

**DECISION N°096/10/ARMP/CRD DU 28 JUILLET 2010
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LA SAISINE DU CENTRE HOSPITALIER
ABASS NDAO (CHAN) CONTESTANT L'AVIS DEFAVORABLE DE LA DCMP
CONCERNANT LA PROCEDURE DE PASSATION DU MARCHE RELATIF A LA
FOURNITURE DE CONSOMMABLES MEDICO-CHIRURGICAUX ET REACTIFS DE
LABORATOIRE**

**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 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 (ARMP) 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 n°000534 en date du 05 juillet 2010 du Directeur du CHAN;

Après avoir entendu le rapport de M. René Pascal DIOUF, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties ;

En présence de Monsieur Mansour DIOP, Président, de MM Abd'El Kader N'DIAYE, Birahime SECK et Mamadou DEME, 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 de l'ARMP, et René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur la procédure de passation 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 00534 en date du 05 juillet 2010, enregistrée le lendemain sous le numéro 476/10, au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends, le Directeur du CHAN a contesté devant le CRD l'avis défavorable de la DCMP sur l'attribution du marché, en raison des irrégularités dites substantielles contenues dans le dossier d'appel d'offres.

SUR LA RECEVABILITE:

Considérant que le CRD a été saisi en application des dispositions des articles 139.3 du Code des Marchés publics et 22 du décret n° 2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'ARMP qui lui donnent compétence pour régler les litiges entre les organes de l'Administration intervenant dans le cadre de la procédure de passation ou d'exécution des marchés publics ;

Considérant que la saisine du CRD a pour fondement les dispositions du paragraphe b) de l'article 138 qui subordonne la poursuite de la procédure d'attribution à l'avis de la DCMP sur le rapport d'analyse comparative des offres et sur le procès-verbal d'attribution établis par la commission des marchés, lorsque la valeur estimée du marché est égale ou supérieure aux seuils fixés par arrêté du Premier Ministre ;

Considérant qu'aux termes de l'article 81.2 du code des marchés publics, il est fait obligation à l'autorité contractante qui n'approuve pas la proposition d'attribution de la commission ou qui se trouve dans les conditions de l'article 138 dudit code, de transmettre la proposition d'attribution à la DCMP ;

Que selon le paragraphe 4 de l'article 81, « **si l'autorité contractante n'accepte pas les recommandations formulées par la DCMP dans l'un des cas susvisés, elle peut saisir le CRD dans un délai de trois jours ouvrables suivant la réception de ces recommandations** » ;

Considérant que l'avis contesté de la DCMP a été rendu par lettre n°002999/MEF/DCMP/33 du 02 juillet 2010, reçue le même jour et enregistrée sous le numéro n°1081 par le service du courrier du CHAN;

Que la saisine du CRD a été enregistrée le 06 juillet 2010, soit dans le délai de trois jours francs prescrit par les articles 4.16 et 81.4 du code des marchés publics ;

Qu'en conséquence, le recours doit être déclaré recevable ;

SUR LES FAITS

Le CHAN, dans le journal « Le Soleil » du 22 mars 2010, a fait publier un avis d'appel d'offres ouvert pour la fourniture, en deux (2) lots, de consommables médicaux et de réactifs de laboratoire.

Après évaluation, la commission des marchés de l'hôpital a proposé l'attribution provisoire selon le schéma ci-dessus indiqué :

- lot 1a Matériel d'exploration : Carrefour Médical pour un montant de 9 536 000 FCFA HT/HD,
- lot 1b Aiguilles et cathéters : AFSI pour un montant de 4 938 750 FCFA HT/HD,
- lot 1c sondes et tubes : DRP pour un montant de 4 322 500 FCFA HT/HD,
- lot 2a biochimie : Mn Distribution pour un montant de 9 351 710 FCFA après réduction des quantités de 10,3 % décidée par la commission sur le fondement de la clause 30.1 du cahier des charges et par application du calcul suivant : $10\,425\,540 - (10\,425\,540 * 10,3\%)$,

- lot 2b bactériologie : DRP pour un montant de 5 159 544 FCFA HT/HD après réduction des quantités et redressement de l'offre du candidat dans les mêmes proportion et procédé que ci-dessus,
- lot 2c immuno-hématologie : DRP pour un montant de 1 761 980 FCFA HT/HD après réitération du procédé précédent,
- lot 2d produits chimiques : DRP pour un montant de 1 371 000 FCFA dans les mêmes conditions,
- lot 2e consommables de laboratoire : DRP pour un montant de 11 935 030 FCFA HT/HD dans les mêmes conditions,
- lot 2f groupage sanguin : DRP pour un montant de 450 560 FCFA HT/HD après réduction des quantités et redressement de l'offre du candidat,
- lot 2g appareil KX 21 : SSM Systèmes Médicaux, pour un montant de 3 424 504 FCFA HT/HD après réduction des quantités et redressement de l'offre,
- lot 3 petit matériel et outillage : Carrefour Médical pour 9 876 456 FCFA.

Après attribution provisoire, le dossier a été soumis à la revue de la DCMP qui a dit ne pouvoir émettre un avis de non objection sur la base des arguments exposés ci-après.

MOTIFS DONNES PAR LA DCMP

Au soutien de l'impossibilité pour elle de donner un avis de non objection, la DCMP a développé cinq moyens :

- le montant de la garantie de soumission est fixé à 500 000 francs CFA pour chaque sous-lot et pour le lot 3 à la clause IC 20.2 des données particulières de l'appel d'offres (DPAO) alors que leur consistance est différente. En outre, la somme des garanties de soumission dépasse les 3% de la valeur estimée du marché ;
- au niveau du tableau « Liste des fournitures et calendrier de livraison », la date de livraison au plus tôt n'est pas renseignée et la date de livraison au plus tard est fixée au 31 décembre 2009. La date de livraison au plus tôt devrait être indiquée pour permettre au candidat de préparer leurs offres de manière efficace et précise. Dans le cas où les délais de livraison sont ouverts, un facteur d'ajustement devrait être prévu à la clause IC 33.3 d) a). Il convient également de corriger la date de livraison au plus tard en lisant : « 31 décembre 2010 » au lieu de « 31 décembre 2009 » ;
- la clause CCAG 16.1 stipule que : « le titulaire sera entièrement responsable du paiement de tous les impôts, droits de timbre, patente et taxes dus au titre du marché » alors que sur les procès-verbaux d'ouverture des plis et d'attribution provisoire, la nature des prix est en HT/HD. Cette contradiction doit être levée. Si le marché est exonéré de droits et taxes, il y a lieu de le mentionner à ladite clause et viser également le texte prévoyant l'exonération ;
- le conditionnement des articles TGO et TGP du sous-lot 2a n'est pas précisé au niveau du bordereau des quantités. Cette observation est valable pour l'ensemble des articles des sous-lots 2i et 2j. Le conditionnement des articles devrait être bien défini pour permettre aux candidats de bien préparer leurs offres ;
- le cahier des clauses techniques n'est pas rempli. Ce cahier devrait être renseigné car les clauses techniques constituent la référence sur laquelle l'Autorité contractante vérifie la conformité des offres pour ensuite les évaluer. Par conséquent, des clauses techniques bien définies facilitent la préparation d'offres

conformes par les candidats ainsi que l'examen préliminaire, l'évaluation et la comparaison des offres par l'Autorité contractante. En outre, la production d'échantillons uniquement par les candidats ne peut suffire pour évaluer sur une base équitable.

Au vu de ces observations qu'elle juge substantielles, la DCMP a déclaré ne pouvoir donner un avis de non objection et a suggéré à l'hôpital de reprendre la procédure ou, à défaut, de saisir l'ARMP pour sa poursuite.

MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de son recours, le Directeur du CHAN souligne que la reprise de la procédure risque de plomber le fonctionnement de l'hôpital qui est tributaire d'une demande urgente en consommables médico-chirurgicaux et de réactifs de laboratoire formulée par les quartiers opératoires et les services de Réanimation et de laboratoire.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte sur le caractère substantiel des irrégularités relevées par la DCMP et leur conséquence sur la procédure de passation du marché relatif à la fourniture de consommables médico-chirurgicaux et réactifs de laboratoire.

AU FOND

1- sur la fixation de la garantie de soumission

Considérant que l'article 111 du code des marchés publics dispose que, pour être admis aux appels d'offres, les candidats sont tenus de fournir une garantie de soumission dont le montant est fixé dans le dossier d'appel d'offres et compris entre 1 % et 3% de la valeur estimée du marché ;

Qu'en application de cette disposition, à l'IC 20.1 et 20.2, des données particulières de l'appel d'offres (DPAO), il est stipulé d'une part qu'une garantie de soumission est exigée , et d'autre part qu'une garantie de soumission d'un montant de 500 000 francs CFA est exigible pour chaque sous-lot et pour le lot 3 ;

Considérant qu'au tableau 1 du rapport d'évaluation technique des offres la valeur estimée du coût des fournitures est arrêtée à 68 296 500 francs CFA ;

Que l'application du taux maximum ci-dessus indiqué porte la garantie de soumission à un plafond de 2 048 895 francs ;

Que, toutefois, au regard du nombre de sous-lots (13) et de la garantie de 500 000 francs exigée au lot 3, le montant cumulé de la garantie de soumission est de 7 000 000 FCFA, soit plus de trois fois le montant maximum autorisé ;

Considérant que la fixation de la garantie de soumission, doit respecter, outre les limites ci-dessus indiquées, les principes de la liberté d'accès à la commande publique et d'égalité des candidats ;

Que la fixation d'une garantie de soumission dépassant d'aussi loin les limites précédemment rappelées, introduit des obstacles injustifiés à l'accès au marché en cause ;

Qu'au surplus, la fixation d'une caution non différenciée pour tous les sous-lots dont le nombre d'items peuvent varier dans des proportions très importantes, et pour le lot 3, porte atteinte au principe d'égalité entre candidats qui ne sont pas forcément dans une situation identique, dès lors qu'ils peuvent choisir de soumissionner pour un nombre de sous-lots limités ou pour la totalité ;

Qu'il s'ensuit que le CHAN a violé deux principes fondamentaux applicables aux acheteurs publics, au sens de l'article 24 nouveau du COA qui consacre la nullité de la procédure de passation du marché en cas d'atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats ;

2- sur le délai de livraison

Considérant qu'il ne peut être reproché à l'autorité contractante de n'avoir pas renseigné au tableau « Liste des fournitures et Calendrier de livraison » la date de livraison au plus tôt, dès l'instant qu'elle a librement arrêté la date au plus tard de livraison de fourniture qu'elle peut comparer avec celle offerte par le candidat ;

Qu'une telle exigence pourrait se concevoir dans le cas où l'autorité contractante entendraient accorder un bonus à tout candidat se conformant à la date de livraison au plus tôt ;

Qu'en considération de ce commentaire qui laisse croire que les modalités invoquées concernent le système de bonification ou de pénalisation des offres proposant un délai de livraison en deçà ou au-delà d'une date prédéfinie antérieure à la date limite de livraison, l'on devrait parler de date butoir d'application desdites modalités d'évaluation au lieu de date de livraison au plus tôt ;

Que s'agissant du millésime 2009, il ne s'agit que d'une erreur matérielle sans conséquence, puisque le marché a été lancé au titre de la gestion 2010 de l'hôpital ;

Qu'il s'ensuit que ce grief doit être écarté ;

3- sur le libellé des prix en HT/HD

Considérant qu'aux points 16.1 du cahier des clauses administratives générales (CCAG) et du cahier des clauses administratives particulières (CCAP), il est stipulé que « sauf disposition contraire figurant au CCAP, le titulaire sera entièrement responsable du paiement de tous les impôts, droits de timbre, patentes et taxes dus au titre du marché » ;

Considérant que ces dispositions ne sont applicables que si les fournitures à acquérir doivent acquitter tous impôts et taxes ;

Considérant à cet égard que la Directive n° 02/98/C M/UEMOA portant harmonisation des législations des Etats membres en matière de Taxe sur la Valeur Ajoutée prévoit en

son article 21 que sont exonérées de la TVA les livraisons de médicaments et produits pharmaceutiques, ainsi que des matériels et produits spécialisés pour les activités médicales ;

Que, par ailleurs, à l'annexe 1 intitulé Biens et services exonérés de la taxe sur la valeur ajoutée du Livre II, Impôts indirects et taxes assimilées, du Code Général des Impôts (CGI), il est cité la livraison de médicaments et produits pharmaceutiques, ainsi que de matériels et de produits spécialisés pour les activités médicales figurant sur la liste prévue à l'annexe II de la loi n° 2004-12 du 06 février 2004 modifiant certaines dispositions du CGI et qui a transposé la Directive n° 06/2002/CM/UEMOA du 22 septembre 2002 ;

Considérant qu'en outre, en application du Règlement n° 02/1997/CM/UEMOA portant adoption du Tarif Extérieur Commun (TEC) de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, les médicaments sont exonérés de droits de douane ;

Qu'ainsi, les soumissionnaires ayant libellé leurs prix HT/HD conformément aux prescriptions communautaires et nationales ci-dessus rappelées, l'observation formulée par la DCMP est mal fondée ;

4- sur le défaut de précision de conditionnement de certains produits

Considérant qu'au sous-lot 2a Biochimie, concernant les produits TGO et TGP, la colonne « conditionnement » n'a pas été renseignée ;

Que s'agissant des sous-lots 2i et 2J, le conditionnement des produits n'est pas non plus explicité ;

Considérant que, comme rappelé par la DCMP, l'indication du mode de conditionnement a pour objet de permettre aux candidats de préparer leurs offres ;

Que le défaut de renseignement de cette rubrique importante a eu pour conséquence qu'aucun candidat n'a soumis des offres pour les sous-lots 2i et 2j, comme en atteste le procès-verbal d'ouverture des plis du 22 avril 2010 ;

Qu'ainsi, le CHAN a porté atteinte à une règle fondamentale applicable aux marchés publics, la définition préalable des besoins, corolaire du principe de libre accès à la commande publique ;

5- sur le cahier des clauses techniques non renseigné

Considérant que l'article 7 du code des marchés publics dispose que les fournitures, services ou travaux qui font l'objet de marchés sont définis par rapport à des normes ou spécifications homologuées ou utilisées au Sénégal ou à des normes internationales qui doivent être expressément mentionnées dans les cahiers des charges ;

Qu'en outre, l'article 59, 1. dudit code précise 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'au titre des spécifications techniques et des normes applicables, il est mentionné dans le DAO « *Allotissement, quantité, unité de soumission et offres en prix unitaires. Chaque article constitue un lot. La liste des articles commandés et les quantités demandées pour chaque article sont détaillés dans le tableau (supra). Les quantités indiquées expriment le nombre d'unités de la forme pharmaceutique (flacons, unité, kg, paire, boîte de 100, boîte de 10...). Les offres en prix unitaire peuvent porter sur un ou plusieurs articles.*

Echantillons : pour chaque article pour lequel le candidat fournira une offre, un échantillon devra parvenir au CHAN avant l'heure prévue pour le dépouillement.

Il est prévu que les échantillons ne seront pas rendus aux candidats retenus. Leur attention est attirée sur le fait que la commission technique de dépouillement des offres est habilitée à exiger la présentation des échantillons avant toute adjudication définitive. » ;

Considérant que les spécifications contenues dans le cahier des clauses techniques doivent définir les caractéristiques requises d'un matériau, d'un produit ou d'une fourniture et permettre de les caractériser de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par l'autorité contractante ;

Que lesdites caractéristiques définies par les spécifications techniques peuvent inclure, notamment, les niveaux de qualité, la terminologie, les symboles, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, le processus et méthode de production, l'évaluation de l'utilisation du produit et les instructions d'utilisation ;

Considérant par ailleurs que la norme est une spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative pour application répétée ou continue ;

Considérant que par comparaison avec les définitions des spécifications techniques et d'une norme, les mentions figurant au DAO ne peuvent être considérées comme des prescriptions techniques sur lesquelles le CHAN a pu se fonder pour choisir les offres conformes évaluées moins disantes ;

Qu'ainsi, il a violé les dispositions des articles 7 et 59 du code des marchés publics ;

6- sur le moyen soulevé d'office tiré de la violation du principe d'intangibilité des offres des candidats

Considérant qu'à la lecture du rapport d'évaluation technique des offres, il est apparu que la commission, disant agir en application de la clause 30.1 du cahier des charges, a procédé à la diminution des quantités de certains sous-lots et ajusté en conséquence l'offre du candidat moins disant, selon le schéma ci-dessous ;

- lot n° 2 a biochimie : MN DISTRIBUTION, 10 425 540 FCFA – (10 425 540* 10.3%) = 9 351 710 FCFA HT/HD ;
- lot n° 2b bactériologie: DRP, 5 752 500 FCFA – (5 752 500* 10.3%) = 5 159 544 FCFA HT/HD ;

- Lot n° 2c immuno-hématologie : DRP, 1 964 300 FCFA A - $(1\,964\,300 \times 10.3\%) = 1\,761\,980$ FCFA HT/HD ;
- Lot n° 2d produits chimiques : DRP, 1 371 000 FCFA A - $(1\,371\,000 \times 10.3\%) = 1\,229\,787$ FCFA HT/HD ;
- Lot n° 2e consommables de laboratoire : DRP, 13 305 500 FCFA A - $(13\,305\,500 \times 10.3\%) = 11\,935\,030$ FCFA HT/HD ;
- Lot n° 2f groupage sanguin : DRP, 480 000 FCFA A - $(480\,000 \times 10.3\%) = 430\,560$ FCFA HT/HD ;
- Lot n° 2g appareil KX21: SSM SYSTEMES MEDICAUX, 3 817 734 - $(3\,817\,734 \times 10.3\%) = 3\,424\,504$ FCFA HT/HD ;

Considérant que l'IC 39.1 stipule qu'au moment de l'attribution du marché, l'autorité contractante se réserve le droit d'augmenter ou de diminuer la quantité de fournitures et de services connexes initialement spécifiée à la section IV, pour autant que ce changement n'excède pas les pourcentages indiqués dans les DPAO, et sans aucune modification des prix unitaires ou autres conditions de l'offre et du dossier d'appel d'offres ;

Qu'au point 39.1 des DPAO, il est précisé que les quantités peuvent être augmentées ou réduites d'un pourcentage maximal égal 15% ;

Considérant que, toutefois, l'article 69 du code des marchés publics prévoit qu'aucune modification des offres ne peut être demandée, offerte ou autorisée et que la commission peut cependant corriger les erreurs purement arithmétiques découvertes au cours de l'examen de l'offre ;

Qu'en vertu de ces dispositions réglementaires et des stipulations contractuelles, à l'étape de l'évaluation, la commission ne saurait, sans porter atteinte au principe d'intangibilité des offres des candidats, procéder à l'ajustement à la baisse des offres financières reçues sans le corrélérer à une diminution effective des quantités initialement prévues dans le dossier d'appel d'offres ;

DECIDE :

- 1) Déclare recevable le CHAN en sa saisine ;
- 2) Constate que la caution fixée dépasse considérablement le taux maximum de 3% du montant estimé du marché et porte atteinte aux principes de la liberté d'accès à la commande publique et d'égalité entre candidats ;
- 3) Dit que le motif de la DCMP tiré du défaut de mention de la date de livraison au plus tôt n'est pas fondé ;
- 4) Dit que les offres ont été libellées HTHD en application de la réglementation communautaire et nationale sur les taxes et droits de douane concernant les médicaments, les matériels et produits spécialisés pour les activités médicales, et rejette en conséquence le motif soulevé par la DCMP ;
- 5) Dit qu'en ne renseignant pas la rubrique « conditionnement » pour les sous-lots 2i et 2j, le CHAN n'a pas mis les candidats éventuels dans les conditions de

présenter une offre et a porté atteinte au principe de la liberté d'accès à la commande publique ;

- 6) Dit qu'en ne mentionnant pas des spécifications techniques ou des normes dans le cahier des prescriptions techniques, le CHAN a violé les articles 7 et 59 du code des marchés publics ;
- 7) Constate qu'en ajustant à la baisse les offres de candidats sans le corrélér à une diminution des quantités initialement prévues dans le DAO, au moment de l'évaluation, la commission des marchés du CHAN a violé le principe d'intangibilité des offres des candidats prévu à l'article 69 du code des marchés publics ;
- 8) Dit que les irrégularités commises sont de nature à invalider la procédure, en conséquence,
- 9) Ordonne la relance de la procédure de passation du marché relatif à la fourniture de consommables médico-chirurgicaux et réactifs de laboratoire du CHAN ;
- 10) Dit que le Directeur général de l'Autorité de Régulation des Marchés publics est chargé de notifier au Centre Hospitalier Abass Ndao et à la DCMP la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Mansour DIOP