

PROCES-VERBAL DE NON-CONCILIATION N°2024-C0068/ARCOP/ORD

Sur demande de conciliation de la SCPA TOU & SOME, agissant au nom et pour le compte de la Société I-MEDIC, avec le MDAC, assisté de l'AJE, dans le cadre de l'exécution du marché n°11/00/01/04/00/2019/00456 pour l'acquisition, l'installation et la mise en service de deux (02) scanners, formation du personnel, maintenance préventive et curative desdits scanners au profit dudit Ministère.

**L'ORGANE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS
STATUANT EN MATIERE DE CONCILIATION :**

- 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 1^{er} février 2017 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;
- Sur** demande de conciliation par lettre en date du 27 mai 2024 de la SCPA TOU & SOME, agissant au nom et pour le compte de la Société I-MEDIC, avec le MDAC, assisté de l'AJE dans le cadre de l'exécution du marché ci-dessus cité ;

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

en présence de :

- Monsieur P. Boureima SAVADOGO, membre de l'ORD ;
- Monsieur Issoufou YELEMOU, 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 Rasmané COMPAORE, Ismaël COMPAORE et Maître Bakary TOU, représentant la Société I-MEDIC ;
- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Y. Léonard OUOBA, Fidèle BATIONO, Jean YAMEOGO et Moustapha BAMBARA, représentant le Ministère de la Défense et des Anciens Combattants (MDAC) ; Monsieur Bienvenu BAKI, représentant l'Agence Judiciaire de l'Etat (AJE) ;

dresse le présent procès-verbal de non-conciliation fondé sur les éléments de forme et de fond exposés ci-après ;

EN LA FORME :

sur la compétence,

considérant que le marché ci-dessus-cité reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0049/PRES/PM/MEF/MINEFID du 01 février 2017 portant procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public ;

considérant que l'ORD est compétent pour statuer sur toutes les questions relatives à l'exécution d'un marché public conformément aux dispositions des articles 31 et 32 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 ;

considérant que la requête concerne la demande de conciliation de la SCPA TOU & SOME, agissant au nom et pour le compte de la Société I-MEDIC, avec le MDAC, assisté de l'AJE, dans le cadre de l'exécution du marché n°11/00/01/04/00/2019/00456 pour l'acquisition, l'installation et la mise en service de deux (02) scanners, formation du personnel, maintenance préventive et curative desdits scanners au profit dudit Ministère ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORD est compétent pour en connaitre ;

sur la recevabilité,

considérant que la demande de conciliation de la SCPA TOU & SOME, agissant au nom et pour le compte de la Société I-MEDIC, avec le MDAC, assisté de l'AJE a été introduite conformément aux dispositions de l'article 31 du décret n° 0050/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017 précité ;

qu'il convient de la déclarer recevable ;

AU FOND :

sur les faits,

le Ministère de la Défense et des Anciens Combattants (MDAC) a lancé le marché n°11/00/01/04/00/2019/00456 pour l'acquisition, l'installation et la mise en service de deux (02) scanners, formation du personnel, maintenance préventive et curative desdits scanners au profit dudit Ministère ;

le requérant expose que suite à une consultation restreinte conduite par la SOGEMAB pour le compte du Ministère d'Etat, Ministère de la Défense Nationale et des Anciens Combattants, ledit Ministère et I-MEDIC ont conclu le marché n°-11/00/01/04/00/2019/00456 qui a été approuvé le 30 juin 2021 ; que le montant du marché est de sept cent trente-quatre millions cent soixante-trois mille (734 163 000) FCFA, et le délai de livraison a été fixé à six (06) mois ; que dans le cadre de l'exécution du marché, chacune des parties a été confrontée à des difficultés ; que pour ce qui le concerne, la crise due à la pandémie à COVID-19 a eu un impact sur les délais de fabrication et de transport des scanners ; que le marché a été approuvé le 30 juin 2021 ; qu'il est dès lors aisé de constater que cette approbation est intervenue en pleine crise mondiale de COVID-19 ; que compte tenu de cette crise, le fabricant sis au Japon a été confronté à un manque à l'échelon mondial de semi-conducteurs (composantes électroniques entrant dans la fabrication du scanner), au confinement rendant la fabrication difficile et lente (en atteste la lettre du fabricant datée du 07/02/2022 adressée à I-MEDIC), à des difficultés de transport des scanners dues au confinement et à la congestion des ports durant la période ; qu'il en a avisé la Direction Centrale du Service de Santé des Armées (DCSSA) ; que lorsque le fabricant a réussi à confier les scanners à un transporteur maritime, il l'a informé, lui à son tour a porté l'information à la connaissance de la Direction Centrale du Service de Santé des Armées (DCSSA) par correspondance en date du 02 avril 2022 ; que les deux (02) scanners objet du marché sont finalement arrivés au Burkina Faso le 28 juin 2022 ; qu'il en a avisé la Direction Centrale du Service de Santé des Armées (DCSSA) par correspondance datée du 30 juin 2022 ; qu'en tout état de cause, comme développé ci-dessus, les difficultés qu'il a rencontrées sont dues à la pandémie de COVID-19 considérée par une abondante jurisprudence comme étant un cas de force majeure ;

en ce qui concerne l'autre partie, il relève que les difficultés rencontrées par l'autorité contractante sont relatives à l'indisponibilité des locaux devant accueillir les scanners et la modification du lieu de livraison ; que relativement au retard de la livraison dû à l'indisponibilité des locaux devant abriter les scanners, à l'issue du dédouanement, il a adressé à la Direction Centrale du Service de Santé des Armées (DCSSA) une demande de livraison suivant lettre datée du 03 août 2022 ; qu'elle lui a répondu le 08 août 2022 évoquant le fait que la construction du bâtiment devant abriter les deux (02) scanners n'était pas encore achevée ; qu'il sied de noter que cette construction était confiée à une toute autre entreprise ; qu'il a répondu le 07 septembre 2022 à la Direction Centrale du Service de Santé des Armées (DCSSA), en lui précisant que cette situation de non livraison des scanners allait lui être préjudiciable en ce sens qu'elle l'exposait entre autres à une augmentation considérable des intérêts bancaires qui seront difficiles à supporter par sa société ; que par ailleurs, par ladite correspondance, il attirait l'attention de l'autorité contractante sur l'importance des travaux restant à effectuer sur les locaux devant abriter les scanners ; que l'achèvement du bâtiment a pris énormément de temps et qu'il s'est vu dans l'obligation de suivre de près l'évolution des travaux alors qu'il se trouvait exposé entre autres à des frais de magasinage, de stockage et bancaires, pourtant il n'est pas responsable du retard pris par la construction du bâtiment ; que le 23 novembre 2022, il a une fois de plus adressé une lettre à la Direction Centrale du Service de Santé des Armées (DCSSA) faisant encore un état des lieux pas satisfaisant du tout sur l'évolution des travaux de construction ;

que le 11 janvier 2023, il adressait une nouvelle demande d'installation de scanner à la Direction Centrale du Service de Santé des Armées (DCSSA) ; qu'en réponse à cette lettre, elle lui accordera enfin l'autorisation d'accès aux locaux devant abriter les scanners pour leur installation, suivant lettre en date du 16 janvier 2023 ; qu'il en résulte de tout ce qui précède que pour une date limite de livraison prévue initialement le 1^{er} février 2022, l'autorité contractante ne parviendra à mettre les locaux devant abriter les scanners à sa disposition que le 16 janvier 2023, soit près de douze mois après ladite date limite ; qu'il rappelle que l'article 36.1 du Cahier des Clauses Administratives Générales dispose qu' : « il incombe à l'autorité contractante de mettre à la disposition du titulaire les locaux destinés à la livraison des fournitures et/ou l'installation équipements et, le cas échéant, à sa maintenance selon les conditions d'environnement nécessaires qui lui auront été communiquées, à sa demande, par le titulaire.

Ces locaux doivent être disponibles et prêts avant la date prévue pour la livraison et/ou l'installation ; au cas contraire, la prolongation du délai d'exécution prévue à l'article 31 est de droit pour le titulaire » ;

que dans la présente cause, il est aisé de constater que la disposition contractuelle sus visée consacre une prorogation de plein droit à son profit alors que la livraison dans les délais contractuels était impossible du fait de l'autorité contractante qui n'était pas en mesure de mettre les locaux destinés à la livraison, à sa disposition ; qu'il ressort de la fiche de pénalités pour retard que l'autorité contractante a retenu au titre du « nombre de jours de retard constaté : 02/02/2022 au 03/08/2022= 183 jours) ; que le montant retenu au titre de ladite pénalité est de cent vingt-cinq millions cinq cent quatre-vingt-quatorze mille cinq cent quarante-sept (125 594 547) FCFA ; que pourtant, comme développé plus haut, les locaux destinés à la livraison des scanners n'étaient pas encore disponibles durant toute cette période de référence du calcul des pénalités ; que lesdits locaux n'ayant pas pu être mis à sa disposition que le 16 janvier 2023 ; que le calcul ainsi fait occulte bien évidemment l'indisponibilité des locaux à la date limite de livraison et que cette indisponibilité s'est poursuivie près de douze mois après ladite date limite ; qu'autrement dit, le modèle de calcul utilisé par l'autorité contractante tend à lui imputer le retard observé dans la construction des locaux alors que lesdits travaux étaient confiés à une entreprise tierce au présent marché ;

que relativement au retard de la livraison dû à une modification non contractuelle du lieu de livraison de l'un des scanners, que pendant qu'il attendait la fin des travaux de construction des locaux, l'autorité contractante a décidé du transfert de l'un des deux (02) scanners au Camp Ouezzin COULIBALY à Bobo-Dioulasso ; qu'il a tout logiquement suggéré un avenant au marché initial dont les dispositions prévoyaient que la livraison d'un des scanners se ferait au Camp Sangoulé Lamizana à Ouagadougou ; qu'à cet effet, il a déposé une facture pro-forma auprès du service des affaires financières (SAF) de la Direction Centrale du Service de Santé des Armées (DCSSA) ; qu'un projet d'avenant lui a été envoyé qui, après signature en a fait un retour pour signature à l'autorité contractante ; que mais contre toute attente, ledit avenant est resté à ce jour sans suite ; que, par contre, l'autorité contractante a ordonné et procédé à l'enlèvement de l'un des deux (02) scanners qu'elle a transféré à Bobo-Dioulasso ;

qu'il aurait pu refuser à l'époque l'enlèvement et le transfert du scanner dans la mesure où l'autorité contractante à travers la Direction Centrale du Service de Santé des Armées (DCSSA) n'avait pas encore pris livraison des deux appareils, qui de ce fait demeuraient encore sa propriété ;

que toutefois, au regard du contexte sécuritaire et compte tenu de ce que les scanners étaient destinés à la prise en charge des soldats, il a accepté sans aucun dédommagement de la part de l'armée ; que ce transfert à Bobo a entraîné des charges financières supplémentaires qu'il a supportées sans aucune contrepartie à ce jour, de la part de l'autorité contractante à savoir : les billets d'avion des techniciens d'Egypte au Burkina Faso (aller-retour), les billets d'avion des techniciens de Ouaga à Bobo (aller-retour), hébergement et restauration des techniciens à Ouaga (arrivée et départ), hébergement et restauration des techniciens à Bobo (5 techniciens) pendant une semaine ;

qu'au regard de tout ce qui précède, il apparaît que le mode de calcul utilisé par l'autorité contractante tend à lui imputer aussi bien le retard observé dans la construction des locaux que celui dû à la modification du lieu de livraison de l'un des scanners ; que par ailleurs, tout ce retard qui lui est non imputable au regard des faits, a néanmoins été pour lui, source d'énormes charges financières dans la mesure où la banque qui n'est nullement empêchée par cette situation lui a fait supporter des intérêts et pénalités de retard ; qu'à titre illustratif, sur la période du 15 janvier 2023 au 07 mars 2020, ces intérêts sont d'un montant de quatre-vingt-dix-neuf millions sept cent soixante-sept mille six (99 767 006) FCFA ; qu'ainsi, pour les motifs évoqués ci-dessus, une annulation pure et simple de la pénalité de retard de livraison sera une bonne application des lois et contrats, et permettra de contribuer à amenuiser un tant soit peu le déséquilibre contractuel dû au retard de la mise à disposition des locaux ainsi qu'à la modification du lieu de livraison de l'un des scanners alors que par ailleurs, cela l'a exposé à d'énormes charges bancaires ;

que sur l'impact de l'indisponibilité des locaux sur le retard de la formation, qu'il résulte de la fiche de pénalités pour retard qu'au titre de la formation, l'autorité contractante a retenu : comme nombre de jours de retard de la formation sur site : 02/02/2022 au 15/09/2023= 591 jours ; que le montant de la pénalité à ce titre a été calculé à six millions neuf cent onze mille cent cinquante-quatre (6 911 154) FCFA ; qu'autrement dit, ce calcul a été effectué en prenant pour période de référence, la date limite de livraison prévue au contrat (02/02/2022) jusqu'à la date d'établissement du rapport (15/09/2023) ; qu'il est pourtant évident que la formation sur site ne pouvait avoir lieu qu'à l'issue de l'installation des deux (02) appareils dans le bâtiment qui est demeuré inachevé bien longtemps après la date limite prévue pour la livraison ; que pour les motifs évoqués plus haut, ce serait justice que la pénalité au titre de la formation sur site soit annulée ; que comme nombre de jours de retard de la formation chez le fabricant : 02/02/2022 au 30/06/2023= 514 jours ; que le montant de la pénalité à ce titre a été calculé à dix-huit millions cinq cent quatre-vingt-six mille deux cent quarante (18 586 240) FCFA ;

qu'il sied de rappeler que : les manipulateurs ont été formés le 06/01/2023 à l'hôpital Schiphra avant même que l'autorité contractante ne l'autorise à accéder aux locaux ; qu'une formation pour deux (02) équipes, médecin radiologue et manipulateur a été faite en juin 2023 (02 au 06 et 15 au 30 juin 2024 en Algérie) ; qu'au regard du développement ci-dessus, ce serait justice d'annuler purement et simplement la pénalité de retard mise à sa charge au titre de la formation chez le fabricant ;

qu'à toutes fins utiles, il sied de noter que suite à la notification des pénalités liquidées initialement à la somme totale de cent cinquante-un millions quatre-vingt-onze mille neuf cent quarante-un (151 091 941) FCFA, il a adressé une demande de remise de pénalités datée du 30 janvier 2024 à l'autorité contractante ; qu'en réponse, le Ministre lui a consenti une remise partielle de 17% des pénalités, soit vingt-cinq millions six cent quatre-vingt-cinq mille six cent trente (25 685 630) FCFA ; qu'au regard de tous les motifs développés ci-dessus, il est constant que seule une remise totale à 100% permettrait de respecter le loi et de réduire un tant soit peu le déséquilibre contractuel ;

il sollicite de l'ORD une conciliation afin qu'une solution soit trouvée ;

sur la discussion,

considérant que les pénalités de retard sont régies notamment par les dispositions de l'article 146 et suivants du décret n°2017-0049/PRES/PM/MINEFID susvisé et de l'arrêté n°2019-506/MINEFID/CAB du 18 novembre 2019 relatif au comité chargé de l'examen des requêtes de remise de pénalités de retard ;

considérant qu'en substance la société I-MEDIC estime que l'Etat à travers le Ministère chargé de la défense nationale devrait lui accorder une remise totale des pénalités de retard et non seulement le taux de 17% ;

considérant que les représentants de l'autorité contractante ont expliqué leur point de vue ; qu'après une analyse minutieuse des faits et des textes en vigueur, ils ont estimé que la remise de pénalités de retard ne peut excéder le taux accordé de 17% ; que la société a également un très grande part de responsabilité dans le retard constaté ; que même si les travaux du bâtiment étaient achevés à temps, I-MEDIC n'allait pas pouvoir fournir et installer les appareils ; qu'à la date normale de livraison, la société n'était pas prête ;

considérant qu'ils ont également relevé qu'il n'y a pas de cas de force majeure liée notamment à la COVID-19 ; qu'à la période d'exécution du marché rigoureusement appréciée, l'infection à corona virus n'était plus un problème ; qu'ainsi, le société I-MEDIC est responsable du reste du retard ayant occasionné les pénalités retenues de 83% ;

considérant que la société requérante a pris acte de la position de l'Administration ; que l'autorité contractante a rejeté sa réclamation estimant qu'elle n'est pas fondée ;

considérant que les parties ne sont pas parvenues à s'entendre en vue d'une conciliation ; qu'il y a donc lieu d'établir un procès-verbal de non-conciliation ;

sur ce ;

CONSTATE :

- **qu'il est compétent ;**
- **que la demande de conciliation de la SCPA TOU & SOME, agissant au nom et pour le compte de la Société I-MEDIC, avec le MDAC assisté de l'AJE, est recevable ;**
- **que le marché susvisé reste soumis aux dispositions du décret n°2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 01 février 2017 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;**
- **que le MDAC, assisté de l'AJE, et la SCPA TOU & SOME, agissant au nom et pour le compte de la Société I-MEDIC, ne sont pas parvenus à s'entendre en vue d'une conciliation pour la remise totale de la pénalité de retard ; que l'autorité contractante a estimé qu'elle ne pouvait remettre plus que le taux de 17% accordé ;**
- **qu'un accord n'ayant pas été trouvé entre les parties, le présent procès-verbal de non-conciliation est dressé conformément aux dispositions de l'article 31 du décret n°2017-0050 pour servir et valoir ce que de droit ;**
- **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 25 juin 2024

le requérant

l'autorité contractante

Le Président de séance

Lassina TRAORE