
**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2019-L0661/ARCOP/ORD

sur recours de CEDIOM BURKINA SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres accéléré n°2019-0890/MDNAC/SG/DMP pour l'acquisition d'équipements médicaux au profit de la Direction Centrale des Services de santé des Armées (DCSSA) (lots 01 à 03).

**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, ensemble ses modificatifs ;*
- 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 12 décembre 2019 CEDIOM BURKINA SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Monsieur Idrissa OUATTARA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Salifou OUOBA, membre de l'ORD ;
- Messieurs B. Adama OUEDRAOGO et Y. Ferdinand KINDA, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, madame A. Sylviane COMPAORE et monsieur Saïdou OUEDRAOGO, respectivement agent et conseil de CEDIOM BURKINA SARL ;
- au titre de l'autorité contractante, messieurs Geoffroy BADO et Pamoussa OUEDRAOGO, respectivement, chef S.A.F. et agent de la DMP du MDNAC ;
- au titre des attributaires provisoires,
 - monsieur Idrissa SORE, gérant de l'entreprise ESIF MATERIEL et membre du Groupement ESIF/MEDICARE SA ;

- messieurs A. M. Julien BERE et T. Hermann PALENFO, respectivement, ingénieur des travaux biomédicaux (S.A.V.) et pharmacien de l'entreprise BURKINA MEDICAL FACILITY (BMF) ;

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°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 l'appel d'offres accéléré n°2019-0890/MDNAC/SG/DMP pour l'acquisition d'équipements médicaux au profit de la Direction Centrale des Services de santé des Armées (DCSSA) (lots 01 à 03) ;

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 l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°2720 du jeudi 05 décembre 2019, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au lundi 09 décembre 2019 ; que le requérant a introduit un recours préalable devant l'autorité contractante, par lettre en date du 09 décembre 2019 et ayant fait l'objet d'une réponse insatisfaisante par lettre de l'autorité contractante en date du 12 décembre, et que le délai de recours auprès de l'ORD courait jusqu'au lundi 16 décembre 2019 ; que CEDIOM BURKINA SARL a saisi l'ORD par lettre en date du jeudi 12 décembre 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 ;

considérant que le requérant a, par correspondance notifiée à l'ARCOP en date du 16 décembre 2019, signifié sa volonté de désister de sa plainte aux lots 01 et 02 pour convenance personnelle ; que, cependant, il a maintenu son recours au lot 03 ;

que l'ORD a pris acte du désistement du requérant aux lots 01 et 02 ; qu'ainsi, l'examen de l'affaire au fond ne concernera que le lot 03 ;

AU FOND :

sur les faits,

le Ministère de la défense nationale et des anciens combattants (MDNAC) a lancé l'appel d'offres accéléré n°2019-0890/MDNAC/SG/DMP pour l'acquisition d'équipements médicaux au profit de la Direction Centrale des Services de santé des Armées (DCSSA) (lots 01 à 03) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de CEDIOM BURKINA SARL non conforme au lot 03 au motif qu'un seul marché similaire a été fourni au lieu de deux (2) ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que l'autorité contractante a fait une confusion entre capacités techniques et expériences de l'entreprise ; que, par capacités techniques, on attend souvent du soumissionnaire, la production d'autorisation du fabricant, agrément technique, prospectus, catalogues, composantes de service après-vente ; que, cependant, la capacité liée à l'expérience se prouve par la production de références similaires, en nature et en complexité, exécutées au cours d'une période donnée ;

que chaque type d'exigence n'est valide et opposable aux personnes et aux candidats que si elle leur a été valablement adressée ; qu'il y a bel et bien une confusion dans l'exigence des références similaires et quand on mentionne qu'elles ne sont pas applicables (NA), on en conclut qu'elles n'ont même pas été exigées ; que même si elles ont été exigées, il doute cependant de l'applicabilité d'une telle règle ;

qu'en tout état de cause, les références similaires ne sauraient être évoquées dans le cadre de la présente procédure pour évaluer une offre dans la mesure où le DAO, règle de jeux des parties en dispose autrement ; qu'en effet, nulle part dans le dossier, il n'a été exigé la production de références similaires applicables en termes de conditions de qualification ; que, par ailleurs, le format du DAO type fournitures laisse le libre choix à l'autorité contractante d'exiger ou non des références similaires et de les juger applicables ou pas ; que, pour la présente procédure dont les résultats sont querellés, il n'en est rien ; qu'en terme d'expérience, si la CAM entendait imposer des règles aux soumissionnaires, il aurait fallu qu'elle soit elle-même exempte de tout reproche en formulant en leur endroit des règles non équivoques et valides ;

que, de ce fait, fondement pris de la trilogie «règle-faute-sanction» et au regard des dispositions équivoques du DAO, le requérant estime que la CAM ne peut se prévaloir de sa propre turpitude et faire une interprétation erronée des règles de la concurrence pour écarter son offre ; que toute sanction valide devrait avoir une base légale ;

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

sur la discussion,

considérant que le point 5.1 des données particulières mentionne au titre de la capacité technique et expérience : «le soumissionnaire doit prouver, documentation à l'appui qu'il satisfait aux exigences de capacités techniques ci-après : avoir exécuté de manière satisfaisante deux marchés similaires aux cours des trois dernières années ;

le soumissionnaire doit prouver, documentation à l'appui, qu'il satisfait aux exigences d'expérience ci-après : NA (non applicable) » ;

considérant que le requérant explique que le dossier n'a pas requis de marchés similaires au regard de ses incohérences sur la question ;

considérant que la CAM a expliqué que le dossier a requis des soumissionnaires deux marchés similaires ; que les marchés similaires font parties des éléments de post qualification ; que la capacité technique englobe les marchés similaires ; que le requérant n'a pas pu ignorer cette prescription puisqu'il a même produit un marché similaire ; qu'il reconnaît que le dossier comporte des insuffisances sur ce point ;

considérant que l'attributaire provisoire a noté que le dossier a requis des marchés similaires ; que le fait que le requérant ait produit au moins une expérience similaire est la preuve qu'il a compris le dossier dans ce sens ; qu'il sollicite que l'ORD confirme les résultats dans le sens de l'entendement du requérant ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a pris acte de la décision du requérant de retirer sa plainte aux lots 01 et 02 ; que le recours concerne uniquement le lot 03 ; que le dossier d'appel d'offres a mentionné au point relatif à l'expérience, qu'il s'agit d'un critère non applicable ; que, par ailleurs, sur les critères techniques le dossier a requis deux marchés similaires ; que la confusion dans l'exigence des marchés similaires est avérée ;

que, dans ces conditions, la capacité liée à l'expérience (les références similaires) ne sauraient être évoquées dans le cadre de la présente procédure pour évaluer une offre dans la mesure où le DAO comporte des confusions graves sur ce point ;

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 CEDIOM BURKINA SARL est recevable ;

-que l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions 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 ;

-qu'il prend acte de la demande de retrait de la plainte du requérant aux lots 01 et 02 ; qu'il s'en suit que son recours porte désormais sur le seul lot 03 ;

-que la plainte de CEDIOM BURKINA SARL est fondée ; que le point IC.5.1 des données particulières est confus et ne permet donc pas d'établir que le DAO a exigé des marchés similaires conformément à l'article 37 du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} /02/2017 qui distingue bien les capacités techniques de l'expérience dans l'exécution des marchés similaires ;

-d'infirmier les résultats provisoires de l'appel d'offres accéléré n°2019-0890/MDNAC/SG/DMP pour l'acquisition d'équipements médicaux au profit de la Direction Centrale des Services de santé des Armées (DCSSA) (lot 03)

-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 16 décembre 2019

Le Président de séance

Ibrahim SOKOTO