

**DECISION N° 063/10/ARMP/CRD DU 26 MAI 2010  
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN  
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE LA SOCIETE SOLAIRE-  
TELECOM- MEDICAL (SOTELMED) CONTESTANT LA DECISION DE LA  
COMMISSION DES MARCHES DU CONSEIL NATIONAL DE LUTTE CONTRE LE  
SIDA (CNLS) D'ATTRIBUER PROVISOIREMENT A MEDICAL PARTNER LE  
MARCHÉ CONCERNANT L'APPEL D'OFFRES INTERNATIONAL  
N°10F/CNLS/09 RELATIF A L'ACQUISITION DE HUIT AUTO MATES/CD4 POUR  
LES STRUCTURES DE PRISE EN CHARGE (PEC) DE PERSONNES VIVANT  
AVEC LE VIH (PVVIH)**

**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 en date du 30 avril 2010 de la société SOTELMED, enregistré le même jour sous le numéro 275/10 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

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

Après consultation de Monsieur Mansour DIOP, Président, de MM. Birahime SECK et Mamadou DEME, 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, Omar SARR Conseiller juridique, et René Pascal DIOUF, chargé des enquêtes, 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 30 avril 2010 enregistrée le même jour sous le numéro 275/10 au Secrétariat du CRD, la société SOTELMED a sollicité l'annulation de la décision d'attribution du marché portant sur la fourniture de huit (8) automates CD4 au profit du CNLS.

## **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 d'un marché est habilité à saisir soit la personne responsable dudit marché d'un recours gracieux; que ledit recours doit être exercé dans un délai de cinq (5) jours ouvrables à compter de la publication de l'avis d'attribution du marché, de l'avis d'appel d'offres ou de la communication du dossier d'appel d'offres ;

Qu'en l'absence de suite favorable de son recours gracieux, le requérant dispose de trois (3) jours ouvrables à compter de la réception de la réponse de l'autorité contractante ou de l'expiration du délai de cinq jours imparti à celle-ci pour répondre à son recours pour saisir le CRD ;

Considérant que la société SOTELMED, après la parution dans le journal « Le Soleil » daté du 16 avril 2010 de l'avis d'attribution provisoire du marché, a saisi, le 20 avril 2010, le Secrétaire Exécutif d'une correspondance tendant à contester la conformité de l'offre de la société Medical Partner, attributaire provisoire du marché, et à solliciter de l'autorité contractante des réponses par rapport à ses interrogations ;

Considérant qu'au vu de la réponse du Secrétaire Exécutif en date du 27 avril 2010, la société SOTELMED a saisi le CRD, le 30 avril 2010 ;

Que le recours ayant été introduit conformément dans les forme et délai requis, il convient de le déclarer recevable ;

## **LES FAITS**

Dans le cadre du projet de prévention et de contrôle du VIH/SIDA, le CNLS a publié dans le journal « Le Soleil » en date des 7 et 8 janvier 2010, un avis d'appel d'offres International portant sur l'acquisition, en lot unique, de huit automates/CD4 pour les structures de PEC de PVVIH.

Au terme de l'évaluation des offres, la Commission des marchés a déclaré Medical Partner attributaire provisoire du marché.

Après publication des résultats de l'évaluation des offres dans ledit journal, la société SOTELMED a saisi successivement l'autorité contractante d'un recours gracieux et le Comité de Règlement des Différends en contestation de la décision de la Commission des marchés.

Par décision n° 047/10/ARMP/CRD du 04 mai 2010, le CRD a prononcé la suspension de la procédure de passation du marché susvisé.

## **LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS**

A l'appui de sa requête, la société SOTELMED soutient qu'au vu de l'extrait des clauses techniques « ...utilisant un système sans lyse... » et de la publication scientifique disponible sur le site internet de Point Care et intitulée Cytometry part B

(Clinical Cytometry) 74B (Suppl. 1): S36 (2008) « Affordable CD4 T-Cell Enumeration for Resource-Limited Regions : A Status Report for 2008 » F. Mandy, G. Janossy, M. Mergeron, R. Pilon, and S. Faucher, la technologie "Point Care ne répond pas aux spécifications techniques;

Qu'en effet, au regard de ladite publication et des documents de présentation de la société PointCare, la mesure des cellules CD4 est effectuée, avec ce système, à partir du dot plot Forward Scatter vs Axial Light Loss, nécessitant au cours de la préparation une lyse des érythrocytes par un agent lysant ;

Que, par ailleurs, dans la table I de cette publication, à l'item C-3, il est mentionné que seul le système FACScount BDIS et Partec Cyflow C. utilise une méthode sans réactif de lyse ;

Considérant que, en outre, le requérant discute le fondement de l'argument scientifique de l'autorité contractante en ce qui concerne son affirmation selon laquelle la zone immune du PointCare NOW, destinée au comptage des CD4, « ... n'a pas nécessairement besoin de la lyse » ;

Qu'à cet égard, il lui oppose le contenu de la plaquette du système PointCare selon lequel la mesure de compte absolu des CD4 et CD4% est effectuée par rapport aux lymphocytes totaux, ces derniers étant mesurés par Hémazone avec une lyse globulaire ;

Qu'au surplus, relativement à la publication intitulée « PointCare CD4 testing : the new kid on the block » mentionnée par l'autorité contractante et dont copie a été produite, le requérant renvoie au document de présentation de la technologie « Point Care » disponible sur le site du fabricant et qui porte les mentions suivantes :

- « *the tube in position 4 contains liquid lyse reagent and is sufficient for 10 patients samples* » (Page 6) ;
- « *the antibody incubation and the lysing steps are temperature controlled at 37°C* » (Page 7) ;
- « *After red cells lysis, the three main classes of white cells...* » (Page 10) ;
- « *The lysis reagent, the diluents, and the cleaning solution are in liquid form* » (Page 13).

Considérant que, enfin, SOTELMED précise, au regard de l'observation relative au fait que BD Biosciences (dont elle distribue les produits) utilise les tubes TruCounts basés sur l'utilisation de la lyse érythrocytaire, que lesdits tubes sont utilisés avec une méthode de préparation lyse sans lavage mais uniquement avec le système BD FACScalibur et BD FACScanto, et non avec le système BD FACScount proposé dans le cadre de l'appel d'offres contesté ;

Qu'il ajoute que, si le cahier des charges avait mentionné système lyse sans lavage, il aurait pu envisager une réponse avec son système BD FACScalibur ;

Qu'il fait observer que la mention dans la réponse du Secrétaire Exécutif du fait que l'hémogramme est un paramètre incontournable dans le cadre du PVVIH n'était pas précisé dans le cahier des charges de l'appel d'offres ;

## LES MOTIFS DONNES PAR L'AUTORITE CONTRACTANTE

Considérant que le CNLS précise que Medical Partner a proposé l'offre évaluée la moins disante parmi celles conformes pour l'essentiel au DAO ;

Que s'agissant de la solution de lyse, il précise que le PointCare est un cytomètre de flux utilisant de l'or colloïdal couplé aux anticorps monoclonaux et non aux fluochromes classiques comme dans l'article cité en référence par SOTELMED ;

Qu'il ajoute aussi que le PointCare a la particularité d'avoir deux zones de comptage :

- Une zone dite hema zone pour l'hémogramme avec différenciation cellulaire qui ne peut pas se faire sans lyse globulaire et cette zone n'est pas destinée au comptage des T CD4 ;
- Une zone dite immune destinée au comptage des CD4 qui n'a pas nécessairement besoin de la lyse et il n'y a aucun lavage globulaire même dans les deux zones ;

Qu'au regard des spécifications techniques, il s'agit bien d'un automate utilisant le principe de la cytométrie de flux avec un système sans lyse, sans lavage, ce qui voudrait dire que le système ne doit pas utiliser **la lyse et/ou le lavage** du sang total pour faire le comptage **direct** des lymphocytes T CD4, car le lavage fait perdre des cellules, alors l'usage de la lyse seule est recommandé par certaines publications scientifiques jointes au dossier ;

Que pour étayer cet argument, le CNLS soutient que le Trucount, commercialisé par Becton Dickinson, est une des techniques de référence de comptage de lymphocytes T CD4, mais est basée sur l'utilisation de la lyse érythrocytaire ;

Qu'elle en conclut que, si on s'en tient à la zone de comptage des CD4, objet de l'appel d'offres, les clauses techniques sont respectées concernant la lyse et que l'hémogramme, paramètre incontournable dans le cadre du suivi des PVVIH, est un paramètre de plus qu'offre le PointCare ;

## L'OBJET DU LITIGE

Il résulte des faits et motifs ci-dessus exposés que le litige porte sur la conformité de l'offre de la société Medical Partner par rapport aux spécifications techniques arrêtées dans le dossier d'appel d'offres (DAO).

## AU FOND

Considérant que l'article 70 du Code des marchés publics dispose que la commission des marchés procède à une évaluation détaillée en fonction des critères établis conformément à l'article 59 dudit code, mentionnés dans le dossier d'appel à la concurrence ;

Que l'article 59 précité précise que la détermination de l'offre évaluée 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... ;

Considérant qu'au point 3. Spécifications techniques de la Section VI. Bordereaux des quantités, calendrier de livraison, spécifications techniques, plans, inspections et essais, du dossier d'appel d'offres, il est stipulé que « les équipements offerts doivent provenir de la gamme standard propre à l'un des fabricants du matériel médical et de laboratoire couramment offerts à la vente en se conformant d'aussi près que possible aux prescriptions techniques qui suivent. Les équipements doivent être aptes à une opération continue sous un soleil tropical. Tous les éléments seront entièrement montés avec tous les accessoires normaux, et soumis à des essais de façon à pouvoir être utilisés sur-le-champ ;

Que de façon plus spécifique à l'item n° 1.01 nommé spécifications techniques cytomètre de flux CD4 simple plateforme, il est demandé un « *appareil automate compact donnant le taux de lymphocytes TCD 4 en absolu et en pourcentage à partir du sang total et du sang stabilisé, utilisant un système sans lyse, sans lavage et disposant d'une imprimante intégrée ou optionnelle.*

*Cet appareil utilise le principe de la cytométrie de flux avec des contrôles et/ou des billes de calibration.*

*Sensibilité : de 1 à 5000 lymphocytes TCD4+/microlitre.*

*Fourniture d'un onduleur de puissance adaptée (1 KVA minimum).*

*Mise à disposition des réactifs et consommables de démarrage pour une quantité de 1500 tests. » ;*

Considérant qu'il résulte de l'examen de l'offre technique de Medical Partner et, notamment de la plaquette de présentation du PointCare NOW, que ce cytomètre dispose d'une plateforme DualZone capable de mesurer rapidement tous paramètres essentiels pour permettre une prise de décision médicale efficace dans le traitement des patients séropositifs : le comptage du nombre de lymphocytes T CD4 et CD4%, la formule hématologique (classification des 4 principales sous-populations leucocytaires) pour déceler les infections opportunistes, et la mesure de la concentration en hémoglobine pour suivre l'anémie ;

Qu'au compte des spécifications du système, la plaquette le présente comme une unité autonome avec double plateforme d'analyse DualZone dont un menu immunozone avec plateforme de comptage absolu des CD4 et CD4% par rapport aux lymphocytes totaux et un menu HemaZone pour le comptage des globules blancs totaux, comptage et % des lymphocytes, comptage et % des monocytes, comptage et % des neutrophiles, comptage et % des éosinophiles et mesure de la concentration en hémoglobine ;

Considérant, par ailleurs, qu'il n'est contesté par aucune des parties, sur la foi des publications scientifiques qui font autorité chez l'une comme chez l'autre et de leur échange de correspondances, que le PointCare Now utilise la lyse dans le comptage direct des lymphocytes T CD4, l'utilisation unique de la lyse étant même recommandée par certains scientifiques, selon les termes de la lettre N° 000459 du 27 avril 2010 du secrétaire exécutif du CNLS adressée au requérant ;

Que dès lors, la question qui se pose est celle de savoir si le fait pour Medical Partner d'avoir proposé un cytomètre de flux donnant le taux de lymphocytes T CD4 en absolu et en pourcentage à partir du sang total et du sang stabilisé, mais utilisant un système de lyse, sans lavage, constitue une divergence substantielle définie au point 30.2 des Instructions aux soumissionnaires comme celle :

- a) Qui limite de manière substantielle la portée, la qualité ou les performances des fournitures et services connexes spécifiés dans le marché ; ou
- b) Qui limite, d'une manière substantielle et non conforme au dossier d'appel d'offres, les droits de l'acheteur ou les obligations du soumissionnaire au titre du marché ; ou
- c) Dont l'acceptation serait préjudiciable aux autres soumissionnaires ;

Considérant que le requérant ne conteste pas que le PointCare Now est un cytomètre de flux, « appareil *automatique compact donnant le taux de lymphocytes TCD4 en absolu et en pourcentage à partir du sang total et du sang stabilisé...* » ;

Qu'en outre, au tableau 1 intitulé « Guide for Selecting an Appropriate CD4 T-Cell Counting System » de l'article précité de F. MANDY et alii, l'item C-3 « Method without lysing reagent » est cité comme sous-critère du critère des coûts qui entre en ligne de compte dans le choix de cytomètres pour les pays à faibles revenus, comme en atteste la note placée en-dessous du tableau dont un extrait précise que les critères arrêtés dans le tableau sont complémentaires à d'autres paramètres tels que le coût de l'instrument, la précision et la reproductibilité ;

Considérant, de façon plus décisive, que des publications scientifiques parues dans plusieurs journaux spécialisés tendent à démontrer que l'utilisation de la lyse dans la mesure des taux de lymphocytes TCD4 n'a pas d'effets néfastes dans la performance des cytomètres ;

Qu'en effet, dans un article paru dans le Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes (JAIDS). 39 (1) : 32-37 du 1<sup>er</sup> mai 2005 et écrit par DIEYE Tandakha Ndiaye, Vereecken Chris, Diallo Abdoul Aziz, Ondoa Pascale, Diaw Papa Alassane, Camara Makhtar, Karam Farba et Mboup Souleymane, les auteurs, après avoir comparé les résultats de CD4 du Cyflow utilisant un système sans lyse et sans lavage, puis avec lyse et sans lavage avec les mesures de CD4 par FACScout et FACScan, ont conclu que « *la Lyse des globules rouges n'avait aucun effet néfaste sur l'exactitude du comptage absolu des CD4 sur le Cyflow* » (« *Red blood cell lysis had no negative effect on the accuracy of absolute CD4 counting on the Cyflow* »), le Cyflow étant pourtant un système sans lyse ;

Qu'au surplus, dans le Journal of Immunological Methods n° 239 de l'année 2000, Gratama et alii concluaient aussi que des produits lysant pouvaient être utilisés sans danger dans un système sans lyse et sans lavage ;

Qu'ainsi, il ne résulte pas des données acquises de la science que l'utilisation de la lyse limite les performances du PointCare Now proposé par Medical Partner, les droits de l'acheteur et les obligations du soumissionnaire ;

Considérant qu'au surplus, l'acceptation du PointCare Now ne saurait être préjudiciable aux autres soumissionnaires ; qu'au contraire, considérer la lyse comme un élément de conformité substantiel aurait pour résultat de restreindre la concurrence, eu égard au fait qu'il résulte du tableau de l'article de F. Mandy et alii précité que seuls les cytomètres FACSCount BDIS et Partec CyFlow C. utilisent une méthode sans lyse ;

**Qu'au surplus, la lyse étant un élément des réactifs et consommables de démarrage pour une quantité de 1500 tests prévus dans le kit proposé par Medical Partner, son utilisation n'entraîne pas un surcoût à la charge de l'autorité contractante ; en conséquence,**

**DECIDE :**

- 1) Déclare recevable la requête introduite par la société SOTELMED ;
- 2) Constate que le cytomètre PointCare Now proposé par Medical Partner, attributaire provisoire du marché, utilise la lyse dans le comptage de lymphocytes TCD 4 en absolu et en pourcentage à partir du sang total et du sang stabilisé ;
- 3) Dit que, toutefois, au regard des données acquises de la science et des conclusions des études scientifiques disponibles, l'utilisation de la lyse par le PointCare Now ne constitue pas une divergence substantielle au sens du point 30.2 des Instructions aux soumissionnaires ;
- 4) Déclare en conséquence la requête de SOTELMED mal fondée ;
- 5) Ordonne la continuation de la procédure de passation du marché relatif à l'acquisition de huit automates CD4 ;
- 6) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à SOTELMED, au CNLS ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

**Le Président**

**Mansour DIOP**