

DECISION N°2016-0416/ARCOP/ORAD

sur recours de EMOF SERVICE SARL et du GROUPEMENT TM DIFFUSION & CCT SA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2016-10/AOOD/21 pour les travaux de réalisation d'unité de production d'oxygène médical au profit des centres hospitaliers de Ouagadougou (lot 01) et de Bobo Dioulasso (lot 02).

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

Vu le décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

Vu le décret n°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public et ensemble ses modificatifs ;

Vu le décret n°2008-374/PRES/PM/MEF du 23 juillet 2008 portant réglementation de la maîtrise d'ouvrage publique déléguée ;

Sur recours par lettres respectives en date du 17 août 2016 de EMOF SERVICE SARL et du GROUPEMENT TM DIFFUSION & CCT SA contre les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité (lots 01 et 02) ;

présidé par Monsieur Serge Louis Marie P. TOE, membre de l'Organe de règlement amiable des différends (ORAD) ;

en présence de :

-Monsieur Soumaïla BARRO, membre de l'ORAD ;
-Monsieur Nestor TIENDREBEOGO, membre de l'ORAD ;
-Messieurs Moïse BAKORBA et B. Adama OUEDRAOGO, assurant le secrétariat de l'ORAD ;

et en présence des représentants des parties :

- au titre des requérants, Messieurs Moussa OUEDRAOGO, Moctar BAGAGNAN et Vincent de Paul SONGZABRE, respectivement Directeur, ingénieur et chargé des marchés de EMOF SERVICE SARL ;

Messieurs Didace Saturnin FORO, Joseph SIDIBE et Moumounou GNESSIEN, respectivement Administrateur général de CCT SA, DG de TM Diffusion et conseiller juridique du GROUPEMENT TM DIFFUSION & CCT SA ;

- au titre de l'autorité contractante, Messieurs Abdou Abach OUEDRAOGO, Prosper TIAHO et Madame Y. Laurentine DA/COULIBALY, respectivement DMP, agent du CHU-YO et agent de la DMP, tous représentant du Ministère de la Santé ;

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°2008-173/PRES/PM/MEF du 16 avril 2008 portant réglementation générale des marchés publics et des délégations de service public et ses modificatifs n°2012-123/PRES/PM/MEF du 02 mars 2012 et n°2013-1148/PRES/PM/MEF du 12 décembre 2013 ;

considérant qu'aux termes de l'article 28 du décret n°2014-554 ci-dessus visé, l'ORAD est compétent en matière de litige dans la phase de passation de la commande publique ;

considérant que les recours concernent la contestation des résultats provisoires de l'appel d'offres n°2016-10/AOOD/21 pour les travaux de réalisation d'unité de production d'oxygène médical au profit des centres hospitaliers de Ouagadougou (lot 01) et de Bobo Dioulasso (lot 02) ;

qu'il y a lieu de dire que l'ORAD est compétent pour en connaître ;

sur la recevabilité,

considérant qu'aux termes de l'article 30 du décret n°2014-554 ci-dessus visé, « Tout candidat ou soumissionnaire s'estimant injustement évincé des procédures de passation de la commande publique, doit, avant de saisir l'ORAD, exercer un recours auprès de l'autorité contractante.

Ce recours est une demande écrite indiquant les références de la procédure de passation et exposant les motifs de sa réclamation. Il est adressé à l'autorité contractante avec accusé de réception ou déposé contre récépissé. Il doit invoquer une violation caractérisée des textes en la matière. Il doit être exercé dans un délai de trois (03) jours ouvrables à compter de la publication de l'avis d'attribution dans la revue de la commande publique, de la communication de la lettre d'invitation ou du dossier de demande de propositions.

L'autorité contractante est tenue de répondre à cette réclamation dans un délai de trois (03) jours ouvrables au-delà duquel le défaut de réponse sera constitutif d'un rejet implicite du recours.

En cas de rejet implicite, le requérant dispose de deux (02) jours ouvrables pour saisir l'ORAD. En cas de notification d'une réponse de rejet, il dispose de cinq (05) jours ouvrables pour saisir l'ORAD. » ;

considérant que les résultats provisoires de l'appel d'offres ci-dessus cité ont été publiés dans le quotidien des marchés publics n°1856-1857 du vendredi 12 au lundi 15 août 2016, et que le délai de recours préalable auprès de l'autorité contractante courait jusqu'au 18 août 2016 ; que EMOF SERVICE SARL et le GROUPEMENT TM DIFFUSION & CCT SA ont saisi le Ministère de la santé par lettres respectives en dates des 16 et 12 août 2016 ; que l'autorité contractante n'ayant pas donné de réponses dans le délai qui lui était imparti, ce qui équivaut à un rejet implicite, les requérants ont saisi l'ORAD par lettres respectives en date du 17 août 2016 ; que, par ailleurs, les recours sont conformes aux dispositions de l'article 33 du décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique précité ;

que, dès lors, il convient de les déclarer recevables ;

AU FOND :

sur les faits,

la Ministère de la santé a lancé l'appel d'offres n°2016-10/AOOD/21 pour les travaux de réalisation d'unité de production d'oxygène médical au profit des centres hospitaliers de Ouagadougou (lot 01) et de Bobo Dioulasso (lot 02) ;

la Commission d'attribution des marchés (CAM) a déclaré les offres des requérants non conformes aux deux lots du dossier d'appel d'offres (DAO) pour des motifs divers ; en ce qui concerne EMOF SERVICES SARL, elle lui a reproché de ne pas avoir fourni de « proposition de planning prévisionnel décrivant les étapes du chantier » ; quant à l'offre du GROUPEMENT TM DIFFUSION & CCT SA, la CAM a jugé que les spécifications techniques particulières liées à la production locale d'oxygène sur site par PSA ne sont pas conformes ; elle a notamment précisé que les « valeurs des paramètres proposées par le soumissionnaire sont inférieures ou égales au lieu d'être strictement inférieures comme demandé » ; en définitive, la procédure a été déclarée infructueuse pour absence d'offres conformes ;

les requérants contestent les motifs de rejet de leurs offres arguant qu'ils ont respecté les prescriptions du dossier ; ainsi, EMOF SERVICE SARL affirme qu'elle a proposé un délai de 90 jours pour exécuter les travaux de réalisation des unités de production d'oxygène ; elle précise que, dans ce délai de 90 jours, il y a le délai de 72 heures consacré à l'installation proprement dite des unités de production ; ensuite, la société EMOF SARL relève qu'avant l'installation des unités de production, elle a prévu, conformément aux directives de son fournisseur, la

construction d'un local dédié prenant en compte l'ensemble des composants de l'unité de production ; le temps de cette activité est également pris en compte dans le délai de 90 jours ; enfin, elle estime qu'avec la qualité de l'oxygène qu'elle propose, un planning prévisionnel dont elle a également parlé ne saurait entraîner la non-conformité de son offre ;

quant au second requérant, le GROUPEMENT TM DIFFUSION & CCT SA, il estime, dans un premier temps, que son offre respecte les dispositions de l'article 31 (A-31) des données particulières de l'appel d'offres qui énumèrent les critères d'évaluation des qualifications et de la capacité des soumissionnaires ; ainsi, il a satisfait à toutes les conditions qu'elles soient d'ordre technique ou financier ; ensuite, il aborde les spécifications techniques particulières liées à la production locale d'oxygène sur site par PSA en relevant que sa proposition est conforme aux trois (03) normes NF EN ISO 10083, ISO 7396-1987 et pharmacopée européenne de l'oxygène 93 exigées par le dossier ; il relève également que ses spécifications techniques sont conformes au tableau des prescriptions des équipements tel que exigé aux pages 46 et 47 du DAO ; cependant, le requérant souligne que ce qui est écrit dans le catalogue du fabricant est le reflet de la pharmacopée européenne de l'oxygène 93 mais, pas les performances de ses générateurs qui sont nettement plus exigeants que les normes et standards internationaux relatifs à la qualité de l'oxygène produit ; ainsi, il explique qu'il a la possibilité de bloquer la production « si la pureté descend en dessous de 90% pour respecter la norme » et que ce « principe est respecté pour tous les autres paramètres » ; en outre, le requérant souhaite rassurer sur la qualité de l'oxygène qui sera produit avec des machines équipées d'analyseurs permettant de faire une analyse en continue de la qualité de l'oxygène obtenu ; enfin, le groupement fait valoir qu'il s'est engagé dans son offre à faire faire « une analyse qualité de l'oxygène médical produit par un laboratoire indépendant » ;

les requérants sollicitent alors de l'ORAD le réexamen des résultats provisoires ;

sur la discussion,

sur le recours de EMOF SARL (lots 01 et 02),

considérant qu'il ressort du DAO notamment le point « Modalités d'exécution des prestations » que les soumissionnaires ont l'obligation de soumettre « un planning prévisionnel de mise en place décrivant les étapes du chantier, leur durée prévisionnelle d'installation et les acteurs intervenant » ;

considérant que l'autorité contractante justifie la non-conformité de l'offre de EMOF SARL par l'absence de ce planning prévisionnel que la société estime pourtant avoir fourni ;

considérant que le requérant a fait valoir ses arguments ci-dessus notés arguant avoir ainsi satisfait à l'obligation de présenter le planning litigieux ; qu'après l'attribution du marché, il proposera un planning détaillé ;

considérant que l'ORAD, après avoir entendu les parties et effectué les vérifications utiles, a relevé que les éléments présentés par le requérant en guise

de planning prévisionnel et tirés de son prospectus sont largement insuffisants ; qu'ainsi, ils ne permettent pas d'apprécier l'évolution du chantier dans le temps ; qu'il aurait fallu présenter un planning avec les différentes étapes jusqu'à l'achèvement des travaux dans le respect du délai imparti ; que, du reste, la promesse du requérant de fournir un planning détaillé à l'attribution du marché, trahit l'idée selon laquelle il aurait présenté un planning prévisionnel ; qu'en conséquence, l'ORAD a jugé que c'est à bon droit que l'offre de EMOF SARL a été déclarée non conforme pour défaut de planning prévisionnel sur les étapes du chantier ; qu'ainsi, la plainte n'est pas fondée ;

sur le recours du GROUPEMENT TM DIFFUSION & CCT SA (lots 01 et 02),

considérant que le DAO a défini des spécifications techniques particulières liées à la production locale d'oxygène sur site par PSA ; que les valeurs des paramètres notamment le dioxyde de carbone (CO₂), le monoxyde de carbone (CO), le dioxyde de soufre (SO₂) doivent être inférieures à un seuil défini ; qu'en sus, l'équipement et l'oxygène produit doivent être conformes aux trois (03) normes NF EN ISO 10083, ISO 7396-1987 et pharmacopée européenne de l'oxygène 93 ;

considérant que l'autorité contractante a expliqué que le requérant propose des valeurs qui ne sont pas strictement inférieures comme demandé alors que la qualité de l'oxygène produit en dépend ;

considérant que le requérant a fait remarquer que la CAM s'est focalisée sur les valeurs données par la norme pharmacopée européenne oxygène 93% qu'elle a présentée dans son offre ; que cependant, ses générateurs sont plus performants et respectent les valeurs du dossier ; que la CAM s'en serait rendue compte si elle avait observé les autres éléments de l'offre ;

considérant, par ailleurs, que le requérant a relevé que le DAO contient des incohérences en ce sens que le Cahier des clauses techniques particulières qui donne les valeurs des paramètres litigieux se retrouve dans le cahier des prescriptions techniques ; que s'agissant de clauses techniques particulières, c'est à l'exécution des travaux que l'on doit en vérifier le respect par le titulaire du marché et non dans la phase de passation comme voudrait le faire l'autorité contractante ;

considérant qu'en réplique, l'autorité contractante a noté qu'il est important de s'assurer du respect des valeurs des paramètres à ce stade de la procédure afin d'éviter des désagréments irréversibles pendant l'exécution ; qu'en plus, la technologie utilisée pour capter les impuretés dans l'oxygène produit doit être prévue dès la fabrication de l'appareil ; que justement, le groupement ne fait pas mention de certaines impuretés prévues dans les paramètres à respecter tel que le dioxyde de soufre ; qu'enfin, la norme NF EN ISO 10083 aurait été annulée par une norme plus récente ;

considérant que, sur la question des impuretés non prises en compte, la confrontation des arguments des parties a permis d'établir que la technologie proposée par le requérant résout ce problème conformément aux exigences du

dossier ; que, par ailleurs, le requérant a relevé qu'une norme nouvelle n'annule pas une norme ancienne ; que l'ORAD a noté qu'en tout état de cause, le problème ne se pose pas puisque le dossier a exigé le respect de cette norme ; considérant que l'ORAD, après avoir entendu les parties et procédé aux vérifications nécessaires, a relevé que le DAO a requis, en plus du respect des valeurs des paramètres, la conformité des générateurs et de l'oxygène produit aux normes NF EN ISO 10083, ISO 7396-1987 et pharmacopée européenne de l'oxygène 93 % ; qu'il résulte de l'instruction de l'affaire que la CAM a fait une analyse étriquée de l'offre du requérant en se focalisant sur les valeurs des paramètres résultant de la norme demandée de la pharmacopée européenne de l'oxygène 93 % ; qu'elle aurait dû prendre en compte l'ensemble de l'offre, ce qui lui aurait permis de constater que le requérant a présenté la norme pharmacopée européenne pour assurer le maître d'ouvrage de sa prise en compte sans remettre en cause son engagement à produire l'oxygène conformément aux valeurs des paramètres fournies par le dossier ; qu'en effet, l'analyse globale de l'offre permet de noter que le requérant respecte les prescriptions techniques du dossier ; qu'il ne peut lui être reproché d'avoir présenté la norme litigieuse, ce d'autant plus que son respect a été demandé par le DAO ; que, du reste, la qualité de l'oxygène produit dépend d'un ensemble de paramètres physiques et chimiques qui devront nécessairement être vérifiés régulièrement lors de la production de l'oxygène ; que, justement, ce droit d'effectuer les contrôles est prévu au dossier et admis par le requérant qui s'est engagé, dans ce sens, à faire faire une analyse qualité de l'oxygène médical produit par un laboratoire indépendant ;

qu'au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que la plainte du GROUPEMENT TM DIFFUSION & CCT SA est fondée et d'infirmier ainsi les résultats provisoires en enjoignant à la CAM de reprendre l'évaluation des offres conformément à la présente décision;

par ces motifs ;

DECIDE :

-qu'il est compétent ;

-que les recours de EMOF SERVICE SARL et du GROUPEMENT TM DIFFUSION & CCT SA sont recevables ;

-que l'appel d'offres sus visé reste soumis aux dispositions du décret n°2014-554/PRES/PM du 27 juin 2014 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Autorité de régulation de la commande publique ;

-que la plainte de EMOF SERVICE SARL n'est pas fondée ; que son offre est effectivement non conforme ;

-que la plainte du GROUPEMENT TM DIFFUSION & CCT SA est fondée et qu'il convient de faire droit à son recours;

-qu'il sied d'infirmier les résultats provisoires de l'appel d'offres n°2016-10/AOOD/21 pour les travaux de réalisation d'unité de production d'oxygène médical au profit des centres hospitaliers de Ouagadougou (lot 01) et de Bobo Dioulasso (lot 02) en enjoignant à la CAM de reprendre l'évaluation des offres conformément à la présente décision;

-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 23 août 2016

Le Président de séance

Serge Louis Marie P. TOE