

**DECISION N°2019-L0558/ARCOP/ORD**

sur recours de CARREFOUR MEDICAL contre les résultats provisoires de la demande de prix n°2019-014/MS/SG/CHR-DORI/DG/PRM pour l'entretien, la réparation des installations de la centrale d'oxygène au profit du Centre hospitalier régional de Dori.

**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 25 octobre 2019 de CARREFOUR MEDICAL contre les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ;*

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 Sibila François YAMEOGO, membre de l'ORD ;
- Messieurs B. Adama OUEDRAOGO et A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Madame Christelle OUEDRAOGO, Monsieur Saliou MBOUP et Maître Souleymane OUEDRAOGO, respectivement assistante, Directeur général et avocat de CARREFOUR MEDICAL ;

- au titre de l'autorité contractante, Monsieur S. Jean Francis MEDA, PRM du CHR de DORI ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Faïçal BANGRE, Joseph SIDIBE et Maitre Moumouni GNESSIEN, respectivement responsable financier et comptable, Directeur général et avocat de TM DIFFUSION ;

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 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°2019-014/MS/SG/CHR-DORI/DG/PRM pour l'entretien, la réparation des installations de la Centrale d'oxygène au profit du Centre hospitalier régional de Dori ;

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 les résultats provisoires de la demande de prix ci-dessus citée ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2689 du mercredi 23 octobre 2019, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au vendredi 25 octobre 2019 ; que CARREFOUR MEDICAL a saisi l'ORD par lettre en date du vendredi 25 octobre 2019 ; 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 régional de Dori a lancé la demande de prix n°2019-014/MS/SG/CHR-DORI/DG/PRM pour l'entretien, la réparation des installations de la Centrale d'oxygène à son profit ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de CARREFOUR MEDICAL non conforme pour absence d'agrément technique ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que le rejet de son offre pour le seul motif de l'absence d'agrément technique, est constitutif d'une violation manifeste du principe de reconnaissance mutuelle consacré par l'article 07 de la loi n°039 du 02 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique au Burkina Faso ; qu'en effet, cet agrément n'est pas requis dans certains pays comme le Sénégal où il est domicilié ; qu'étant une entreprise immatriculée dans un pays de l'UEMOA où le système d'agrément n'existe pas, il serait attentatoire à l'égalité de traitement de l'exiger à son égard ; qu'à ce titre, il rappelle que l'ARCOP a, dans plusieurs de ses décisions notamment : décision n°2017-0463/ARCOP/ORD du 18 juillet 2017 et décision n°2017-0493/ARCOP/ORD du 24 juillet 2017, décidé qu'était constitutif d'une violation des principes d'égalité de traitements des candidats et de la reconnaissance mutuelle, le fait pour l'autorité contractante d'exiger des candidats un agrément qu'elle ne pouvait pas produire ;

que, par ailleurs, il conteste la conformité de l'offre de l'attributaire TM DIFFUSION ; qu'en effet, TM DIFFUSION ne dispose pas de l'agrément technique en ce sens qu'il a contesté l'exigibilité de cette pièce sans succès devant l'ARCOP ; qu'en effet, il a contesté l'exigence de l'agrément technique dans l'appel d'offre 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, par décision n°2018-0856/ARCOP/ORD du 06 novembre 2018, l'ARCOP a déclaré son recours mal fondé ;

que TM DIFFUSION n'a pas l'autorisation du fabricant ; que, dans le cahier de charges, il est prescrit à la page 40 du formulaire de qualification, la déclaration ci-après : « nous sommes dûment autorisés par le fabricant ou le producteur des fournitures pour les fournir au Burkina Faso » ; qu'en effet, la centrale devant faire l'objet d'entretien et de réparation est fabriquée par la société MIL'S France ; que cette dernière atteste, dans l'autorisation du fabricant à lui délivrer, que « la société CARREFOUR MEDICAL est la seule apte à assurer l'entretien et la réparation de nos équipements et que ses techniciens ont bénéficié d'une formation et ont l'expérience pour l'installation et l'entretien de nos appareils conformément à nos protocoles. Elle est la seule qui sera assurée pour la fourniture des pièces de rechange indispensables pour la réparation ainsi que la maintenance de la centrale d'oxygène du CHR de Dori » ; que mieux, au lendemain de la soumission, après avoir été informé que TM DIFFUSION a fait une offre pour l'entretien et la réparation de la centrale d'oxygène de Dori, le fabricant, en l'espèce MIL'S France a adressé un courrier à la Direction de l'hôpital signifié par acte d'huissier à la date du 15 octobre 2019 par lequel, il a rappelé avec insistance et clarté que « seule la société CARREFOUR MEDICAL est autorisée à faire une offre pour l'entretien, la réparation et la maintenance des équipements installés au Burkina Faso. A cet effet, la fourniture de pièces de rechange, de kits de maintenance préventive et curative leur est assurée, de manière exclusive, conformément aux protocoles établis par nos soins. Nous vous rappelons que la sensibilité de l'équipement de par la fourniture d'un produit vital à savoir l'oxygène, requiert que toutes les mesures idoines soient prises pour respecter les normes de maintenance selon les protocoles établis à cet effet. Autrement, nous dégageons notre entière responsabilité quant aux dégâts qui pourraient être causés en cas d'intervention par un tiers autre que mandaté par CARREFOUR MEDICAL » ;

que, dans ce sens, MIL'S France a pris le soin de joindre l'autorisation qu'elle a délivrée à la seule société CARREFOUR MEDICAL, dans le cadre de cette demande de prix ainsi que son certificat CE ; que ce certificat n'est délivré qu'au fabricant et concerne toute la chaîne de production et de système d'exploitation qui sont tous exclusifs à MIL'S France ;

qu'en considération de ces éléments l'autorité contractante aurait dû en tenir compte pour écarter l'offre de TM DIFFUSION laquelle ne dispose pas d'une autorisation valable pour préserver le principe d'efficacité posé par l'article 07 de la loi 39 ;

que l'autorisation du fabricant est requise par la majorité des cahiers de charges portant acquisition d'équipements à plus forte raison pour des équipements déjà installés nécessitant une maintenance devant se faire selon les protocoles du fabricant ; que, dans ce cas précis, la société TM DIFFUSION n'est pas apte à assurer l'entretien et la réparation des centrales d'oxygène du fait qu'elle ne pourra disposer, ni des pièces de rechange, ni de l'assistance du fabricant afin de procéder à la réparation et à l'entretien des équipements objet de la demande de prix pour assurer le bon fonctionnement et la pérennité de l'investissement ;

que compte tenu de ce qui précède, la société TM DIFFUSION ne peut aucunement faire une déclaration sur l'honneur sincère comme exigé dans le cahier des charges ; qu'elle ne saurait aussi prouver régulièrement la détention de l'autorisation du fabricant pour soumissionner à cette demande de prix qui porte sur l'entretien et la réparation de la centrale d'oxygène de marque MIL'S France, ce qui fait que TM DIFFUSION n'est pas qualifié ; que, de ce fait, confier ce marché à la société TM DIFFUSION qui ne dispose pas de prérequis indispensables au bon fonctionnement de la centrale et la mise en œuvre du service après-vente, porterait atteinte à la notoriété de cette marque que nous représentons et qui bénéficie d'une bonne réputation ; que pire, cela va dans le sens de priver l'hôpital d'oxygène, ce produit vital et coûteux du fait de son utilisation par les services les plus névralgiques à savoir le service des urgences, le bloc opératoire, la réanimation, la maternité, la pédiatrie et les ambulances ; qu'en outre, un arrêt de la centrale sans solution de recours expose à des pertes en vies humaines ;

que conscient de cette sensibilité et étant une entreprise spécialisée et soucieuse de la bonne exécution du marché, elle a effectué une visite de la centrale, dont le rapport est contenu de son offre technique, afin de constater les réels besoins et les dysfonctionnements pour établir une offre juste ; que cette visite avait pour objet d'établir une offre adaptée d'un point de vue technique aux besoins du centre hospitalier ; que fort heureusement ladite visite lui a permis de relever les compteurs horaires des équipements et tous les paramètres de la centrale MIL'S France ; que cela lui a également permis d'inclure des kits non exprimés dans le cahiers de charges pour remédier à ces dysfonctionnements selon les protocoles du fabricant ; que lesdits kits ont été pris en compte dans son offre ; que la prise en compte de ces kits traduit incontestablement sa volonté d'assurer efficacement, dans le respect des normes les plus strictes et dans l'intérêt de la sécurité des patients et des personnels médicaux, le fonctionnement et la pérennité des centrales ;

que les centrales d'oxygène installées par la société TM DIFFUSION sont actuellement en dysfonctionnement ou en arrêt et d'autres dans un état de dégradation avancées parce que cette société n'est pas habilitée par MIL'S ; que c'est ce qui a obligé le CHR de Dori à prendre l'initiative de corriger les dysfonctionnement notés en lançant ce présent marché ; qu'en conséquence, cela devrait inciter l'autorité contractante à prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer de la bonne exécution de ce marché par un candidat dûment habilité ; qu'autrement, cela porterait atteinte aux principes de l'économie et de l'efficacité qui trouvent leur siège dans l'article 07 de la loi n°039-2016 portant réglementation de la commande publique ;

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

#### **sur la discussion,**

considérant que le dossier a requis un agrément technique A3 dans le domaine ;

considérant que le dossier a fait obligation à tous les soumissionnaires de renseigner le formulaire de qualification ; qu'il ressort dudit formulaire que le soumissionnaire doit s'engager sur les points suivants :

- nous sommes dûment autorisé par le fabricant ou le producteur des Fournitures pour les fournir au Burkina Faso ;
- nous sommes ou serons (si notre offre est acceptée) représenté par un agent équipé et en mesure de répondre aux besoins en matière d'entretien, de réparations des équipements, et de fournitures de pièces détachées ;

considérant que le dossier n'a pas requis une autorisation du fabricant ;

considérant que l'article 2 de la loi n°039-2016/AN définit le principe de la reconnaissance mutuelle comme étant le fait pour tout Etat membre de l'UEMOA de reconnaître et d'accepter les documents délivrés par les administrations des autres Etats membres dans le cadre des marchés publique et des délégations de service public » ;

considérant que le requérant a réaffirmé ses moyens de défense ci-dessus cités ; qu'il a expliqué en plus, qu'aucune autre pièce d'un autre fabricant ne peut faire fonctionner lesdites centrales MIL'S ;

considérant que la CAM a reconnu n'avoir pas fait application du principe de la reconnaissance mutuelle ; qu'elle a décidé de procéder par appel d'offres ouvert car ses équipements ne sont plus sous garantie ; que le dossier n'a pas requis d'autorisation du fabricant et aucune preuve d'exclusivité n'a été versée ; que c'est après le dépouillement que la lettre sur l'exclusivité lui est parvenue, la première lettre du requérant consistait en une simple demande d'explication ;

considérant que le requérant et l'attributaire provisoire ont refait l'historique de leur relation commerciale et des difficultés qui se sont succédées ; qu'ils sont en contentieux sur ledit dossier ;

que l'ORD a pris acte des informations données par les parties sur leur relation commerciale difficile ; qu'il a noté, cependant, qu'il n'est pas saisie de cette question et qu'elle ne relève pas non plus de sa compétence ;

considérant que l'attributaire provisoire a relevé que la centrale peut être maintenue avec d'autres pièces ; que, pour certaines pièces, elle sont obligatoirement fournis par le fabricant ; que, cependant, sur ce point à ce jour, il dispose de ces pièces car au contrat initiale l'obligation lui avait été fait d'avoir un équivalent de pièce pour une période de cinq (05) ans ; qu'il dispose des pièces nécessaires pour assurer la maintenance de la centrale pour une longue période ; qu'en tout état de cause, à la longue, il reconnaît qu'il ne pourra plus être à mesure d'assurer la maintenance car il ne sera plus en possession de certaines pièces ; qu'en tout état de cause, les pièces de MIL'S peuvent être achetées à partir de l'Europe selon des règles commerciales bien établies ; que sur la question de l'exclusivité de CARREFOUR MEDICAL, il fallait passer par une entente directe ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a noté, sur la question de l'absence d'agrément technique de CARREFOUR MEDICAL, qu'il s'agit d'appliquer le principe de la reconnaissance mutuelle ; que le principe de la reconnaissance mutuelle est un principe fondamental qui gouverne la commande publique ; qu'il s'entend de la reconnaissance par les Etats membres de l'UEMOA des pièces administratives, des diplômes des certificats et autres preuves de qualification formelles applicables lorsqu'il est nécessaire de fournir des preuves d'une qualification donnée pour participer à une commande publique ; qu'elle implique que les autorités contractantes s'engagent à reconnaître la validité des documents délivrés par les autorités des Etats des soumissionnaires ; que l'ORD a jugé qu'il appartenait donc à la CAM de procéder aux vérifications avant de rejeter l'offre de CARREFOUR MEDICAL pour défaut d'agrément ; qu'il est bien établi que CARREFOUR MEDICAL est une entreprise de droit sénégalais ; qu'il s'agira maintenant pour la CAM de s'assurer qu'il n'existe effectivement pas d'agrément dans le domaine médical dans ce pays ou tout autre pièce équivalente ;

que sur la conformité de l'offre TM DIFFUSION, l'ORD a jugé qu'elle est conforme sur la question de l'agrément technique requis ; qu'en effet il dispose de l'agrément par arrêté conjoint n°2019-00434/MS/MINEFID du 08 octobre 2019 ; que le requérant n'est donc pas fondée à remettre en cause son offre sur ce point ;

que, cependant, son offre ne répond pas aux prescriptions du dossier de demande de prix notamment l'engagement sur la qualification et l'accompagnement du fabricant des matériels MIL'S qui doivent être attestés par le biais du formulaire de qualification ; que, certes, TM DIFFUSION a renseigné ledit formulaire, mais au regard des différentes correspondances de MIL'S, il est constant qu'il n'existe aucune relation commerciale entre eux pour le cas spécifique de cette procédure ; que l'affirmation du requérant tendant à dire qu'il dispose d'un stock de pièces de rechange pour assurer la maintenance de la centrale n'est soutenue par aucune preuve ; qu'en tout état de cause celui-ci reconnaît qu'à partie une certaine période, il ne pourra plus assurer la maintenance des équipements pour défaut de pièces ; qu'il est aussi constant qu'il n'aura pas l'accompagnement technique du fabricant dans la maintenance et la réparation, toute chose qui est capitale pour la survie de ladite centrale ; que conformément au principe d'économie et d'efficacité de la commande publique, il convient de noter que son offre mérite d'être écartée sur ce aspect ;

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

par ces motifs ;

#### **DECIDE :**

**-qu'il est compétent ;**

**-que le recours de CARREFOUR MEDICAL 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 CARREFOUR MEDICAL est fondée ; que le principe de la reconnaissance mutuelle est applicable, la société requérante étant de droit sénégalais ; que s'agissant de l'offre de TM Diffusion Sarl, elle est conforme sur la question de l'agrément technique requis ; que, cependant, elle ne répond pas aux prescriptions du dossier de demande de prix notamment l'engagement sur la qualification et l'accompagnement du fabricant des matériels MIL'S ;**

**-de renvoyer la CAM du CHR de Dori à tirer les conséquences de la présente décision ;**

**-d'infirmier les résultats provisoires de la demande de prix n°2019-014/MS/SG/CHR-DORI/DG/PRM pour l'entretien, la réparation des installations de la Centrale d'oxygène au profit du Centre hospitalier régional de Dori ;**

**-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 où besoin sera.**

Ouagadougou, le 30 octobre 2019

Le Président de séance

**Amado OUEDRAOGO**

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