
**ORGANE DE REGLEMENT
DES DIFFERENDS**

DECISION N°2023-L0364/ARCOP/ORD

sur recours de WEST A PHARMA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2023-017F/MARAH/SG/DMP pour l'acquisition de vaccins inactives contre la maladie de Newcastle et de vaccins contre la Variole aviaire au profit du Centre de promotion de l'aviculture villageoise (CPAVI) du Ministère de l'agriculture des ressources animales et Halieutiques (MARAH) marché à commande.

**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 19 juillet 2023 de WEST A PHARMA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ;*

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

en présence de :

- Monsieur Charles Marie Bernard SORGHO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Michel BADOLO, membre de l'ORD ;
- Monsieur A. Dramane SAKANDE, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Michel NANEMA, Gilbert KAFANDO, Anselm Pierre NIKIEMA, et Hubert BADO , représentant WEST A PHARMA ;
- au titre de l'autorité contractante, messieurs Mamadou OUANDAOGO, Stanislas W KINDA, Rimmibteri SEGDA, Nicaise R KABORE, Halidou KERE et Binjamin SIONE, représentant le MARAH ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Godefroy PODA et Basile SAWADOGO, représentant PROPHYMA SA;

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 de l'appel d'offres ouvert n°2023-017F/MARAH/SG/DMP pour l'acquisition de vaccins inactives contre la maladie de Newcastle et de vaccins contre la Variole aviaire au profit du Centre de promotion de l'aviculture villageoise (CPAVI) du Ministère de l'agriculture des ressources animales et Halieutiques (MARAH) marché à commande ;

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°3662 du lundi 17 juillet 2023, et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou de l'ORD courait jusqu'au mercredi 19 juillet 2023; que WEST A PHARMA a saisi l'ORD par lettre en date du 19 juillet 2023; 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 ;

le Ministère de l'agriculture, des ressources animales et halieutiques (MARAHA) a lancé l'appel d'offres ouvert n°2023-017F/MARAHA/SG/DMP pour l'acquisition de vaccins inactives contre la maladie de Newcastle et de vaccins contre la Variole aviaire au profit du Centre de promotion de l'aviculture villageoise (CPAVI) du Ministère de l'agriculture des ressources animales et Halieutiques (MARAHA) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré l'offre de WEST A PHARMA non conforme au motif que l'autorisation de grossiste répartiteur de médicament vétérinaire dénommé WEST A PHARMA est la propriété de Dr NANEMA Michel et que par conséquent monsieur Gilbert KAFANDO n'est pas compétent pour engager l'établissement grossiste répartiteur de médicaments vétérinaires ; qu'il y a absence de procuration de signature du Dr NANEMA au profit de monsieur KAFANDO ; que la société pharmaceutique WEST A PHARMA est dirigé par monsieur Gilbert KAFANDO, et qu'il y a absence de contrat de travail avec le vétérinaire NANEMA en tant que vétérinaire conseil à temps plein conformément à l'article 30 du décret n°2018-0729/PRES/PM/MARAHA/MATD/MSECU/MCIA ; il lui a été aussi reproché l'absence de statut juridique de WEST A PHARMA en tant que société pharmaceutique et que le prospectus de vaccin de 1000 doses en Anglais n'a pas été traduit en français ;

le requérant conteste cette décision de la CAM et fait valoir que le premier grief n'est pas pertinent pour justifier une mise en écart car selon l'article 30 du décret n°2018-0729/PRES/PM/MARAHA/MATD/MSECU/MCIA portant réglementation de la pharmacie vétérinaire au Burkina Faso « toute entreprise qui comporte au moins un établissement visé à l'article 5 doit être soit la propriété d'un pharmacien, soit d'un docteur vétérinaire, d'une société à la gérance ou à la direction générale de laquelle participe un pharmacien ou un docteur vétérinaire selon les dispositions du droit des sociétés au Burkina Faso, dans le cas des établissements pharmaceutique vétérinaire, la présence d'un docteur vétérinaire conseil à temps plein inscrit au tableau général de l'ordre national des vétérinaires, est obligatoire » ;

qu'au regard de cette disposition pour toute entreprise, ayant en son sein un établissement pharmaceutique vétérinaire, cette entreprise doit être soit la propriété d'un pharmacien, soit d'un docteur vétérinaire ou tout simplement le pharmacien ou le docteur vétérinaire doit participer à la gérance de cette entreprise ;

qu'il est donc constant, qu'il n'est pas strictement exigé que le docteur vétérinaire soit directeur général de l'entreprise pour laquelle l'autorisation d'ouverture a été délivrée, qu'une simple participation à la gérance est suffisante ; que dans son cas, l'autorisation portant ouverture d'un établissement grossiste répartiteur de médicaments vétérinaires est attribuée au docteur NANEMA ; qu'en effet, il dispose de deux établissements pharmaceutiques, un établissement s'occupant de la santé animale et un autre de la santé humaine ; que le Dr NANEMA est alors la personne responsable du département de la santé animale ; que de ce fait, Dr NANEMA participe activement à la gérance de son entreprise et que par conséquent elle a respecté l'article 30 ;

que considérant que l'alinéa 2 de la disposition sus évoquée, impose une présence permanente d'un docteur vétérinaire qui assurera le rôle de conseil en temps plein ; qu'en l'espèce, le Dr NANEMA en sa qualité de directeur technique remplissant les conditions exigées par la disposition assure cette fonction de conseil par le truchement du contrat de travail à durée indéterminée qui le lie à la société ; que considérant que l'autorité contractante estime que l'autorisation de grossiste répartiteur est la propriété de Dr NANEMA et non la sienne ; que cette déclaration de l'autorité contractante est tout de même aberrante, car elle n'est pas sans savoir que l'article 20 du même décret dispose que l'autorisation d'ouverture ne peut être délivrée à l'entreprise (personne morale) que par le truchement d'une personne physique qui relève du conseil de l'ordre des vétérinaires ;

qu'en tout état de cause, pour lever l'ambiguïté sur cette question, l'article 5 de l'arrêté portant autorisation d'ouverture d'un établissement répartiteur de médicament vétérinaires dispose que « l'ouverture de l'établissement ne devient effective qu'après inspection des installations et des équipements prononcée par les services compétents du ministère des ressources animales et halieutiques... » ; que ladite inspection des installations et équipements a eu lieu le 27 mars 2019, et a été effectivement sanctionné par un procès-verbal ; que c'est avec étonnement que l'autorité contractante déclare que l'autorisation d'ouverture qu'elle a rendu effective en son nom puisse déclarer que l'autorisation ne l'appartient pas mais à Dr NANEMA, quand l'on connaît le rapport de dépendance qui existe entre ces deux actes juridiques ; que PV étant l'acte qui vient rendre définitif l'autorisation d'ouverture alors que ce même PV a été établi en son nom par les soins de l'autorité contractante elle-même ; qu'il suit que cette déclaration de l'autorité contractante n'est pas fondée ;

que pour le deuxième grief, il est une société qui agit dans deux domaines à savoir le volet santé humaine et santé animale ; que la direction technique de la santé est assurée par Dr DRABO pharmacienne responsable et la direction technique de la santé animale est assurée par Dr NANEMA vétérinaire, ainsi la direction de toute la société est assuré par monsieur Gilbert KAFANDO ; que même si Dr NANEMA peut être à mesure d'engager la société pour ce qui est des questions techniques et règlementaires vis-à-vis de l'ordre des vétérinaires dont il répond, il reste qu'il est celui habilité par excellence à engager pour ce qui est des questions commerciales et juridiques conformément aux textes en vigueur au droit OHADA ; que dans la présente procédure, il est légal que M KAFANDO puisse signer les documents qui vont dans le sens de la quête des marchés ;

que pour ce concerne le troisième grief, que c'est surprenant que l'autorité contractante qui ne participe ni aux questions de son management interne, qui n'est ni l'autorité à mesure de faire le contrôle et l'inspection du travail puisse avancer de tel arguments ; qu'en tout état de cause, depuis 2019, date qui correspond à l'extension de ses activités au domaine de la santé animale en vue de se conformer aux textes en vigueur, un contrat à durée déterminée a été signé entre lui et le Dr NANEMA ;

que pour ce qui est du quatrième grief, qu'un procès-verbal de l'installation a été établi en 2019 par l'autorité contractante en atteste la pièce 5 ; que ce PV a été établi par le ministère de tutelle parce qu'il lui reconnaît la qualité de société pharmaceutique, que ce PV démontre avec vigueur sa qualité de société pharmaceutique, qu'en tout état de cause depuis 2019 son RCCM a été étendu à cette activité ; qu'en ce qui concerne le cinquième grief, qu'en effet les prospectus de 100 doses ont été proposée en anglais sur une feuille et la traduction est reprise sur une autre feuille en français ; que pour ce qui est des 1000 doses le prospectus a été proposé en français exclusivement ;

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

sur la discussion,

considérant que l'offre du requérant a été écartée sur la base des motifs ci-dessus rappelés ;

considérant que la CAM a noté qu'elle s'en tient aux griefs publiés ; que l'autorisation a été donnée au Docteur NANEMA et l'article 8 de l'arrêté 2019-06/MRAH/SG/DGSV/DSPVL portant autorisation d'ouverture d'un établissement grossiste répartiteur de médicaments vétérinaire à Monsieur NANEMA Michel dispose que la présente autorisation ne peut faire l'objet d'héritage ou d'utilisation par un tiers autre que le bénéficiaire ; que l'offre ne contient pas le contrat qui lie Monsieur KAFANDO Gilbert à WEST A PHARMA ;

considérant que le requérant a réaffirmé son argumentaire ci-dessus développé ;

considérant que l'attributaire provisoire a soutenu que le Docteur NANEMA avait l'obligation de fournir son contrat de travail avec la société WEST A PHARMA ; qu'en l'état actuel, il n'existe aucun lien entre eux ; que pour lui c'est à bon droit que son offre n'a pas été retenue sur ce fondement ;

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé qu'il ressort de l'article 30 du décret n°2018-0729/PRES/PM/MRAH/MATD/MSECU/MCIA portant réglementation de la pharmacie vétérinaire au Burkina Faso « toute entreprise qui comporte au moins un établissement visé à l'article 5 doit être soit la propriété d'un pharmacien, soit d'un docteur vétérinaire, d'une société à la gérance ou à la direction générale de laquelle participe un pharmacien ou un docteur vétérinaire selon les dispositions du droit des sociétés au Burkina Faso, dans le cas des établissements pharmaceutique vétérinaire, la présence d'un docteur vétérinaire conseil à temps plein inscrit au Tableau général de l'Ordre nationale des vétérinaires, est obligatoire » ;

que la Société WEST A PHARMA est une société anonyme dont le Directeur général est monsieur Gilbert KAFANDO ; que du même coup, ce dernier n'a pas besoin de se donner procuration à lui-même pour engager la société ; que Monsieur NANEMA Michel participe à la gestion de la Société en tant que Conseil vétérinaire ; que sur cette base, la qualité d'établissement pharmaceutique vétérinaire ne saurait être remis en cause ; que le CV de Monsieur NANEMA Michel est suffisant pour justifier sa relation avec la société ; qu'au besoin il revenait à la CAM d'exiger son contrat de travail ; qu'il est de même pour les statuts de la société ; que c'est donc à tort que l'offre a été rejeté sur ces fondements ;

que par contre, l'ORD a relevé que le prospectus du vaccin de 1000 doses n'a pas été traduit en français contrairement à l'article 10 des instructions aux candidats qui dispose que : « l'offre, ainsi que toute la correspondance et tous les documents concernant la soumission, échangés entre le Candidat et l'Autorité contractante seront rédigés dans la langue française Les documents complémentaires et les imprimés fournis par le Soumissionnaire dans le cadre de la soumission peuvent être rédigés dans une autre langue à condition d'être accompagnés d'une traduction dans la langue française auquel cas, aux fins d'interprétation de l'offre, ladite traduction fera foi » ; que c'est donc à bon droit que ce grief a été retenu ;

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

par ces motifs ;

DECIDE :

- **qu'il est compétent ;**
- **que le recours de WEST A PHARMA est recevable ;**
- **que l'appel d'offres sus visé 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 WEST A PHARMA n'est pas fondée ;**
- **de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2023-017F/MARAH/SG/DMP pour l'acquisition de vaccins inactives contre la maladie de Newcastle et de vaccins contre la Variole aviaire au profit du Centre de promotion de l'aviculture villageoise (CPAVI) du Ministère de l'agriculture des ressources animales et halieutiques (MARAH) marché à commande) ;**

- **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 24 juillet 2023

Le Président de séance

Pascal ILBOUDO

Chevalier de l'ordre du mérite