFOUR MEDICAL, ne sont pas établies ; qu'il est effectivement apparu des changements de prescriptions techniques entre les dossiers du 30 août et du 29 octobre 2018 ; que, dans cet intervalle de temps, CARREFOUR MEDICAL a fait des propositions d'amélioration du DAO conformément aux textes en vigueur ; que, cependant, aucune preuve n'a été apportée que ces évolutions opérées dans le DAO sont le fait subjectif d'un candidat et que les autres candidats sont défavorisés en ce sens qu'ils ne peuvent pas participer à égale chance au nouvel appel d'offres ; qu'il est surtout apparu que les nouveaux choix techniques de l'autorité contractante ne sont pas jugés efficaces et bénéfiques pour l'Administration hospitalière ; qu'il convient de rappeler que l'autorité contractante reste libre de définir son besoin dans le strict respect des textes en vigueur ;

considérant, par ailleurs, que l'ORD a noté les incohérences de formes relevées au niveau du dossier et qui font référence à un appel d'offres malien ; qu'il a jugé qu'il s'agit de pures erreurs de forme qui ne sont pas de nature à remettre en cause la régularité de la procédure ; qu'il invite cependant le Ministère de la Santé à procéder à la correction desdites incohérences afin d'éviter toute confusion ;

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

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours de TM Diffusion Sarl est recevable ;

-que l'appel d'offres susvisé reste soumis 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 TM Diffusion Sarl n'est pas fondée ;

-qu'il sied d'ordonner la poursuite de l'appel d'offres ouvert accéléré n°2018/0064/MS/SG/DMP pour l'acquisition, l'installation et la mise en service d'unités de production d'oxygène médical au profit du Ministère de la Santé ;

-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, 06 novembre 2018

le Président de séance

Amado OUEDRAOGO

Chevalier de l'Ordre du Mérite de la Santé et de l'Action sociale