

**DECISION N°088/10/ARMP/CRD DU 07 JUILLET 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LES RECOURS DE LA SOCIETE CERTEC. SA
CONTESTANT L'ATTRIBUTION A LA SOCIETE CARREFOUR MEDICAL DU
MARCHE RELATIF A LA FOURNITURE D'UN SCANNER DE 64 COUPES A
DETECTEUR MULTI BARETTES LANCE PAR L'HOPITAL PRINCIPAL DE DAKAR.**

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

Vu le 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 ;

Vu le décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) ;

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

Vu le recours de la société CERTEC.SA du 14 juin 2010, enregistré le 16 juin 2010 sous le numéro 410/10 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

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

Après consultation de Monsieur Mansour DIOP, Président, de MM. Abd'El Kader NDIAYE et Birahime SECK, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De Messieurs 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 du 14 juin 2010, enregistrée le 16 juin 2010 sous le numéro 410/10 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD), la société CERTEC.SA a introduit un recours en annulation de la décision d'attribution du marché portant sur la fourniture d'un scanner de 64 coupes à détecteur multi barrettes lancé par l'Hôpital Principal de Dakar.

SUR LA RECEVABILITE

Considérant qu'au terme des articles 86 et 87 du décret n° 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 du marché d'un recours gracieux, soit le CRD ;

Considérant que la société CERTEC SA a saisi par courrier du 9 juin 2010, l'Autorité contractante d'une demande de communication des motifs ayant conduit au choix de l'attributaire, deux jours ouvrables après la parution de l'avis d'attribution du marché dans le journal « Le Soleil » en date du 7 juin 2010 ;

Considérant que non satisfait de la réponse apportée par l'autorité contractante par lettre datée du 10 juin 2010, le requérant a introduit devant le secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) un recours par courrier en date du 14 juin 2010, enregistré le 16 juin 2010 sous le numéro 410/10 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

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

LES FAITS

A la suite de la décision n° 097/09/ARMP/CRD du 18 novembre 2009 du CRD ordonnant la reprise de l'appel d'offres sus visé, l'Hôpital Principal de Dakar a procédé à un nouvel appel à la concurrence qu'il a fait publier dans les journaux suivants :

- Le Soleil des 19 et 20 décembre 2010 ;
- L'Observateur des 19 et 20 décembre 2010 ;
- Le Populaire des 19 et 20 décembre 2010 ;
- Sud Quotidien du 21 décembre 2010.

Au terme de l'évaluation des offres, la Commission des marchés a attribué le marché à Carrefour Médical et a publié l'avis d'attribution provisoire dans le journal « Le Soleil » en date du 7 juin 2010.

Après avoir introduit un recours gracieux, la société CERTEC SA a saisi le Comité de Règlement des Différends d'une demande de communication des raisons qui ont présidé au choix de l'attributaire.

Par décision n° 074/10/ARMP/CRD du 16 juin 2010, le CRD a prononcé la suspension de la procédure de passation du marché sus visé.

LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de sa requête, la société CERTEC.SA déclare que l'offre du candidat Carrefour Médical a été irrégulièrement déclarée recevable, conforme et moins disante pour les raisons suivantes :

1. l'offre de l'attributaire ne comporte pas d'autorisation de mise sur le marché et d'attestation de conformité du matériel, en violation respective des clauses 5.1 et 11.1 g) des Instructions aux candidats ;
2. la commission des marchés n'a pas prouvé que l'attributaire dispose de ressources humaines formées par le fabricant pour assurer le service après vente des produits proposés, en référence à l'article 16 du cahier des clauses techniques du dossier d'appel d'offres ;
3. le Directeur de l'Hôpital n'a pas fait prévaloir le principe d'équité entre les candidats en demandant plus de renseignements complémentaires à la société Carrefour Médical sur son offre dans le but de la rendre conforme ;
4. l'article 86 du Code des Marchés publics autorise tout candidat non retenu à poser à l'autorité contractante, des questions relatives aux éléments qui ont fondé l'évaluation de l'offre de chaque concurrent ; par conséquent, en refusant de communiquer les renseignements demandés sur l'offre de l'attributaire du marché, l'autorité contractante a violé le principe de transparence édicté à l'article 69 du Code des Marchés publics et à la clause 28.1 des Instructions aux candidats ;

Compte tenu de tous ces faits constants, la société CERTEC a sollicité l'annulation de la décision d'attribution du marché sus nommé ;

LES MOTIFS DONNES PAR LA COMMISSION DES MARCHES

En réponse aux arguments soulevés par le requérant, l'autorité contractante note la confusion entretenue par le requérant entre la notion d'autorité contractante avec celle de commission des marchés instituée par le Code des Marchés publics ; en effet, toutes les demandes d'éclaircissement ont été traitées par la commission des marchés de l'établissement, et non par le Directeur de l'Hôpital Principal de Dakar, comme en atteste les différentes correspondances versées au dossier ;

A propos de la première question du requérant portant sur la production par l'attributaire du marché d'une autorisation de mise sur le marché, une réponse lui avait été servie par lettre n°1874/HPD/MC du 24 décembre 2009 l'informant que ledit document est exigé au plus tard à la date de livraison du matériel, en référence à la clause 5.1 des Instructions aux candidats indiquant que le système fourni doit être conforme à la réglementation en vigueur à la date de livraison ;

Il s'y ajoute que cette disposition figurait sur le marché annulé par décision n° 097/09/ARMP/CRD du 18 novembre 2009 du CRD et que le requérant avait toute latitude de saisir l'ARMP avant l'ouverture des plis, aux fins de faire annuler ou rectifier cette disposition du cahier des charges ;

Concernant les autres manquements soulevés par le requérant sur le défaut d'attestation de conformité du matériel et la non disponibilité d'un service après vente efficace, la commission des marchés s'est assurée que l'attributaire a rempli les critères fixés et s'est abstenue de communiquer les renseignements contenus sur une offre concurrente, en référence à l'article 85.3 du Code des Marchés publics qui proscrie toute transmission à un candidat d'informations non publiques sur la situation financière, juridique ou sur les

méthodes de fabrication ou de gestion dont la divulgation serait contraire à la loi ou porterait préjudice à des intérêts commerciaux légitimes ;

Par ailleurs, la commission des marchés a demandé par écrit, des éclaircissements à chacun des candidats sur la teneur de leur offre en vue d'une évaluation technique optimale sans modifier la nature des offres, conformément à l'article 69 du Code des Marchés publics ;

L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte sur :

- 1) la conformité de l'offre de l'attributaire par rapport aux critères d'évaluation, notamment ceux relatifs à la production de l'autorisation de mise sur le marché, de l'attestation de conformité du matériel et de la disponibilité d'un service après vente efficace ;
- 2) le traitement jugé inéquitable des demandes de renseignements complémentaires adressées aux candidats ;
- 3) le refus de la commission des marchés de communiquer à un candidat, des informations portant sur l'offre d'un de ses concurrents ;

AU FOND

- 1) Sur la conformité des critères d'évaluation, notamment ceux relatifs à la production de l'autorisation de mise sur le marché et de la disponibilité d'un service après vente efficace ;

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 59 du décret 2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics que la détermination de l'offre la moins disante est effectuée soit sur la base du prix le plus bas, soit sur la base du prix et d'autres critères , tels que le coût d'utilisation, les performances techniques, le délai de livraison ou d'exécution, qui doivent être énumérés dans le dossier d'appel à la concurrence et être exprimés en termes monétaires ou sous la forme de critères éliminatoires ;

Considérant qu'après évaluation financière des offres des candidats, les résultats s'établissent comme suit :

Nom candidat	Prix de l'offre à l'ouverture des plis	Corrections	Rabais proposés	Prix de l'offre corrigée avec rabais
AFRIMED	670 000 000/HTHD	Néant	Néant	670 000 000/HTHD

BIAMED	690378 598 /DDU	Néant	1% sous conditions non-conformes au dao	690 378 598 /DDU
CERTEC	634 971 557 HTHD	Néant	Néant	634 971 557 HTHD
CARREFOUR MEDICAL	597 000 000 HTHD	Néant	Néant	597 000 000 HTHD

1.1) Sur l'absence de l'autorisation de mise sur le marché :

Considérant qu'en référence à la clause 5.1 des Instructions aux candidats, le soumissionnaire doit prouver, document à l'appui, que le système fourni doit être conforme à la réglementation en vigueur à la date de livraison ; en particulier, il devra disposer d'une autorisation de mise sur le marché adaptée à son statut de dispositif d'imagerie à usage en médecine humaine qui sera complétée selon le pays de construction du marquage CE médical européen ou équivalent ;

Considérant que l'objectif visé à travers la production de l'autorisation de mise sur le marché est de vérifier que le produit du fabricant est conforme aux exigences d'une spécification technique ou d'une norme harmonisée grâce à un système de contrôle de production appliqué en usine ; et qu'en cas de dysfonctionnement dudit produit, le fabricant en assume l'entière responsabilité ;

Considérant que bien que cette obligation de fournir un matériel conforme aux normes pèse sur le candidat, la justification de cette exigence par la disponibilité d'une autorisation de mise sur le marché peut se faire non pas lors du dépôt des offres, mais au moment de la livraison, comme le requiert du reste la clause 5.1 des Instructions aux candidats ;

1.2) Sur l'existence d'un service après vente doté d'un personnel qualifié et de moyens matériels ainsi que la disponibilité d'un programme de formation au profit des agents de l'Hôpital Principal :

Considérant que le requérant reproche à la commission des marchés d'avoir retenu la société Carrefour Médical sans pour autant s'assurer de la disponibilité d'un service après vente fonctionnel exigé à la clause 18.1b) des Instructions aux candidats ;

Considérant que la société Carrefour Médical a prévu dans le cadre de l'appel d'offres, un service après vente doté de moyens matériels (parc véhicules, matériel de test complet, divers outillages), de moyens humains et d'un atelier de maintenance ;

Considérant cependant qu'il n'est précisé dans le dossier d'appel d'offres aucun critère de qualification sur le niveau de formation des équipes de maintenance, ni sur les moyens matériels mis en œuvre ;

Considérant qu'en outre, la société Carrefour Médical propose dans son offre :

- a) la formation à l'utilisation du matériel proposé de deux médecins radiologues, trois manipulateurs radio, un ingénieur biomédical et trois techniciens de maintenance,
- b) la formation aux protocoles et logiciels d'application cliniques du personnel utilisateur,
- c) la formation initiale de l'ingénieur biomédical et de deux techniciens locaux pour la surveillance et le diagnostic simple des dysfonctionnements,
- d) la formation des techniciens informaticiens sur la connexion au réseau informatique et la maintenance du logiciel,
- e) la formation sur le site du fabricant ou un site de référence d'un médecin, d'un manipulateur, d'un technicien et d'un ingénieur ;

Qu'après vérification, la commission des marchés a valablement conclu que l'offre de la société Carrefour Médical est conforme aux prescriptions de la clause 18.1b) des Instructions aux candidats et du point 17 des spécifications techniques exigeant l'existence d'un service après vente et la proposition d'un programme de formation du personnel à l'utilisation du matériel ;

2) Sur le traitement jugé inéquitable des demandes de renseignements complémentaires adressées aux candidats :

Considérant que pour faciliter l'examen, l'évaluation, la comparaison des offres et la vérification de la qualification des candidats, l'autorité contractante a adressé par lettre à tous les soumissionnaires des demandes d'éclaircissement par courriers respectifs en date du 2 mars 2010 ;

Considérant qu'à cet égard, la commission des Marchés a saisi la société Carrefour Médical pour une demande d'informations sur les points suivants :

- préciser les modalités de la télémaintenance et de la télésurveillance,
- préciser les pièces qui sont couvertes par la garantie de trois ans et spécifier si le tube est inclus dans celle-ci,
- préciser le système de refroidissement utilisé et le niveau de température et d'humidité recommandé pour le tube,
- préciser la taille du foyer du tube,
- préciser le nombre maximal de tours par minutes en mode hélicoïdal et la longueur maximale couverte,
- préciser le modèle d'imprimante papier couleur proposé,
- préciser si la liste indicative des pièces de rechange fournie correspond effectivement à l'équipement proposé (SCENARIO 64) ;

Considérant que selon les dispositions combinées de l'article 69 du Code des Marchés publics et de la clause 28 des Instructions aux candidats, une demande d'éclaircissement dont l'objectif est de préciser la teneur de l'offre du candidat afin d'en préciser le contenu, est une faculté laissée à la libre appréciation de l'Autorité contractante, sous réserve de ne provoquer aucun changement sur les offres ;

Considérant que dans un souci d'objectivité et de transparence, la commission des marchés a, sur proposition du comité technique d'évaluation, sollicité des précisions qui portent essentiellement sur des aspects techniques du matériel proposé et qui ne

peuvent en aucun cas, sous toutes réserves, dénaturer ou modifier l'offre de l'attributaire ;

Considérant que ces demandes de précision ont certainement permis à la commission des marchés de se fonder une opinion sur la conformité du matériel proposé sans pour autant le modifier, qu'à cet égard, il ne peut être reproché à la commission d'avoir fait un traitement inéquitable et différencié des candidats ;

3) Sur le refus de la commission des marchés de communiquer au requérant, des informations portant sur l'offre d'un de ses concurrents :

Considérant qu'en référence à l'article 85.1 du Code des Marchés publics, la personne responsable du marché communique par écrit, dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté, les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre ;

Considérant que la société CERTEC a sollicité de la commission des marchés, les raisons qui ont fondé le choix de la société Carrefour Médical, attributaire du marché, alors les dispositions de l'article 85.1 du Code des Marchés publics n'autorisent la personne responsable du marché à communiquer aux soumissionnaires que les motifs du rejet de leur propre candidature ou offre ;

Considérant qu'au-delà de cette restriction, la personne responsable du marché ne peut communiquer à un candidat des renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'autres candidats en révélant des informations non publiques sur leur situation financière ou juridique ou sur leurs méthodes de fabrication ou de gestion ;

Considérant également que le refus de l'autorité contractante n'a pas privé la société CERTEC de son droit de recours devant le CRD ; qu'à cet égard, la décision d'attribution du marché doit être maintenue ;

DECIDE :

- 1) Déclare recevable la requête introduite par la société CERTEC S.A ;
- 2) Dit que la commission des marchés a respecté les dispositions de la clause 5.1 des Instructions aux candidats exigeant des candidats qu'ils fournissent l'autorisation de mise sur le marché non pas lors du dépôt des offres, mais au moment de la livraison du produit ;
- 3) Constate que le dossier d'appel d'offres n'a pas prévu de critères d'évaluation du personnel affecté au Service après vente et du matériel requis pour les opérations de maintenance ;

- 4) Constate que l'attributaire a proposé un programme de formation, en référence aux dispositions de la clause 18.1b) des Instructions aux candidats et du point 17 des spécifications techniques ;
- 5) Constate que la commission des marchés a sollicité ces informations qui portent essentiellement sur des aspects techniques du matériel proposé, conformément aux dispositions combinées de l'article 69 du Code des Marchés publics et de la clause 28 des Instructions aux candidats ;
- 6) Dit que les dispositions de l'article 85.1 du Code des Marchés publics n'autorisent la personne responsable du marché qu'à communiquer aux candidats, les motifs du rejet de leur propre candidature ou offre ; qu'à cet égard,
- 7) Dit que le refus de l'autorité contractante de répondre à un recours gracieux ne peut constituer un motif d'annulation de la procédure de passation du marché ;
- 8) Déclare mal fondé le recours de la société CERTEC SA ;
- 9) Ordonne la poursuite de la procédure de passation ;
- 10) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la société CERTEC, à l'Hôpital Principal de Dakar ainsi qu'à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP