

DECISION N°2017-0104/ARCOP/ORD

sur recours de EMOF SERVICES SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2016-0060/AOOD/21 du 28 décembre 2016 pour les travaux de réalisation d'unités de production d'oxygène médical au profit des centres hospitaliers régionaux de Fada (lot 01), de Gaoua (lot 02), Koudougou (lot 03) et de Dori (lot 04).

**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 1^{er} 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 1^{er} 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 1^{er} février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage public déléguée ;*
- Sur** *recours par lettre en date du 17 mars 2017 de la société EMOF SERVICE SARL contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité (lots 01 à 04) ;*

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

en présence de :

- Monsieur Didace DOUAMBA, membre de l'ORD ;
- Monsieur Puraogo G. KAFANDO, membre de l'ORD ;
- Messieurs Modeste YAMEOGO et B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre du requérant, Messieurs Vincent de Paul SONGZABRE, Abdoulaye TRAORE et Saïdou OUEDRAOGO, respectivement ingénieur, chargé des

marchés de la société EMOF SERVICE SARL et conseil juridique de la société ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Abdou Abach OUEDRAOGO, Bakary HEBIE et Madame DA/COULIBALY Y. Laurentine, respectivement DMP et Chefs de service du Ministère de la santé ;
- au titre de l'attributaire provisoire, Messieurs Didace FORO et Faïçal BANGRE, respectivement ingénieur biomédical et responsable comptable et financier 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 les résultats provisoires de l'appel d'offres sus visé restent soumis aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID du 1er 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 les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2016-0060/AOOD/21 du 28 décembre 2016 pour les travaux de réalisation d'unités de production d'oxygène médical au profit des centres hospitaliers régionaux de Fada (lot 01), de Gaoua (lot 02), Koudougou (lot 03) et de Dori (lot 04) ;

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 sus visée « 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°2010 du jeudi 16 mars 2017 et que le délai de recours auprès de l'autorité contractante ou devant l'instance de recours non juridictionnel courait jusqu'au 20 mars 2017 ; que EMOF SERVICE SARL a saisi l'instance de recours non juridictionnel, l'ORD, par lettre en date du 17 mars 2017 ; 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 n°2016-0060/AOOD/21 du 28 décembre 2016 pour les travaux de réalisation d'unités de production d'oxygène médical au profit des centres hospitaliers régionaux de Fada (lot 1), de Gaoua (lot 2), Koudougou (lot 3) et de Dori (lot 4) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a relevé que les offres du requérant sont conformes en notant la variation liée à la prise en compte de la TVA ; cependant, EMOF SERVICE SARL n'a pas été déclarée attributaire des quatre (04) lots en raison de l'insuffisance de son chiffre d'affaires qui ne lui permet d'avoir qu'un seul lot ; enfin, la CAM a précisé qu'en application de la règle de la combinaison la plus avantageuse pour l'Administration, elle a retenu l'offre du requérant au lot 05 ;

le requérant conteste la décision de la CAM arguant qu'il a satisfait aux exigences du dossier d'appel d'offres (DAO) ; qu'étant donné qu'il est le moins disant à tous les lots, ses offres devraient être retenues ; qu'en égard à la rareté des ressources financières, le respect du principe d'autonomie et de séparation des lots par la CAM aurait permis à l'Etat de réaliser un gain d'environ 415 millions ;

que, par ailleurs, même si la CAM considère son chiffre d'affaires réalisé toutes taxes comprises, son montant est largement suffisant pour lui permettre d'être attributaire de plusieurs lots ; qu'au regard de ce qui précède, la CAM n'a pas fait un bon examen de son chiffre d'affaires, une bonne interprétation et application du principe de séparation et de l'autonomie des lots, et du principe d'économie dans la dépense publique ;

il sollicite donc de l'ORD un réexamen des résultats provisoires ;

sur la discussion,

considérant que le point A-31.D. des données particulières a requis un chiffre d'affaires annuel moyen de 450 000 000 FCFA par lot durant les cinq (05) dernières années ;

considérant que le requérant affirme que la CAM n'a pas fait un bon examen de son chiffre d'affaires, une bonne interprétation et application des principes de séparation et d'autonomie des lots, et d'économie dans la dépense publique ; qu'en sus, il soutient qu'il ressort de la circulaire n°251/ARMP/CR du 08 juin 2011 que l'exigence du chiffre d'affaires vise uniquement « à s'assurer de la continuité de l'exploitation du soumissionnaire » ;

considérant que la CAM a relevé que les chiffres d'affaires (CA) sont en hors taxes (HT) ; qu'en effet, la majorité des appareils médicaux demandée est acquise au Burkina en hors taxes ; qu'ainsi, la CAM s'est contentée des attestations de CA en HT tel que fourni dans les documents ; que s'agissant du motif du requérant selon lequel l'Administration manque de faire une économie de 415 000 000 FCFA en attribuant les marchés à son concurrent, l'autorité contractante a noté qu'il faut privilégier les critères du dossier avant d'apprécier l'élément relatif à l'économie réalisable.

considérant qu'en réponse sur l'argument de l'intérêt du CA, le Ministère de la santé a estimé que le requérant fait une mauvaise interprétation de la circulaire n°251/ARMP/CR du 08 juin 2011 selon laquelle l'exigence du chiffre d'affaires « vise à s'assurer de la continuité de l'exploitation du soumissionnaire » sans considérer le montant requis ; qu'il appartient à l'autorité contractante de fixer un montant déterminé que les soumissionnaires doivent respecter ;

considérant que l'attributaire provisoire s'est exprimé en faveur de la position de la CAM ; qu'il s'est justifié en relevant notamment que le matériel médical est acquis en hors taxe, mais qu'il y a certains éléments de l'appel d'offres qui nécessitent d'autres acquisitions non exonérés

considérant que l'ORD, après avoir entendu les parties et procédé aux observations utiles, a relevé que les arguments du requérant ne sont pas pertinents ; que l'économie d'échelle évoquée en sa faveur ne peut être capitalisée par la CAM dans la mesure où son chiffre d'affaires insuffisant ne lui permet d'obtenir qu'un seul marché tel que prévu par le DAO ;

qu'ainsi, en application de la règle de la combinaison la plus avantageuse pour l'Administration, elle lui a attribué le lot 05 ; que le requérant ne remet pas en cause cette règle ni dans le principe, ni dans l'application en a été faite dans le cas présent ; qu'il y a lieu de constater que la CAM en a fait une bonne application conforme au principe d'économie du processus d'acquisition ; que, par ailleurs, le requérant tend à dire que la CAM aurait dû considérer son CA en TTC ; que sur ce point, l'ORD a jugé que les CA requis dans la commande publique doit être toujours apprécié en hors taxes, ce qui permet de garantir un traitement égalitaire des soumissionnaires et candidats ; qu'il en résulte que ce moyen du requérant est également mal fondé ;

qu'en définitive, il y a lieu de dire que la plainte du requérant n'est pas fondée et de confirmer ainsi les résultats provisoires ;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que le recours EMOF SERVICE 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 ;

-que la plainte de EMOF SERVICE SARL n'est pas fondée ;

-qu'il convient de confirmer les résultats provisoires de l'appel d'offres ouvert n°2016-0060/AOOD/21 du 28 décembre 2016 pour les travaux de réalisation d'unités de production d'oxygène médical au profit des centres hospitaliers régionaux de Fada (lot 01), de Gaoua (lot 02), Koudougou (lot 03) et de Dori (lot 04) ;

-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 21 mars 2017

Le Président de séance

Oumarou BASSAVE
Chevalier de l'Ordre national