

**DECISION N°031/10/ARMP/CRD DU 07 AVRIL 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION LITIGES
SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE FERMON LABO CONTESTANT LE REJET DE SON
OFFRE PAR LA COMMISSION DES MARCHES POUR NON CONFORMITE AUX
SPECIFICATIONS TECHNIQUES DES PRODUITS QU'ELLE A PROPOSES DANS LE
CADRE DU MARCHÉ RELATIF A LA FOURNITURE D'EQUIPEMENTS BIOMEDICAUX
AU PROFIT DU CENTRE HOSPITALIER NATIONAL ARISTIDE LE DANTEC.**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES,**

Vu l'article 30 du Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 ;

Vu le décret n° 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des marchés publics modifié, notamment en ses articles 86, 87 et 88 ;

Vu le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics notamment en ses articles 20 et 21;

Vu la décision n°0005/ARMP/CRMP du 19 mai 2008 portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu la lettre en date du 4 mars 2010 de la société Fermon Labo ;

Après avoir entendu le rapport de M. Cheikh Saad Bou SAMBE, rapporteur présentant les faits, moyens et conclusions des parties ;

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, de MM Abd'El Kader N'DIAYE et Birahime SECK, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De MM Youssouf SAKHO, Directeur Général de l'ARMP, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques, Oumar SARR, Conseiller juridique et René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics et délégations de service public, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité du recours, les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre mémoire en date du 4 mars 2010, enregistrée le même jour sous le numéro 141/10 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, la société Fermon Labo a introduit un recours auprès du CRD pour contester le rejet de son offre suite à la décision d'attribution provisoire du marché portant sur les lots 1 et 5 du marché relatif à la fourniture d'équipements biomédicaux au profit du Centre Hospitalier Aristide Le Dantec.

SUR LA RECEVABILITE:

Considérant qu'au terme des articles 86 et 87 du décret 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics, tout candidat à une procédure d'attribution est habilité à saisir soit la personne responsable dudit marché d'un recours gracieux, soit le CRD ;

Considérant que la société Fermon Labo a introduit par lettre en date du 1^{er} mars 2010, une demande d'informations sur les motifs du rejet de son offre sur les lots 1 et 5 du marché susvisé, suite à la publication des résultats de l'appel d'offres dans le journal « L'Observateur » du 25 février 2010 ;

Considérant que non satisfait des réponses apportées par la Commission des marchés par courrier daté du 3 mars 2010, le requérant a saisi le Comité de Règlement des Différends par lettre en date du 4 mars 2010 enregistrée le même jour sous le numéro 141/10 pour contester le rejet de son offre ;

Que le recours étant exercé dans les délais prescrits, il doit être déclaré recevable.

LES FAITS

A la suite de l'évaluation technique des offres portant sur la fourniture d'équipements biomédicaux au profit du Centre Hospitalier Aristide Le Dantec, la Commission des marchés a désigné les candidats ACD et DIMINTER respectivement attributaires des lots 1 et 5 du marché sus nommé et a publié un avis d'attribution provisoire dans le journal « L'Observateur » en date du 25 février 2010.

La société Fermon Labo a introduit une demande d'éclaircissement pour être édifiée sur le motif du rejet de son offre, puis a saisi le Comité de Règlement des Différends pour contester la décision de la Commission des marchés.

Par décision n° 024/10/ARMP/CRD en date du 5 mars 2010, le CRD a procédé à la suspension du marché.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de son recours, la société Fermon Labo déclare injustifié le rejet de son offre pour les lots 1 et 5 du marché pour les raisons suivantes :

1. Sur le lot 1 (Bloc opératoire) du marché, elle soutient que :
 - a) la batterie rechargeable du scialytique mobile est prise en charge à la livraison du produit sans augmentation de coût, bien qu'elle n'ait pas été mentionnée dans son offre ;
 - b) Le débit du respirateur d'anesthésie VC et VPC proposé de valeur située entre 0 à 150 ml est bien conforme aux spécifications techniques demandées ;
 - c) Les deux bouches de 2 (deux) litres prévus pour l'aspirateur chirurgical respectent les spécifications du dossier d'appel d'offres ;
 - d) Le tonomètre à aplanation s'adapte bien à la lampe à fente de type HAAG STREIGH comme le confirme son fournisseur Marvel par courrier en date du 4 mars 2010 ;

2. Sur le lot 5 (Endoscopie):

La Commission des marchés a déclaré l'offre de la société Fermon Labo non-conforme sur les données relatives au vidéo, alors que celle-ci a proposé un produit de marque STORZ qui était exigé par le Dossier d'appel d'offres ;

Elle conclut que les motifs de rejet de son offre montrent une volonté de l'autorité contractante de l'éliminer, bien qu'elle ait soumis une proposition financière moins élevée sur les deux lots susvisés du marché.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

Il ressort du rapport d'évaluation des offres de la Commission des marchés que l'offre de la société Fermon Labo a été écartée pour les raisons suivantes :

Pour le lot 1 du marché :

- a) La société Fermon Labo n'a pas mentionné dans son offre la fourniture d'une batterie rechargeable pour la scialytique mobile, élément exigé dans le DAO ;
- b) La société Fermon Labo n'a pas précisé le débit du respirateur d'anesthésie VC et VPC qu'elle a proposé dans son offre et qui s'exprime non pas en ml, mais en litre/minute ;
- c) Le volume des bouches doit être de 4 (quatre) litres au lieu des deux litres proposés par le requérant ;
- d) Que le produit proposé par le requérant n'est pas adaptable à la lampe à fente de type HAAG STREIGH ;

3. Pour le lot 5 (Endoscopie):

La Commission des marchés soutient que le DAO n'a pas exigé de marque pour cet item, mais a prévu que les vidéos endoscopes proposés doivent être compatibles avec le vidéo processeur Olympus EVIS EXERA CV 145 qui est en service au niveau de l'hôpital ; par ailleurs le requérant a fait remarquer dans son offre que les vidéo processeurs proposés ne sont pas compatibles avec le vidéo processeur Olympus EVIS EXERA CV 145 ;

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte sur le rejet de l'offre du candidat Fermon Labo pour non respect des spécifications techniques définies dans le dossier d'appel d'offres.

AU FOND

Considérant qu'il ressort de l'article 68 du Code des Marchés publics qu'après avoir procédé à l'examen préliminaire des offres, la Commission des marchés détermine ensuite si les offres sont conformes aux conditions et spécifications techniques du cahier des charges ;

Qu'à cette fin, une offre conforme pour l'essentiel est une offre conforme à toutes les spécifications techniques et conditions du DAO, sans divergence, réserve ou omission substantielles, en référence à la clause 29.2 des Instructions aux candidats ;

- 1) Sur la non prise en compte dans l'offre du requérant de la batterie rechargeable du scialytique mobile :

Considérant que les prescriptions techniques du DAO prévoient la fourniture par les candidats de deux scialytiques mobiles livrés avec batterie rechargeable ;

Considérant que le requérant reproche à la Commission des marchés d'avoir écarté son offre pour avoir omis de proposer une batterie rechargeable alors que selon lui, cet article est pris en charge à la livraison sans augmentation de coût, comme le confirme son fournisseur par lettre datée du 3 mars 2010, transmise après la date de parution de l'avis d'attribution provisoire du marché ;

Considérant qu'en référence à la clause 28 des Instructions aux candidats, l'Autorité contractante a toute latitude pour demander à un concurrent des éclaircissements ou des précisions sur son offre à condition que lesdites demandes ne visent à rendre l'offre conforme, ou à la modifier ;

Considérant que la non fourniture de la batterie pourtant prévue dans le DAO constitue une entrave à l'exhaustivité de l'offre qui si elle est acceptée, serait préjudiciable aux autres candidats ayant présenté des offres conformes ;

Qu'il s'ensuit que la Commission des marchés a valablement déclaré non-conforme sur cet item, l'offre du requérant en référence aux clauses 29 et 30 des Instructions aux candidats ;

2) Sur le débit du respirateur d'anesthésie VC et VPC et le tonomètre à aplanation :

Considérant que les spécifications techniques exigent des candidats la fourniture de deux appareils de respirateur d'anesthésie dotés d'un débit de pointe (VC, VPC) maximum de 150 l/min +10% ainsi que d'un tonomètre à aplanation adaptable à une lampe à fente de type HAAG STREIGH ;

Considérant qu'au soutien de sa décision de rejet, la Commission des marchés a déclaré que le débit de pointe (VC, VPC) du respirateur d'anesthésie et l'adaptabilité du tonomètre à aplanation des produits proposés par le requérant ne sont pas précisés dans l'offre, alors qu'au regard des dispositions de la clause 30.2 des Instructions aux soumissionnaires, si une offre est conforme pour l'essentiel, l'Autorité contractante peut demander au candidat de présenter dans un délai raisonnable les informations ou la documentation nécessaires pour mieux apprécier les points de non-conformité ou les omissions non essentielles constatées dans l'offre en rapport avec la documentation demandée, à la condition que cette omission ne puisse être liée, en aucun cas, à un élément quelconque du prix de l'offre ;

Considérant que la Commission des marchés avait toute latitude de solliciter du requérant des précisions complémentaires pour apprécier à sa juste valeur le niveau de conformité du débit de pointe ainsi que l'adaptabilité du tonomètre à aplanation, au lieu d'écarter l'offre sur ces deux items ;

Qu'à cet égard, le motif tiré de la non-conformité n'est pas fondé du fait que la Commission des marchés n'a pas sollicité du requérant des précisions complémentaires pour apprécier à sa juste valeur le niveau de conformité desdits produits ;

3) Sur le volume du bocal prévu pour l'aspirateur chirurgical :

Considérant que le requérant reproche à la Commission d'avoir écarté irrégulièrement son offre au motif qu'un bocal de deux (2) litres a été fourni en lieu et place des quatre (4) litres prévus par les spécifications du Dossier d'appel d'offres ;

Considérant que suite au courrier du Président du CRD sollicitant la communication de l'original du dossier, la DCMP a produit copie du DAO sur la base duquel elle a émis son avis favorable et sur lequel il est bien mentionné à la page 40 la fourniture de deux bocal de quatre litres pour l'aspirateur chirurgical, volume qui a été proposé d'ailleurs par les autres candidats ayant soumis une offre pour ce lot ;

Qu'il y a lieu de considérer en conséquence comme non fondée, la réclamation de la société Fermon Labo sur ce point ;

4) Sur la compatibilité des vidéos endoscopes proposés avec le vidéo processeur Olympus EVIS EXERA CV 145 :

Considérant qu'il est indiqué dans les spécifications techniques la fourniture de vidéos endoscopes compatibles avec le vidéo processeur Olympus EVIS EXERA CV 145 ;

Considérant qu'en vertu de la clause 17.4 des Instructions aux candidats, les normes qui s'appliquent aux modes d'exécution, procédés de fabrication, équipements et matériels, ainsi que des références à des noms de marque ou à des numéros de catalogues spécifiés par l'Autorité contractante ne sont mentionnés qu'à titre indicatif et n'ont nullement un caractère restrictif ; qu'il est laissé à la libre appréciation du candidat, la substitution d'autres normes de qualité pourvu qu'il établisse à la satisfaction de l'Autorité contractante, que les normes, marques et numéros ainsi substitués sont substantiellement équivalents ou supérieurs aux prescriptions techniques ;

Considérant également qu'il ressort des spécifications techniques qu'il n'a pas été exigé de marque pour cet item, mais une exigence de compatibilité des vidéos endoscopes proposés avec le vidéo processeur Olympus EVIS EXERA CV 145 ;

Que par ailleurs, le requérant a clairement souligné à la page 33, Code 800 de son offre financière suivant les termes suivants : « Merci de constater que nos vidéoscopes ne sont pas compatibles avec des processeurs Olympus » ;

Qu'en conséquence, le motif de rejet de l'offre de la société Fermon Labo tiré de la non-conformité du produit proposé est fondé ;

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la requête introduite par la société Fermon Labo ;
- 2) Dit que l'absence de mention dans l'offre du requérant de la batterie rechargeable du scialytique mobile altère la substance de l'offre et porte atteinte à son exhaustivité ;
- 3) Dit qu'en référence aux dispositions de la clause 30.2 des Instructions aux candidats, la Commission des marchés devait solliciter du requérant des précisions complémentaires pour apprécier à sa juste valeur le niveau de conformité du respirateur d'anesthésie et du tonomètre à aplanation ; en conséquence,
- 4) Dit que le motif tiré de la non-conformité de l'offre sur ces deux items n'est pas fondé ;
- 5) Dit cependant, que les bocaux de 2 (deux) litres proposés par le requérant ainsi que les videoscopes proposés sur le lot 5 du marché ne sont pas conformes ;
- 6) Constate la non-conformité de l'offre de la société Fermon Labo sur le lot 1 (Bloc opératoire) et lot 5 (Endoscopie) du marché susvisé ;
- 7) Ordonne la poursuite de la procédure de passation du marché ;
- 8) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société Fermon Labo, au Centre Hospitalier Aristide Le Dantec ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP